

Justiça Juvenil

Paradigmas e experiências comparadas

ANDERSON PEREIRA DE ANDRADE
BRUNO AMARAL MACHADO

Coordenadores

Autores

ANDERSON PEREIRA DE ANDRADE • ANDREA COLLELL ORTÚZAR
BRUNO AMARAL MACHADO • CARLOS URIARTE
DANIEL ZUBILLAGA PUCHOT • DEBORA DINIZ • LUCIANA BRITO
ENZO FINOCCHIARO • ÉRICA BABINI LAPA DO AMARAL MACHADO
ESTHER FERNÁNDEZ MOLINA • GABRIELA RONDON
GISELA SANTOS DE ALENCAR HATHAWAY • HUGO NAVARRO VILLACÍS
JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA • JOÃO PEDROSO
LIANA FORTUNATO COSTA • LUIS GONZÁLEZ PLACENCIA
MANUELA ABATH VALENÇA • MARCELA AEDO RIVERA
MARIA APARECIDA PENSO • MARIA JOSÉ BERNUZ BENEITEZ
MARIALICE NUNES SILVESTRE GARCIA CHAVES • MARY BELOFF
MARÍLIA MONTENEGRO PESSOA DE MELLO • PATRÍCIA BRANCO
PAULA CASALEIRO • RAQUEL BARTOLOMÉ GUTIÉRREZ
SERGIO J. CUAREZMA TERÁN • SINARA GUMIERI



MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO



Fundação Escola Superior
do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

PRÓLOGO

UNA REFLEXIÓN CRÍTICA IMPRESCINDIBLE

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ¹

Este libro, que tengo el orgullo de prologar, se inscribe en una tradición, por cierto, minoritaria en el campo de la infancia en América Latina: la reflexión crítica. En esta región han predominado y todavía predominan, sucesivamente, tanto “las historias de vida”, cuanto la mera descripción del deber ser de un derecho lejano y abstracto.

Este libro trata, por el contrario, de la historia crítica de las leyes y las instituciones que producen esas “historias de vida”, así como del análisis crítico y reflexivo del ser concreto de los derechos de la infancia.

Nada representa y resume mejor esta intención que el excelente artículo inicial de los organizadores de esta publicación, Anderson Pereira de Andrade y Bruno Amaral Machado. Tacto político y rigurosidad jurídica son sus mejores herramientas.

Este libro, fuertemente plural en las posiciones de los artículos que contiene, especialmente de aquellos ajenos a la realidad brasilera, posee, sin embargo, un fuerte hilo conductor: la crisis que hace ya varios años acompaña al ECA (*Estatuto da Criança e do Adolescente*).

1. Profesor Titular Regular Cátedra de Criminología, Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires, Argentina; Profesor Invitado Posgrado de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; Consultor Independiente Consultor del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, Costa Rica; Consultor de Unicef de las Oficinas de Chile, Cuba, Mexico, Uruguay, India, Angola y Pakistan.

Yo mismo mencioné hace mucho tiempo años la existencia de una doble crisis en relación al ECA. La primera, fácil de entender y difícil de solucionar; la segunda, difícil en sus dos dimensiones. Me refería, así, a una crisis de implementación, que remitía al bajo nivel de financiamiento del conjunto de las políticas sociales y a una crisis de interpretación que remitía al intento de operar el ECA con la discrecionalidad propia de la ideología y la práctica tutelar. En otras palabras, una paradójica huida hacia adelante que nos conduce como farsa a cuestiones ya vividas como tragedia.

No por acaso, el neomenorismo tiene su origen en el Brasil. Este punto central resulta magistralmente tratado en el artículo inicial de los organizadores de este libro. El debate en torno a la, más temprano que tarde, inevitable reforma del ECA, constituye la forma emblemática en que se aborda esta cuestión.

Pero no sólo se trata de un libro plural por los diversos abordajes ideológicos que contiene, se trata también de un libro completo por la multiplicidad de los temas que aborda: de la justicia restaurativa a las cuestiones de género, todos los aspectos de la cuestión socio-jurídica de la infancia han sido tratados en esta publicación.

En el contexto del Brasil actual, no es este un libro importante, resulta un libro imprescindible. Documento esencial para entender buena parte de los orígenes del malestar socio-jurídico actual. En este punto, no está de más recordar la incisiva frase de aquel filósofo tan olvidado cuanto inclasificable que fue George Santayana: “aquellos que no conocen su historia están condenados a repetirla”.

Un pacto entre un remozado retribucionismo hipócrita y un pseudo progresista paternalismo ingenuo pretende refundar las bases etarias de la responsabilidad penal juvenil. Ya no más responsabilidad penal específica desde los 12 o 14 años hasta los 18. Se trataría de entregar ahora a los mayores de 16 años al derecho penal puro y duro, mientras volvemos a la discrecionalidad tutelar con los menores de esa edad.

Esa es la historia que precisamos no repetir. Libros como éste constituyen un instrumento privilegiado para lograrlo.

Buenos Aires, enero de 2017.

APRESENTAÇÃO

BRUNO AMARAL MACHADO

ANDERSON PEREIRA DE ANDRADE

A obra que apresentamos ao leitor insere-se na linha editorial da Coleção *Direito, Transdisciplinaridade & Pesquisas Sociojurídicas*, editada pela Marcial Pons em parceria com a Fundação Escola Superior do MPDFT. O livro tornou-se realidade porque ao projeto original uniram-se pesquisadores e professores de distintas localidades e áreas de interesse, contemplando textos de variadas realidades nacionais e tradições acadêmicas. Orientados pelo eixo central da coleção, os autores, sob inspiração transdisciplinar, propõem vias para a reflexão sobre os rumos da justiça juvenil no Brasil e em países europeus e latino-americanos.

O debate sobre os paradigmas da justiça juvenil tem sido objeto de interesse de especialistas há décadas e, mais recentemente, vem ocupando o centro das atenções dos meios de comunicação de massa e de diversos setores da sociedade civil. Muitas teses foram elaboradas e os argumentos jurídicos acumulam-se ao longo dos anos. As posições, não raramente antagônicas, sobre a resposta ou o “tratamento” dispensado ao adolescente infrator, ultrapassam o campo jurídico-político.

No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente constituiu-se em marco jurídico fundamental no paradigma instituído no período de vigência da Constituição Federal de 1988. Especialistas criticam que o modelo ideal nunca foi plenamente implantado. Longe disso, a realidade sugere as inúmeras lacunas e carências das políticas públicas direcionadas à criança e ao adolescente no Brasil. E essa não é uma peculiaridade nacional. As pesquisas sugerem que, apesar dos modelos positivados sob a premissa de que a criança e o adolescente

são sujeitos de direitos que deveriam receber atenção prioritária na elaboração e implantação das políticas públicas, há uma enorme distância entre a lei e o mundo da vida. Nesse cenário que orientou o nosso projeto editorial, contamos com a colaboração fundamental de pesquisadores que trazem experiências valiosas não apenas para aprofundar o debate sobre o modelo brasileiro, mas também para evidenciar peculiaridades de outros contextos nacionais, os quais, certamente, adensam o campo de estudos da justiça juvenil. Reputamos que a metodologia que direcionou o nosso projeto é útil para uma reflexão madura sob uma perspectiva comparada.

O livro foi dividido em duas partes. Na primeira parte, *Justiça juvenil no Brasil: fragmentos do debate jurídico-institucional e pesquisas sociojurídicas*, reunimos as seguintes contribuições:

O primeiro capítulo, intitulado *Justiça e processo penal juvenil: paradigmas, discurso jurídico e o modelo brasileiro*, de nossa autoria, apresenta e discute os diferentes modelos instituídos para a justiça juvenil ao longo do século XX. Nos últimos anos houve reforma das legislações nacionais que disciplinaram a responsabilização do adolescente, a partir dos parâmetros estabelecidos na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, introduzida no marco normativo brasileiro pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 (ECA). Deixou-se, contudo, espaços demasiado amplos de discricionariedade no âmbito do chamado procedimento de apuração do ato infracional. Diante desse cenário, propomos algumas vias para aprofundar a discussão sobre a reforma do ECA. O segundo capítulo – *Fontes internacionais e comparadas de justiça juvenil e sua aplicação no Brasil*, de autoria de Gisela Santos de Alencar Hathaway – propõe que a maioridade penal seja interpretada a partir do “regime global e interamericano para proteção dos direitos humanos das crianças, dos adolescentes e dos jovens como grupos vulneráveis”. Nessa leitura, a superação dos impasses normativos passa pela compreensão dos parâmetros internacionais sobre o tema. Ainda sobre a temática da maioridade penal, o terceiro capítulo – *Proteção constitucional à infância e à adolescência: uma crítica à redução da maioridade penal*, de autoria de Debora Diniz, Luciana Brito, Gabriela Rondon e Sinara Gumieri – apresenta argumentos constitucionais e sociológicos contrários às propostas de redução. Ao final, as autoras sugerem que, “ao contrário de reduzir o tempo da adolescência como corte etário para formas de proteção especial, a alteração nos padrões de família e valorização da educação combinada à rejeição ao trabalho infantil deve nos conduzir a uma ampliação dos regimes de proteção e garantias da adolescência”.

O capítulo 4 – intitulado *A vivência da medida socioeducativa de internação por adolescentes do sexo feminino nas cinco regiões do Brasil*, de autoria de Marília Montenegro Pessoa de Mello, Érica Babini Lapa do Amaral Machado e Manuela Abath Valença – apresenta valiosa pesquisa empírica sobre as adolescentes “infratoras”, invisíveis às políticas socioeducativa em razão

do seu pequeno número. A pesquisa, fomentada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), utilizou-se de entrevistas semiestruturadas com as adolescentes nas unidades de internação Santa Luzia (PE), Santa Maria (DF), Chiquinha Gonzaga (SP), Parada de Taipas (SP), Centro Socioeducativo Feminino Casef (PA) e Centro Socioeducativo Feminino – Casef (RS). Conforme explicam as autoras, o propósito foi “procurar entender a medida de internação a partir das experiências das adolescentes que vivenciam essa realidade no Brasil”. O capítulo 5 – *Violência e história de vida do adolescente que cometeu ato infracional de natureza sexual*, elaborado pelas pesquisadoras Liana Fortunato Costa, Maria Aparecida Penso, Marialice Nunes Silvestre Garcia Chaves – analisa histórias de vida desses adolescentes com o objetivo de propiciar “uma compreensão mais qualitativa do surgimento do ato violento e seu autor, enfocando a perspectiva da associação da medida socioeducativa à de proteção”. A proposta é analisar a influência dos contextos familiar e social e trazer subsídios para adensar o campo de estudos do ato infracional. A primeira parte é encerrada com o capítulo 6 – *O direito penal para adolescentes: um rápido panorama dos direitos humanos especiais destes sujeitos em peculiar condição de desenvolvimento em nosso continente e no Brasil*, de autoria de João Batista Costa Saraiva –, no qual autor propõe um olhar crítico sobre o direito penal para o adolescente, especialmente na América Latina, a partir dos tratados e convenções internacionais sobre o tema. O autor reitera as críticas às propostas de redução da maioridade penal e propõe aprofundar o modelo instituído pelo ECA, que deveria ser aprimorado, com especial foco nas garantias do adolescente.

A segunda parte, *Justiça juvenil: trajetórias e experiências comparadas*, contempla as colaborações de pesquisadores de diferentes tradições, não distantes da realidade brasileira. As contribuições são inspiradoras para a reflexão sobre o nosso modelo normativo e os percalços para a sua implantação.

O capítulo 7 – intitulado *Argumentos para una discusión pendiente acerca del futuro de la justicia juvenil en la Argentina*, de autoria de Mary Beloff – apresenta e explora os argumentos recorrentes sobre a necessidade de reforma do modelo penal juvenil argentino. A autora ressalta que os discursos se repetem na América Latina, o que levou a reformas na região. Além disso, a autora traz dados empíricos recentes da realidade argentina e propõe alternativas concretas ao que denomina de “debate errôneo” sobre os modelos formais e as formas jurídicas para lidar com o adolescente infrator. O capítulo 8 – *Alguna luz en la oscuridad: justicia restaurativa en el sistema penal juvenil argentino*, elaborado por Enzo Finocchiaro – adensa a discussão sobre o modelo argentino. O autor ressalta que, tal qual observado em outros países latino-americanos, subsistem resquícios do modelo tutelar com o da proteção integral de direitos. Além de discutir a peculiaridade da federação argentina, onde convivem legislações distintas sobre o processo penal juvenil, o autor descreve e discute experiências inspiradas pela justiça restaurativa e o seu potencial para os modelos de justiça juvenil. O capítulo 9 – *Las adolescentes y el sistema de responsabilidad*

penal adolescente en Chile: el problema de las pocas olvidadas, de autoria de Marcela Aedo Rivera e Andrea Collell Ortúzar – fortalece o debate sobre as adolescentes “infratoras” ao apresentar a realidade chilena. Após descreverem detalhadamente o modelo legal chileno e apresentarem recentes dados empíricos sobre o tema, as autoras trazem importantes reflexões sobre as experiências vivenciadas pelas adolescentes e a “cegueira” normativa em relação à variável de gênero, com graves vulnerações a direitos e garantias.

O capítulo 10 – intitulado *Neopunitivismo penal juvenil en Uruguay*, de autoria de Carlos Uriarte e Daniel Zubillaga Puchot – apresenta e discute a trajetória do modelo juvenil uruguaio nas últimas décadas. Os autores alertam que, nos últimos anos, a atmosfera de insegurança pública propiciou propostas de reforma legal que endurecem a legislação juvenil, com efeitos diretos sobre os direitos e as garantias dos adolescentes. *Poder punitivo y justicia penal juvenil en el Ecuador* é o título do capítulo 11, apresentado por Hugo Navarro Villacís, no qual o autor traz dados concretos sobre a realidade jurídica e empírica do Equador. O professor discute os contextos da criminalidade juvenil e as respostas jurídicas instituídas em uma perspectiva constitucional. O capítulo 12 – *El sistema integral de justicia penal de adolescentes en México: nuevo marco jurídico, nueva institucionalidad y ¿nuevas prácticas?*, apresentado por Luis González Placencia, também investe na crítica ao distanciamento entre o modelo de justiça juvenil instituído pela reforma constitucional e a realidade social. O autor critica a diversidade de sistemas locais ainda em vigor no México e os obstáculos jurídicos e organizacionais no contexto de violência vivido pela sociedade mexicana nos últimos anos. No capítulo 13 – intitulado *La justicia penal juvenil en Centroamérica: reformas, contrarreformas y riesgos de involución* – Sergio J. Cuarezma Terán apresenta e discute a evolução normativa dos modelos de justiça juvenil nos países da América Central, em um processo de adaptação à Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. O autor aponta também as resistências e os riscos de retrocesso para os direitos fundamentais dos adolescentes na região. O capítulo 14 – *Justiça tutelar educativa portuguesa: um século da lei à prática*, elaborado por João Pedroso, Paula Casaleiro e Patrícia Branco – apresenta a evolução do modelo de justiça juvenil em Portugal a partir do início do século XX. Os autores não se limitam a descrever detalhadamente a “evolução das respostas judiciais à delinquência juvenil”, mas investem também em estudo empírico, ao explicitar “uma transformação das práticas das diferentes instituições judiciais de controle social”. O último texto que integra o livro – Capítulo 15, de autoria de Esther Fernández Molina, Maria José Bernuz Beneitez e Raquel Bartolomé Gutiérrez, intitulado *La justicia de menores en España: integrando una cultura de los derechos de la infancia en el modelo de responsabilización* – descreve o modelo legal adotado pela Espanha, em decorrência dos preceitos instituídos pela Convenção das Nações Unidas. A partir da análise legal que institucionalizou formas de atuação extrajudiciais, orientada pelo princípio da

oportunidade e da intervenção mínima, as autoras analisam as práticas da justiça juvenil sob a perspectiva do que denominam “cultura dos direitos e garantias dos adolescentes”.

Esta breve apresentação apenas tangencia algumas das relevantes questões trazidas pelos autores e autoras. Não tivemos a pretensão de esgotar a diversidade dos temas abordados e as distintas perspectivas apresentadas neste livro. A obra foi viabilizada graças à parceria entre a editora Marcial Pons e a Fundação Escola Superior do Ministério Público do DFT. Certamente, um projeto editorial como esse só é possível pelo envolvimento de pesquisadores vinculados a distintas instituições de ensino superior (diferentes programas de pós-graduação em direito e ciências sociais, em diversos países), tanto aqueles que integram o conselho editorial quanto os colaboradores das obras selecionadas. Finalmente, nesta edição, agradecemos a colaboração dos professores e pesquisadores que integram a ALPEC – Associação Latino Americana de Direito Penal e Criminologia.

SUMÁRIO

Prólogo: una reflexión crítica imprescindible	9
EMILIO GARCÍA MENDEZ	
Apresentação.....	11
BRUNO AMARAL MACHADO e ANDERSON PEREIRA DE ANDRADE	

PARTE I

JUSTIÇA JUVENIL NO BRASIL: FRAGMENTOS DO DEBATE JURÍDICO-INSTITUCIONAL E PESQUISAS SOCIOJURÍDICAS

1. Justiça e processo penal juvenil: paradigmas, discurso jurídico e o modelo brasileiro.....	23
ANDERSON PEREIRA DE ANDRADE	
BRUNO AMARAL MACHADO	
2. Fontes internacionais e comparadas de justiça juvenil e sua aplicação no Brasil	57
GISELA SANTOS DE ALENCAR HATHAWAY	
3. Proteção constitucional à infância e à adolescência: uma crítica à redução da maioria penal.....	95
DEBORA DINIZ	
LUCIANA BRITO	
GABRIELA RONDON	
SINARA GUMIERI	

4. A vivência da medida socioeducativa de internação por adolescentes do sexo feminino nas cinco regiões do Brasil 107
 MARÍLIA MONTENEGRO PESSOA DE MELLO
 ÉRICA BABINI LAPA DO AMARAL MACHADO
 MANUELA ABATH VALENÇA
5. Violência e história de vida do adolescente que cometeu ato infracional de natureza sexual 124
 LIANA FORTUNATO COSTA
 MARIA APARECIDA PENSO
 MARIALICE NUNES SILVESTRE GARCIA CHAVES
6. O direito penal para adolescentes: um rápido panorama dos direitos humanos especiais destes sujeitos em peculiar condição de desenvolvimento em nosso continente e no Brasil..... 137
 JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA

PARTE II

JUSTIÇA JUVENIL: TRAJETÓRIAS E EXPERIÊNCIAS COMPARADAS

7. Argumentos para una discusión pendiente acerca del futuro de la justicia juvenil en la Argentina 157
 MARY BELOFF
8. Alguna luz en la oscuridad: justicia restaurativa en el sistema penal juvenil argentino..... 215
 ENZO FINOCCHIARO
9. Las adolescentes y el sistema de responsabilidad penal adolescente en Chile: el problema de las pocas olvidadas..... 237
 MARCELA AEDO RIVERA
 ANDREA COLLELL ORTÚZAR

10. Neopunitivismo penal juvenil en el Uruguay	270
CARLOS URIARTE	
DANIEL ZUBILLAGA PUCHOT	
11. Poder punitivo y justicia penal juvenil en el Ecuador.....	310
HUGO NAVARRO VILLACÍS	
12. El sistema integral de justicia penal de adolescentes en México: nuevo marco jurídico, nueva institucionalidad y ¿nuevas prácticas?..	336
LUIS GONZÁLEZ PLACENCIA	
13. La justicia penal juvenil en Centroamérica: reformas, contrarreformas y riesgos de involución.....	381
SERGIO J. CUAREZMA TERÁN	
14. Justiça tutelar educativa portuguesa: um século da lei à prática.....	406
JOÃO PEDROSO	
PAULA CASALEIRO	
PATRÍCIA BRANCO	
15. La justicia de menores en España: integrando una cultura de los derechos de la infancia en el modelo de responsabilización	428
ESTHER FERNÁNDEZ MOLINA	
MARIA JOSÉ BERNUZ BENEITEZ	
RAQUEL BARTOLOMÉ GUTIÉRREZ	

PARTE I

JUSTIÇA JUVENIL NO BRASIL: FRAGMENTOS
DO DEBATE JURÍDICO-INSTITUCIONAL
E PESQUISAS SOCIOJURÍDICAS

JUSTIÇA E PROCESSO PENAL JUVENIL: PARADIGMAS, DISCURSO JURÍDICO E O MODELO BRASILEIRO

ANDERSON PEREIRA DE ANDRADE¹

BRUNO AMARAL MACHADO²

A consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos impactou diretamente sobre as legislações que disciplinaram a responsabilização do menor de 18 anos (adolescente) pelo cometimento de delitos. Um primeiro impulso sobre a positivação dos direitos, observado no princípio do século XX, lançou o foco sobre a necessidade de tratamento diferenciado ao adolescente que comete um delito, mas equivocou-se pelo viés paternalista e autoritário do modelo instituído. Sob influência das ciências sociais, e particularmente do pensamento criminológico, houve novas pressões de distintos setores sociais que levaram à reforma das legislações nacionais que disciplinaram a responsabilização do adolescente, um processo ainda aberto e incompleto, mas que disponibiliza parâmetros mínimos para pensar nas modelagens institucionais para o processo e o julgamento do adolescente. Esses parâmetros estão plasmados, principalmente, na Convenção sobre os

1. Doutor em Direitos Fundamentais pela Universidade Carlos III de Madri. Professor da FESMPDFT. Promotor de Justiça de Defesa da Infância e da Juventude do MPDFT.

2. Doutor em Direito – especialidade sociologia jurídico-penal – Universidade de Barcelona. Pós-doutorado em Sociologia (UnB) – John Jay (Nova Iorque). Professor da FESMPDFT e dos Programas de mestrado e doutorado em Direito do Uniceub. Agradecemos a revisão e os comentários de Ana Luisa Rivera. Promotor de Justiça (6ª Promotoria Criminal de Brasília).

Direitos da Criança de 1989, introduzida no marco normativo brasileiro pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 (ECA). A Lei, sem embargo de seus inúmeros avanços deixou espaços demasiado amplos de discricionariedade no âmbito do chamado procedimento de apuração do ato infracional. Ao longo dos anos, não se logrou uma reforma legislativa do ECA no que se refere ao tratamento do adolescente a quem é imputado um delito. Tal reforma, ainda que distante de solucionar o problema central da ausência de direitos fundamentais materiais ao adolescente selecionado pela Justiça da Infância e da Juventude – que mimetiza a Justiça Penal –, ao menos propiciaria a equanimidade formal de tratamento do adolescente em relação ao adulto. Este artigo tem por objetivo resgatar o debate jurídico sobre os paradigmas que instituíram historicamente a justiça juvenil e, a partir da experiência brasileira, apresentar e debater propostas de reforma do ECA.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional dos Direitos Humanos – Paradigmas – Justiça Juvenil – ECA – Reforma legal.

“Sim, e repito coisas que de uma forma passiva ficaram coladas e impregnadas dentro de mim. Estou a dizer coisas que não são minhas. Bom, mas na verdade, que coisas são minhas? Por isso digo que nós somos feitos de papel, porque o ser humano cultivado é feito de papel. O que é verdadeiramente nosso? Muito pouco, quase nada. Provavelmente, somos todos os outros.”³

INTRODUÇÃO

A história das racionalidades penais pode ser descrita, de forma simplificada, a partir de duas manifestações relevantes para os objetivos deste texto. De um lado, a edificação de limites à intervenção do Estado, na forma assumida pelos modernos princípios penais e processuais penais que regulam o exercício do poder punitivo. De outro lado, especialmente ao longo dos últimos 200 anos, vicejaram os discursos que legitimam a intervenção penal.⁴

A fundamentação do poder punitivo encontrou, por influência da filosofia utilitária, finalidades distintas para as penas. Ao longo dos últimos 200 anos, as racionalidades punitivas se tornaram mais complexas e ambiciosas. O espaço ocupado pela pena como retribuição (Kant) perderia terreno para versões

3. ARIAS, Juan, *José Saramago – O amor possível*, Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2000, p. 84.

4. MACHADO, Bruno Amaral. “Discursos criminológicos sobre o crime e o direito penal: comunicação e diferenciação funcional”. *Revista de Estudos Criminais*, n. 45, abr.-jun. 2012, pp. 77-116.

utilitaristas (a pena-prevenção).⁵ O caráter dissuasório da pena (prevenção geral negativa) (Feuerbach) associou a sanção penal à concepção de que a ameaça de imposição do castigo seria útil na nova engenharia do Estado moderno. No final do século XIX, o discurso criminológico positivista e a sua versão *correcionalista* incrementaram as racionalidades das penas ao idealizar outras funções, que legitimariam a prevenção especial. Na vertente negativa da prevenção especial, a função da pena associa-se à inocuidade do criminoso, indivíduo a ser afastado do convívio social. Derivação da visão contratualista e da ideologia da defesa social.⁶

A vertente positiva da prevenção especial, inspirada na possibilidade de reintegração social, e que deu origem às variações das ideologias “re” (reabilitação, ressocialização, reintegração) configuraram um dos objetivos declarados na modernidade penal.⁷ O modelo ressocializador estabiliza-se como programa jurídico que capta racionalidade concorrente do poder punitivo ao longo do século XX, na esteira da transição do Estado Liberal de Direito ao Estado Intervencionista, especialmente do pós-guerra.⁸ Observadores atentos da inserção do novo modelo, em contrapartida, denunciaram as finalidades latentes ou não declaradas das novas estratégias punitivas. O ideal reintegrador dissimularia a estratégia disciplinadora das teorizações e práticas do sistema de justiça criminal.⁹

A idealização do modelo de justiça juvenil não pode estar dissociada do contexto mais amplo sobre os limites e fundamentos que edificaram o sistema

5. Conferir entre outros: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: RT, 1999. BENTHAM, Jeremy. *Teoria das penas legais e tratado dos Sofismas Políticos*. São Paulo: Edijur, 2002. VON LISZT, Fran. *La idea del fin en el Derecho Penal*: Programa de la Universidad de Marburgo. 1882. Trad. Carlos Perez Del Valle. Buenos Aires: Granada, 1995. Conferir, também, detalhada análise das teorias das penas: ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 190. ZAFFARONI, Eugenio Raul et alii. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

6. Aqui mencionamos, especialmente, a tradição positivista italiana: LOMBROSO, Cesar. *O homem delinquente*. Trad. Maristela Bleggi Tomasinini e Oscar Antonio Corbo Garcia. 2. ed. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001; FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Trad. Soneli Maria Melloni Farina. Campinas: Bookseller, 1999 e GAROFALO, Rafael. *Criminologia*. Trad. Danielle Maria Gonzaga. Campinas: Péritas, 1997.

7. Sobre as ideologias “re”, conferir ZAFFARONI, Eugenio Raul et alii *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 116 e ss.

8. Conferir extensa e didática exposição da evolução dos pensamentos criminológicos e penais: ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Sobre a teoria da evolução e as categorias variação, seleção e estabilização: LUHMANN, Niklas *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder, 2007 (Cap. 3).

9. A partir de perspectivas distintas: GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 1999, p. 16. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: A História da Violência nas Prisões*. 34. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007. p. 56.

penal moderno.¹⁰ O nascimento da criminologia positivista na Europa da segunda metade do século XIX é certamente apenas uma das facetas do que a criminologia crítica aponta como ideologia da defesa social. A proteção da sociedade dos indesejáveis esconde os discursos violentos da verdade científica. Nesse cenário, a história da justiça juvenil desvela parte dos experimentos em que o adolescente foi historicamente tratado como objeto e não sujeito de direitos.¹¹

A luta pelo reconhecimento dos direitos do adolescente a quem é imputado um delito¹² é um processo longo, multifacetado e em curso, para assegurar a ele direitos fundamentais no mínimo similares àqueles atribuídos aos adultos, e ademais assegurar outros específicos, tendo em conta a sua situação peculiar de pessoa em desenvolvimento. A expectativa da família, da comunidade e do Estado de que o adolescente possa desenvolver o seu plano de vida, apesar de sofrer um processo judicial, foi historicamente legitimada pela semântica ressocializadora, com iguais responsabilidades dessas mesmas instituições, a família, a comunidade e, em sua falta, o Estado. Da mesma forma, o procedimento judicial pode ser visualizado como oportunidade para reflexão, amadurecimento e até educação do adolescente, desde que guiado pelo binômio: respeito a sua autonomia e garantia dos direitos fundamentais. No plano formal (ideal), essas diretrizes sustentam os sistemas de justiça penal juvenil da maior parte dos países de tradição jurídica similar à brasileira.

Não obstante, a literatura no campo do direito juvenil indica processo longo, marcado por debates e controvérsias sobre a necessidade de instituir um tratamento equânime entre o adolescente, a quem é imputado um delito, e o adulto. O início do século XX representou grande mudança no tratamento jurídico dado a crianças e adolescentes. Por um lado, houve consenso entre especialistas de que, carentes de proteção contra a violência, os maus-tratos e o trabalho degradante, também necessitavam as crianças e adolescentes de tratamento penal diferenciado ao reservado aos adultos, especialmente

10. Sobre o tema consultar: SARAIVA, João Batista Costa, *Compêndio de Direito Penal Juvenil – Adolescente e ato infracional*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, 4. ed.; SHECAIRA, Sérgio Salomão, *Sistema de garantias e o Direito Penal Juvenil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; KONZEN, Afonso Armando, *Pertinência Socioeducativa – Reflexões sobre a natureza jurídica das medidas*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; SPOSATO, Karyna Batista, *Direito Penal de Adolescentes*, São Paulo: Saraiva, 2013; e VOLPI, Mário, *Sem liberdade, sem direitos – A privação de liberdade na percepção do adolescente*, São Paulo: Cortez, 2001.

11. Referência obrigatória sobre o tema é a obra de MÉNDEZ, Emilio García, *Infância e cidadania na América Latina*, São Paulo: Hucitec, 1998.

12. Utilizaremos neste trabalho a palavra adolescente para definir aquele que pode ser responsabilizado pelo cometimento de um delito, embora exista em alguns países, especialmente no âmbito anglo-saxônico, a previsão legal do julgamento, em alguns casos, de crianças, e também, a despeito da definição de criança como toda pessoa menor de 18 anos, feita pela Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, de 1989.

no que se refere à privação de liberdade que, em regra, ocorria em um único estabelecimento prisional.

De fato, já no início do século XX, muitos países no ocidente instituíram seus Códigos de Menores.¹³ Grã-Bretanha (1908), França e Bélgica (1912), Espanha (1918), Argentina (1919), Holanda (1921), Alemanha (1922) e Brasil (1923), criaram as suas próprias leis, tribunais e reformatórios de crianças e adolescentes, então denominados “menores”.¹⁴ A mudança, retratada na maioria dos casos como um avanço, especialmente pela retirada das crianças e adolescentes das prisões dos adultos, inaugurou uma forma de tratamento arbitrária e contrária aos direitos fundamentais.

O objetivo deste artigo é, na primeira parte, descrever os modelos de justiça juvenil historicamente construídos no transcorrer dos séculos XIX e XX. Na segunda parte, a partir das críticas ao procedimento de apuração do ato infracional atribuído ao adolescente, instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (adiante ECA) no Brasil, em 1990, propomos possíveis reformas e vias para o debate.

1. MODELOS DE JUSTIÇA JUVENIL: PARADIGMAS E A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

O debate sobre os modelos de justiça juvenil associa-se à evolução histórica do conceito de direitos humanos e ao complexo reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direito. A análise da evolução normativa identificada em grande parte dos países ocidentais deve ser compreendida no interior do amplo processo de internacionalização dos direitos, consubstanciado na forma de convenções e de tratados internacionais. Na literatura, a implantação dos modelos não raramente é acompanhada de diagnósticos pessimistas quanto à efetividade dos novos institutos e direitos previstos nas legislações.¹⁵

13. Sobre este tema veja-se MÉNDEZ, E. G., *Infância e cidadania na América Latina*, São Paulo: Instituto Ayrton Senna-Hucitec, 1998.

14. O primeiro Código de Menores brasileiro foi publicado em 1927, após rumoroso caso no Rio de Janeiro, então capital do país, em que um adolescente de 12 anos, engraxate, ao não ter o seu serviço pago, jogou tinta no freguês e viu-se preso, agredido e seviciado pelos adultos com quem foi obrigado a dividir o cárcere. Porém, a criação da primeira Vara de Menores no Rio de Janeiro, e do primeiro reformatório brasileiro, a *Escola Quinze de Novembro*, deu-se com o Decreto n.º 16.272, de 20 de dezembro de 1923, que “aprova o regulamento de assistência e proteção dos menores abandonados e delinquentes”. Esse decreto trata amplamente, em cento e quatro artigos, da proteção e da determinação da responsabilidade penal dos menores. Foi a primeira lei penal juvenil brasileira.

15. Nesse sentido há ampla literatura. Conferir, neste volume: Beloff, Mary. Argumentos para una discusión pendiente acerca del futuro de la justicia juvenil en la argentina; PLACENCIA, Luiz G. El sistema integral de justicia penal de adolescentes en México: nuevo marco jurídico, nueva institucionalidad y ¿Nuevas prácticas?; PEDROSO, João; CASALEIRO, Paula, BRANCO, Patrícia. Justiça tutelar educativa portuguesa: um século da lei à prática; MOLINA, Ester F., BERNUZ BENEITEZ, Maria José. BARTOLOMÉ