

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

JULIA MAGALHÃES JEUKEN

O instituto da remissão previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente e a instrumentalização do
shaming: alternativas para o adolescente em conflito com a lei.

Ribeirão Preto

2018

JULIA MAGALHÃES JEUKEN

O instituto da remissão previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente e a instrumentalização do *shaming*: alternativas para o adolescente em conflito com a lei.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências.

Versão corrigida contendo as alterações solicitadas pela banca examinadora em 31 de outubro de 2018. A versão original encontra-se em acervo da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Orientador: Prof. Associado Cláudio do Prado Amaral.

Ribeirão Preto

2018

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

J43i Jeuken, Julia Magalhães
O instituto da remissão previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente e a instrumentalização do shaming: alternativas para o adolescente em conflito com a lei. / Julia Magalhães Jeuken; orientador Cláudio do Prado Amaral. -- Ribeirão Preto, 2018.
115 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2018.

1. ADOLESCENTE INFRATOR. 2. REMISSAO. 3. SHAMING. I. Amaral, Cláudio do Prado, orient. II. Título

JEUKEN, Julia Magalhães. O instituto da remissão previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente e a instrumentalização do *shaming*: alternativas para o adolescente em conflito com a lei. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de mestre em Ciências – Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar ao Prof. Associado Cláudio do Prado Amaral por todas as inestimáveis contribuições, confiança e tranquilidade durante o desenvolvimento desta pesquisa, e principalmente pela oportunidade de realiza-la junto a um exemplo de profissional e pesquisador de excelência inspiradora.

À Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, pelas oportunidades de aprendizagem e formação acadêmica durante os anos de graduação e mestrado.

Aos meus pais, Ana Paula e Roberto, pelo apoio no curso desta jornada e palavras de incentivo, principalmente quando eu parecia “muito calma” diante dos desafios, e ao Rafael e Jéssica pelo apoio, ainda que distante.

Aos profissionais Lara, Karina e Aluísio, e aos amigos Gabrielle e Hermes, do mestrado, Rafael, José Roberto e Eduardo, da FDRP, Maria Eduarda, Paulinha, (Gabriel) Nadeu e Felipe, da vida, pois “há coisas que não se pode fazer junto sem acabar gostando um do outro”, e escrever uma dissertação de mestrado é uma delas.

“– Quem é você? – Não era um começo de conversa encorajador. Alice respondeu muito tímida: – Eu... já nem sei, minha senhora, nesse momento... Bem, eu sei quem eu era quando acordei essa manhã, mas acho que mudei tantas vezes desde então...”

Lewis Carroll

RESUMO

JEUKEN, Julia Magalhães. O instituto da remissão previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente e a instrumentalização do *shaming*: alternativas para o adolescente em conflito com a lei. 2018. 00 f. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018.

A Constituição Federal de 1988 reconhece na criança e no adolescente sujeitos de direitos em processo de formação da personalidade, condição peculiar e especialíssima que deve ser respeitada, notadamente, quando da atribuição da responsabilidade pelo ato infracional cometido, cuja manifestação e midiatização contribui para um clamor generalizado por um maior rigor punitivo, respaldado pelo “mito da impunidade” do menor. Surge, então, o dilema da necessidade de comunicação de uma resposta efetiva e proporcional a este jovem que esteja afinada com a sua condição de pessoa em desenvolvimento, favorecendo a busca por alternativas extraprocessuais capazes de atribuir a responsabilidade devida a estes indivíduos e afastá-los dos efeitos negativos da Justiça convencional. Uma ferramenta já prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente é o instituto da remissão, por intermédio do qual o processo de apuração do ato infracional será evitado antes do seu início, suspenso ou extinto. Para atender ao dilema de responsabilização do adolescente, porém, o instituto deve comunicar a responsabilidade de maneira efetiva, proporcional e reparadora, de forma a evitar os mesmos efeitos de segregação social e estigma produzidos pela Justiça convencional e garantir a posição social deste indivíduo enquanto sujeito de direitos.

PALAVRAS-CHAVE: adolescente em conflito com a lei; remissão; *shaming*.

ABSTRACT

JEUKEN, Julia Magalhães. The institute of remission contained in the Brazilian Statute of Children and Adolescents and the use of shaming: alternatives for the juvenile offender. 2018. 00 f. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018.

The Brazilian Constitution of 1988 recognizes children and adolescents as subjects of law that are undergoing a process of formation of their personality, a very specific and peculiar condition which must be respected mainly in assigning responsibility for the offenses committed. Manifestations and media interest around these offenses contribute to a generalized outcry for more punitive rigidity, endorsed by the “myth of impunity” of minors. The dilemma which arises is one of the need for communicating an effective and proportionate response to this youngster in an adequate way regarding his or her condition as a person in process of developing a personality, promoting the search for alternative solutions capable of assigning responsibility to these individuals while keeping them from the negative effects of conventional justice. A mechanism contained in Brazilian Statute for Children and Adolescents is the institute of remission, by which the prosecution and judgment of crimes committed by minors is avoided before its start, suspended or extinct. In order to meet the dilemma of assigning responsibility, however, this has to be done in an effective, proportionate and restorative way, thus avoiding segregation and stigma as consequences of the conventional justice and ensuring the adolescent’s social position as subject of law.

KEY WORDS: juvenile offenders; remission; shaming.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	15
2. CONTEXTO HISTÓRICO E LEGAL DO DIREITO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE NO BRASIL	19
2.1 Etapa de tratamento penal indiferenciado.....	20
2.2 Etapa tutelar.....	23
2.3 Etapa garantista	27
2.3.1 Evolução do tratamento internacional à infância e juventude.....	29
2.3.2 O Estatuto da Criança e do Adolescente	33
2.3.3 A condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento e a Psicologia do desenvolvimento	37
3. O ATO INFRACIONAL E SUA DINÂMICA: RESOLUÇÃO FORMAL E INFORMAL	41
3.1 A natureza do ato infracional	43
3.2 Resolução formal do ato infracional: breves notas sobre o processo de apuração	45
3.2.1 Primeira fase: atuação policial	47
3.2.2 Segunda fase: atuação informal do Ministério Público	50
3.2.3 Terceira fase: processo judicial de apuração do ato infracional	51
3.3 A medida socioeducativa inserida na resolução formal	53
3.4 Resolução informal: a remissão contextualizada em seu <i>locus</i> jurídico	61
4. A REMISSÃO COMO FERRAMENTA DE POLÍTICA DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI	63
4.1 A natureza da remissão	64
4.2 A remissão como ferramenta de extinção da instância formal persecutória	69
4.3 Possibilidade de reparação do dano e seus efeitos	70
4.4 A remissão como ferramenta de justiça restaurativa	74

5. A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO <i>SHAMING</i> NA OBRA DE JOHN BRAITHWAITE	79
5.1 O <i>shaming</i> segregador	85
5.2 O <i>shaming</i> reparador	89
5.3 A instrumentalização do <i>shaming</i> segregador nas instâncias formais de persecução criminal	92
5.4 A instrumentalização do <i>shaming</i> reparador: o modelo de conferência familiar para responsabilização do adolescente em conflito com a lei	96
6. CONCLUSÃO: O INSTITUTO DA REMISSÃO À LUZ DA TEORIA DO <i>SHAMING</i> REPARADOR	101
6.1 A remissão como ferramenta de extinção da instância formal persecutória	102
6.2 A possibilidade de reparação do dano e seus efeitos	104
6.3 A remissão como ferramenta de justiça restaurativa	106
6.4 Considerações finais	107
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	111

1. INTRODUÇÃO

No pequeno inventário de um adolescente é possível encontrar todo um espólio de opiniões, sentimentos e observações sobre a vida e o mundo¹ de um ser que caminha no limiar entre a infância das brincadeiras e da alfabetização e a maturidade adulta e a ocupação de um espaço social no mundo. É durante esta fase da vida que o indivíduo irá construir um conjunto de conhecimentos, erros e acertos por intermédio dos quais ele deixa de ser criança e aprende a ser adulto, às vezes mais cedo, outras mais tarde. De um ponto de vista biológico, a maturação sexual que ocorre cada vez mais cedo, associada a um longo processo de educação e treinamento profissional, cria uma descontinuidade a partir da qual os adolescentes são considerados maduros em alguns aspectos e absolutamente imaturos em outros².

Essa descontinuidade foi traduzida para o cenário jurídico por intermédio do reconhecimento da condição peculiar deste grupo etário como pessoas em desenvolvimento enquanto recurso de interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente, fruto da adoção de um sistema protetivo de direitos e garantias sociais e fundamentais no tema da infância e juventude pela Constituição Federal de 1988³. No entanto, essa etapa vital perde muito da sua complexidade em sua tradução, sobretudo no que tange aos adolescentes em conflito com a lei e a sua responsabilização por infrações cometidas, cuja interpretação jurídica também deve ser guiada pelo reconhecimento da condição peculiar.

Ainda que a criminalidade juvenil não seja tão estatisticamente relevante quando comparada com a criminalidade adulta, ela é igualmente exposta no espaço midiático, notadamente em se tratando de fatos mais graves⁴, o que contribui para a percepção distorcida de uma verdadeira e irrefreável onda de criminalidade⁵ perpetrada pelos adolescentes,

¹ Com a licença poética devida, o excerto alude ao título e introdução da obra “Os papéis de Lucas: pequeno inventário de um adolescente comum”, da autoria de Júlio Emílio Braz, revisitada como fonte de informações extrajurídicas sobre a turbulenta fase da adolescência, que é, mesmo indiretamente, objeto deste trabalho.

² BEE, Helen. *Pessoa em desenvolvimento*. São Paulo: Harper & Row, 1984. p.134-135.

³ AMARAL, Cláudio do Prado. Maioridade penal e cláusula pétrea. In.: *Anais do seminário “Impactos jurídicos e socioeconômicos da redução da maioridade penal”*. Coord. Cláudio do Prado Amaral. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, 2015. Disponível em: < http://www.gecap.direitorp.usp.br/files/Anais_Seminario_Red_Impact_Idade_Penal_ISBN_978-85-62593-16-1.pdf> Acesso em: 19 ago 2016. p.09-10.

⁴ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Por uma política nacional de execução das medidas socioeducativas: conceitos e princípios norteadores*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006. p.14.

⁵ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Por uma política...* Op. cit. p.09 e 14.

identificados como os portadores de (quase) todo o mal e violência que assolam a sociedade⁶. Esta, por sua vez, diante de uma sensação exacerbada de injustiça e impunidade muitas vezes confundida com a inimputabilidade do menor de dezoito anos, responde com um clamor generalizado por um maior rigor punitivo, a despeito do regramento protetivo imposto pela Constituição e pelo Estatuto.

Se por um lado existe a necessidade de atribuir ao jovem em conflito com a lei a responsabilidade pelo ato infracional de forma efetiva, por outro esta responsabilização deverá seguir critérios racionais capazes de expressar uma reação proporcional diante da condição peculiar deste jovem na sociedade⁷. Para atender a este dilema, o sistema de justiça especialíssimo instituído no Brasil pelo Estatuto da Criança e do Adolescente adota, além de todo o regramento processual garantista de direitos fundamentais, mecanismos de exclusão ou paralisação das instâncias formais de persecução infracional, visando a oportunizar um caminho alternativo de atribuição de responsabilidade. Este caminho alternativo é o instituto da remissão.

Seu regramento escasso, estudado majoritariamente como parte da temática do ato infracional enquanto *locus* jurídico, prevê três modalidades de concessão do instituto, a saber: (a) como forma de exclusão do processo infracional; (b) como forma de suspensão do processo infracional; e (c) como forma de extinção do processo infracional. Em todas as três modalidades, porém, é possível vislumbrar na remissão um interessante potencial de atribuição da responsabilidade ao seu recipiente ao mesmo tempo em que relevantes questionamentos são suscitados, notadamente no que tange à efetividade, à proporcionalidade, e à possibilidade de reintegração deste indivíduo à sociedade da qual ele é membro.

Assim, esta pesquisa propõe analisar a remissão prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente enquanto instituto capaz de atribuir responsabilidade aos jovens em conflito com a lei pelos atos infracionais praticados, de forma efetiva, proporcional e reintegradora, elegendo como marco teórico por intermédio do qual a análise será realizada a teoria do *shaming* reparador de John Braithwaite enquanto parâmetro para avaliação dos efeitos que a concessão do benefício poderá proporcionar ao adolescente.

⁶ SPOSATO, Karyna Batista. *Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.24.

⁷ SAAD-DINIZ, Eduardo. A proteção penal do menor: entre a medida socioeducativa e a repressão ao inimigo. In.: *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. v.08. n.45. dez-jan. Porto Alegre: 2012. P.71-82. p.72.

Para tanto, em um primeiro momento, esta pesquisa se debruçará sobre a evolução do arcabouço jurídico que compõe o Direito da infância e juventude, desde a sua (a) etapa de tratamento jurídico indiferenciado, passando pela (b) etapa tutelar e alcançando, por fim, a (c) etapa garantista na qual germinam tanto o tratamento internacional da matéria, compondo a Doutrina das Nações Unidas de proteção integral à infância e à adolescência, quanto o regramento brasileiro, composto principalmente pela Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Este panorama histórico tem por objetivo situar ideologicamente a introdução do instituto da remissão no ordenamento jurídico atual.

Já em um segundo momento, a pesquisa pretende percorrer brevemente o caminho da resolução formal do ato infracional e seu processo de apuração enquanto contraponto à resolução informal viabilizada pela remissão. Serão assim analisadas (a) a natureza do ato infracional, (b) as etapas previstas no regramento do Estatuto para a sua apuração formal, (c), a medida socioeducativa enquanto possível e frequente desfecho deste processo, e, por fim (d) a remissão será contextualizada neste *locus* jurídico, proporcionando o seu exame pormenorizado no tópico seguinte.

O terceiro momento da pesquisa abrangerá, portanto, o instituto da remissão consoante o regramento do Estatuto, suas concepções e modalidades, quais sejam, a (a) remissão como forma de exclusão do processo, a (b) remissão como forma de suspensão do processo, e (c) a remissão como forma de extinção do processo, bem como a sua viabilidade enquanto instrumento de uma política de responsabilização extrajudicial do adolescente em conflito com a lei, podendo assim ser pensada como (i) ferramenta de extinção da instância formal persecutória, (ii) mecanismo capaz de estimular a reparação do dano e dos efeitos da conduta delituosa, e (iii) ferramenta da justiça restaurativa.

Em um quarto momento subsequente, para viabilizar a análise das instrumentalidades elencadas do instituto da remissão, a teoria do *shaming* reparador de John Braithwaite será mapeada, inicialmente a partir de uma concepção mais geral do *shaming* adotada pelo autor, a qual será diferenciada em seus escopos (a) segregador e (b) reintegrador, e verificada também a partir de suas aplicações práticas, quais sejam, (i) o *shaming* segregador instrumentalizado no processo criminal, e (ii) a verificação prática da teoria do *shaming* reparador nas conferências familiares de atribuição de responsabilidade ao adolescente em conflito com a lei.

Por fim, em uma quinta etapa, será finalmente verificada a capacidade do instituto da remissão para atribuição de responsabilidade ao adolescente em conflito com a lei, de maneira efetiva, proporcional e reintegradora, a partir do seu potencial enquanto (a) ferramenta de extinção da instância formal persecutória, (b) mecanismo capaz de estimular a reparação do dano e dos efeitos da conduta delituosa, e (c) ferramenta de justiça restaurativa, por intermédio do exame da viabilidade de projeção do *shaming* reparador nos moldes da teoria e das conferências descritas por John Braithwaite.

Esta pesquisa será predominantemente teórica, apresentando um (a) viés metodológico exploratório, principalmente quando da análise do instituto da remissão, desde a evolução histórica do Direito da infância e juventude até a contextualização do seu *locus* jurídico, e do mapeamento da teoria do *shaming* reparador, bem como um (b) viés metodológico explicativo⁸ para correlacionar as premissas estabelecidas nos tópicos anteriores, endereçando especificamente o problema da responsabilização dos adolescentes em conflito com a lei.

⁸ GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. São Paulo: Atlas, 2014. p.27-28.

2. CONTEXTO HISTÓRICO E LEGAL DO DIREITO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE NO BRASIL

A infância e a adolescência enquanto etapas do processo de desenvolvimento do ser humano nem sempre foram selecionadas pelo Direito enquanto objetos de sua tutela. O caminho percorrido por este ramo jurídico foi recheado de percalços, embora seja possível enxergar, como fazem alguns autores, certa uniformidade em sua evolução⁹, a partir de uma primeira fase em que recebiam um tratamento jurídico indiferenciado do recebido por adultos em situações de conflito com a lei criminal¹⁰, e, no mais, eram notoriamente ignorados pelo Direito¹¹, até o contexto atual de um sistema jurídico que reconhece os jovens enquanto sujeitos de direitos, prima pela distinção do tratamento segundo a idade do autor do ilícito penal¹², além de incidir sobre outras áreas jurídicas que não exclusivamente à criminal.

Se o Direito regulava até muito recentemente apenas a esfera de vivência dos adultos, isso se justifica em razão da dimensão que o valor da criança e adolescente possuía, muito ínfimo para que pudesse ser interessante¹³, o que redundava em um modelo de proteção reflexa dos direitos daqueles por intermédio da proteção dos interesses e direitos de seus pais ou responsáveis¹⁴. Neste modelo de regulação, toda a peculiaridade do desenvolvimento infanto-juvenil era desprezada e afastada em prol de uma perspectiva fundada na maturidade dos indivíduos cujo desenvolvimento físico, mental, social, emocional e educacional eram, supostamente, completos, cenário que persiste até mesmo nos primórdios do tratamento jurídico diferenciado segundo a idade de seu receptor.

Assim, é somente com o advento de uma doutrina de proteção integral que o estado distintivo de pessoa em desenvolvimento dos menores de idade será reconhecido e recepcionado pelo Direito. Este novo Direito da Infância e Juventude também inova ao

⁹ CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. In.: *Justicia y derechos del niño*. UNICEF, 2007. p.131-132. ; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.21.

¹⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Loc. cit.

¹¹ CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior... *Loc. cit.*

¹² SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Loc. cit.

¹³ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.11.

¹⁴ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da...* Op. cit. p.11-12

reconhecer que os direitos e garantias essencialmente voltados à proteção da criança e do adolescente são complementares aos direitos e garantias de todos os indivíduos submetidos ao Estado Democrático de Direito¹⁵, e tem como substrato uma noção de absoluta prioridade àquele grupo, derivada de sua condição de pessoas em desenvolvimento¹⁶. Estas características se evidenciam no panorama legislativo que o constrói, notadamente, no Brasil, no Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual inaugura um sistema de justiça infanto-juvenil¹⁷ consagrado como modelo para outros países da América Latina.

Esta pesquisa, portanto, se inicia com uma análise predominantemente doutrinária da evolução do Direito da Criança e do Adolescente a partir de suas etapas características: (a) a etapa de tratamento indiferenciado, a ser tratada no primeiro tópico; (b) a etapa tutelar, explorada na sequência; e, por fim, (c) a etapa garantista, dividida em dois seguimentos, quais sejam, (i) a evolução da legislação internacional que serviu de paradigma à codificação brasileira, e (ii) o Estatuto da Criança e do Adolescente e o sistema jurídico juvenil que ele inaugura.

2.1 Etapa de tratamento indiferenciado

Embora haja nas Ordenações Filipinas certa diferença de resposta punitiva aos jovens autores de delitos, o marco histórico de início da etapa de tratamento indiferenciado é posto no nascimento dos Códigos Penais liberais do século XIX¹⁸⁻¹⁹. No curso deste período há certa frequência na modificação da idade mínima a partir da qual crianças e adolescentes são submetidos ao jugo estatal em decorrência da prática de condutas contrárias ao regramento criminal da época; no entanto, a característica fundamental de o tratamento recebido por eles não ser significativamente distinto do tratamento dado aos adultos em situação equivalente se

¹⁵ CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior... *Op. cit.* p.125.

¹⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* *Op. cit.* p.46-47.

¹⁷ BELOFF, Mary. Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina. In.: *Justicia y derechos del niño*. UNICEF, 2007. p.186.

¹⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* *Op. cit.* p.28.

¹⁹ A vigência das Ordenações Filipinas se conserva durante as regências de D. João VI e D. Pedro, até a proclamação da independência política, quando ocorre a ascensão de um novo regime afinado com as ideias progressistas dos países europeus, responsável por evidenciar o anacronismo daquela legislação nascida na época colonial. – TRIPOLI, César. *História do direito brasileiro*. vol.02. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1936.

manifesta uniformemente, razão pela qual o identifica para fins de estudo. Assim, não existiam normas específicas a estas pessoas, tanto no âmbito nacional quanto internacional²⁰.

No contexto brasileiro a etapa de tratamento indiferenciado se estende por dois diplomas legais relevantes: (a) o Código Criminal do Império de 1830, e (b) o Código Penal Republicano de 1890, e se deixa influenciar por algumas leis esparsas que alteram ou não os regramentos mencionados. O (a) Código Criminal do Império, primeira codificação penal do Brasil, atualiza a idade de responsabilização jurídica em quatorze anos, de forma que o adolescente – até seus dezessete anos – que praticasse delitos receberia uma sanção atenuada de cumprimento em casas de correção²¹. Quanto aos menores de quatorze anos, adotou-se uma espécie de sistema de discernimento²², pois eles seriam subtraídos da responsabilidade se demonstrassem não o possuir; do contrário, também seriam recolhidos às casas de correção por período não superior aos dezessete anos, ao arbítrio do juiz²³.

Apesar da previsão inédita do cumprimento da reprimenda estatal em estabelecimento diverso das prisões adultas, o Código Penal do Império não foi implementado no que tange às casas de correção, sequer construídas, de forma que na prática adolescentes e adultos eram encarcerados nos mesmos locais²⁴. Ademais, as ações em prol das crianças e adolescentes carentes, ante a ausência de codificação neste sentido²⁵, eram realizadas quase exclusivamente por ordens religiosas e instituições de caráter privado, sobretudo nas áreas de educação e atividades domésticas, predominando o pensamento assistencialista que se configuraria como substrato para uma posterior perspectiva de tratamento tutelar a estes indivíduos²⁶.

O (b) Código Penal Republicano, por sua vez, revisou a idade mínima de responsabilização para nove anos completos e estabeleceu um sistema de imputação de responsabilidade mais complexo: enquanto os menores de nove anos eram absolutamente

²⁰ SILVA, Bruno César da. *Defensoria pública e a participação processual de crianças e adolescentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.03.

²¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.29-30.

²² MASSA, Patricia Helena. A menoridade penal no direito brasileiro. In.: *Revista brasileira de ciências criminais*. n. 4. Out-Dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p.128.

²³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.29.

²⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit.. p.31

²⁵ A Constituição do Império (1824), por exemplo, apesar de conter ideais iluministas relevantes à elaboração de outras leis em momento posterior, não trazia dispositivos específicos sobre a matéria de um direito infanto-juvenil. – PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p.68. ; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Loc. cit.

²⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Loc. cit.

inimputáveis, as crianças e adolescentes entre nove e quatorze anos eram submetidos a um critério de discernimento consistente em uma causa de inimputabilidade condicionada²⁷, atribuindo responsabilidade quando constatado o discernimento na prática do delito²⁸. Estes, e os maiores de quatorze anos, seriam recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais por período de tempo fixado ao arbítrio do juiz, não superior à idade de dezessete anos²⁹. A previsão, não mais inédita, de estabelecimento específico às crianças e aos adolescentes para cumprimento das sanções a eles cominadas tampouco foi implementada na prática³⁰.

Entretanto, no que tange à legislação relevante, a Lei Federal nº 4.242 de 05 de janeiro de 1921, de natureza eminentemente orçamentária, revogou parcialmente o Código ao autorizar a criação de um serviço de assistência e proteção aos adolescentes e crianças abandonados e/ou em conflito com lei³¹, a construção de abrigos – as casas de preservação – e, sobretudo, ao atualizar a idade mínima de responsabilização para quatorze anos, instituindo que menores não serão submetidos a nenhuma forma de processo, e indivíduos maiores desta idade sofreriam processo especial³². Na esteira desta lei foi sancionado o Decreto nº 5.083, de 1º de dezembro de 1926, o qual determinou a necessidade de consolidação das leis de assistência e proteção aos menores de idade, indicando diversos dispositivos posteriormente incorporados ao Código de Menores³³.

O regramento do início da República, em especial a Lei Federal nº 4.242, que fomenta a necessidade de um Código de Menores ante o fracasso de projetos anteriores³⁴, denuncia o final da etapa de tutela indiferenciada das crianças e adolescentes, substituída pela etapa tutelar. As sementes desta etapa, contudo, já estavam presentes no período predecessor, notadamente na essência assistencialista do tratamento aos jovens carentes e no critério de

²⁷ MASSA, Patricia Helena. A menoridade... Op. cit.. p.128.

²⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.32-33.

²⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Loc. cit.

³⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.33.

³¹ A Lei Federal nº 4.242 também definiu as hipóteses de abandono e situações a ele equiparadas, bem como regulamentou as sanções e procedimentos destinados aos indivíduos em conflito com a lei. – PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais...* Op. cit.. p.17.

³² SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.33-34.

³³ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais...* Op. cit.. p.18

³⁴ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais...* Op. cit. p.17.

discernimento aplicado, cujo efeito prático era o de favorecer os adolescentes e crianças a ele submetidos em virtude da dificuldade de sua apreciação pelo juiz³⁵.

Este contexto, aliado a uma imposição da detenção dos menores em “carreira criminosa” enquanto noção de defesa social criminal, configura o impulso que irá alterar drasticamente o tratamento dado à criminalidade juvenil e infantil³⁶.

2.2 Etapa tutelar

A urbanização relativamente intensa do início do período republicano, somada à grande migração de escravos recém-libertados e aos movimentos contra as condições carcerárias de compartilhamento de alojamentos prisionais entre adultos e menores de idade provocou mudanças no que tange à ideia de defesa social e à exigência de medidas urgentes para assegurar direitos, ou, mais comumente, garantir a proteção da sociedade contra as crianças e adolescentes oriundas de um cenário de pobreza e preconceito étnico³⁷. Surgem então as primeiras casas de recolhimento e as primeiras colônias correcionais para cumprimento de medidas de internação, e não muito tempo depois, os primeiros projetos de legislação específica aos indivíduos menores de idade³⁸. Assim, a etapa de tratamento indiferenciado vai sendo progressivamente superada pela etapa tutelar.

Este sistema de atribuição de responsabilidade sofreu grande influência do positivismo criminológico³⁹, no sentido de que o criminoso genericamente considerado, e, especificamente, o indivíduo menor em conflito com a lei, são sujeitos aos quais não se pode atribuir a responsabilidade decorrente do livre-arbítrio por seus atos, pois eles infringem as normas em razão de circunstâncias alheias ao seu controle⁴⁰, estando seus atos subordinados a uma pluralidade de fatores ambientais, familiares e/ou pessoais os quais retiram justamente a

³⁵ MASSA, Patricia Helena. A menoridade... Op. cit., p.128.

³⁶ MASSA, Patricia Helena. A menoridade... Loc. cit.

³⁷ SILVA, Bruno César da. *Defensoria pública*... Op. cit. p.08.

³⁸ SILVA, Bruno César da. *Defensoria pública*... Op. cit. p.08-09.

³⁹ Trata-se aqui do período científico da criminologia, que teve como alguns dos seus expoentes Cesare Lombroso e Enrico Ferri – sobretudo no que tange ao livre arbítrio (e sua inexistência). – SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.87-92.

⁴⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema*... Op. cit. p.35.

liberdade da sua atuação⁴¹. Dessa forma, seria necessário aplicar medidas de caráter diverso do sancionatório, imbuídas de finalidade predominantemente educativa, associada a um substrato curativo, a depender de cada indivíduo, denotando-se o forte conteúdo correcionalista desta etapa⁴².

A etapa tutelar caracteriza-se principalmente pelo que genericamente se denomina Direito do “menor”, um conjunto de regras destinadas ao tratamento das supostas patologias sociais das quais padecem os jovens em situação irregular, que é a essência da legislação da época⁴³. A doutrina da situação irregular fundava-se na concepção de uma atuação judicial limitada aos abandonados e aos em conflito com a lei sempre em favor dos adolescentes a ela submetidos, independentemente das circunstâncias, e esta posição-chave ensejava uma interpretação no sentido da desnecessidade de regras formais, tanto procedimentais, quanto de interpretação do texto legal⁴⁴. Trata-se aqui da ideia de superior interesse do menor, adotada pela comunidade internacional na Declaração dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959 e inserida no artigo 5º do Código de Menores de 1927⁴⁵.

Um sistema tutelar fundado na doutrina da situação irregular é dotado das seguintes características, melhor visualizadas a partir dos Códigos de Menores vigentes neste período: (1) a incidência do sistema limita-se a circunstâncias nas quais haja patologia social; (2) o rigor procedimental não é garantido; e (3) a autoridade judiciária tem ampla margem de discricionariedade⁴⁶ na decisão da medida mais adequada a estes indivíduos, substituindo a atuação parental por meio do emprego de critérios paternalistas nos quais o delito em si representava pouco peso⁴⁷. Assim, a criança e o adolescente eram reconhecidos apenas como objetos de intervenção de um Judiciário subjetivo e arbitrário, e somente quando inseridos nas circunstâncias que autorizavam a sua incidência.

⁴¹ COLÁS TURÉGANO, Asunción. *Derecho penal de menores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

⁴² A criança e o adolescente são assim considerados sujeitos inferiores aos adultos e carentes de assistência, a qual é ofertada pelo Estado mediante uma reprimenda penal. – SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Loc. cit.

⁴³ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da...* Op. cit. p.21-22 e 27-28.

⁴⁴ SILVA, Bruno César da. *Defensoria pública...* Op. cit. p.12.

⁴⁵ AMIN, Andréia Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In.: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo de Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Coord. Kátia Regina Ferreira Lobo de Andrade Maciel. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴⁶ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da...* Loc. cit.

⁴⁷ COLÁS TURÉGANO, Asunción. *Derecho...* Op. cit. p.67-68.

O poder Judiciário, por sua vez, detinha a função de identificar a situação irregular e combatê-la, segundo o melhor interesse destes indivíduos, acessado a partir de uma ideologia de “compaixão e repressão” em cujas bases estava a piedade enquanto dogma, e cuja produção teórica tem como autores os juízes de menores, ou seja, os mesmo profissionais encarregados de sua aplicação, formulando uma doutrina jurídica pouco doutrinária e pouco jurídica, composta principalmente do senso comum da época⁴⁸. Esta doutrina não fala em garantias como a fundamentação das decisões, em contraditório e ampla defesa, ou em considerar a opinião das crianças e adolescentes, tidos como incapazes⁴⁹ e objeto da piedade dos julgadores.

O ineditismo da etapa tutelar se verifica na adoção de medidas especializadas e regramento específico aos adolescentes e crianças, principalmente por intermédio dos Códigos de Menores promulgados neste período: (a) o Código de Menores de 1927, e o (b) Código de Menores de 1979. O (a) mais antigo deles foi precedido do primeiro Juizado de Menores brasileiro, cuja atuação se caracterizava pela adoção de medidas voltadas a um controle social formal a partir da combinação entre assistencialismo e uma noção abstrata de justiça visando ao saneamento moral dos indivíduos a ele submetidos⁵⁰. É neste contexto que se institui o Código de Menores de 12 de dezembro de 1927, inserido em um panorama internacional de consolidação da doutrina da situação irregular⁵¹.

Este Código consolida em quatorze anos a idade para a imputação de responsabilidade aos adolescentes em conflito com a lei⁵² e codifica as duas categorias de menores que seriam por ele tuteladas, correspondentes à situação de patologia social característica da doutrina desta etapa, quais sejam, os abandonados e os delinquentes, muito embora não houvesse distinção entre eles na aplicação das medidas previstas⁵³⁻⁵⁴. Há ainda a previsão de um

⁴⁸ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo penal juvenil: a garantia da legalidade na execução de medidas socioeducativas*. São Paulo: Malheiros, 2006. p.53.

⁴⁹ SILVA, Bruno César da. *Defensoria pública...* Op. cit. p.12-14.

⁵⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.36.

⁵¹ A doutrina da situação irregular está contida na Carta da Liga sobre a Criança, ou Declaração de Genebra, de 1924, primeiro documento de caráter amplo e genérico a tratar da matéria da infância. A Carta aborda a proteção das crianças em diversos aspectos; contudo, o tratamento conferido a elas as coloca como objetos de proteção, não sujeitos de direitos. Esta situação perdura até a aprovação da Declaração dos Direitos da Criança de 1959. – SILVA, Bruno César da. *Defensoria pública...* Op. cit.p.14.

⁵² SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.39.

⁵³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.37.

⁵⁴ O Código de Menores de 1927 previu em seu artigo 55 a aplicação judicial de medidas não punitivas aos menores abandonados, os quais poderiam ser internados em escolas de preservação ou escolas de reforma, cujo

processo penal de natureza especial para a cominação de medidas institucionalizadoras, de caráter notadamente penal; entretanto, o processo padecia da falta de garantias processuais aos indivíduos acusados⁵⁵ em função da finalidade máxima de proteção deles pelo Estado⁵⁶.

O (b) Código de Menores de 10 de outubro de 1979 não destoa deste panorama traçado por seu predecessor, consolidando a doutrina da proteção irregular no Brasil enquanto substrato sob o qual foi elaborado, e ratificando uma concepção ultrapassada de desprezo pelas garantias processuais e materiais das crianças e adolescentes, ainda não reconhecidos como sujeitos de direitos⁵⁷. Uma vez que a intervenção judicial era limitada ao contexto de patologias sociais, foi prevista uma fase prévia de verificação da situação do menor para a aplicação das medidas consideradas adequadas, contendo dois tipos de procedimento: (i) o procedimento de verificação simples, notadamente informal, para identificar a prática de infração penal e/ou desvio de conduta; e (ii) o procedimento de verificação contraditória, quando houvesse discordância dos pais referente à perda ou suspensão do poder pátrio, ou perda ou controvérsia a respeito da guarda⁵⁸.

Entre o Código de Menores de 1927 e o Código de 1979 convém destacar também a relevância do Código Penal de 1940 no tratamento dados aos adolescentes e crianças em conflito com a lei. O diploma inovou ao subtrair todos os menores de dezoito anos do direito penal, declarando-os, por presunção absoluta, segundo a opção político-criminal adotada na sua elaboração⁵⁹, desprovidos do entendimento ético-jurídico e da faculdade de autogoverno característicos da responsabilidade penal, sujeitando-os a medidas correccionais da legislação específica⁶⁰. Havendo o Código de Menores vigente à época, contudo, fixado a idade de quatorze anos para a imputabilidade penal, foi necessária a publicação do Decreto-lei nº 6.026

objetivo era a punição. No entanto, a distinção permanecia no âmbito da teoria, pois ambas as modalidades de escola aplicavam a privação de liberdade compulsória e imposta pela autoridade judicial, com o escopo de proteção do indivíduo menor de dezoito anos. – LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo...* Op. cit. p.50-51.

⁵⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.39.

⁵⁶ SILVA, Bruno César da. *Defensoria pública...* Op. cit. p.08.

⁵⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.42.

⁵⁸ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da...* Op. cit. p.27-28.

⁵⁹ AMARANTE, Napoleão do. Art. 104. In. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. Coord. Munir Cury. 11 ed. São Paulo: Editoria Malheiros, 2010. p.498.

⁶⁰ MASSA, Patricia Helena. *A menoridade...* Op. cit. p.128-129.

de 24 de novembro de 1943 para a adequação, que se deu a partir da introdução de um critério de periculosidade para os adolescentes entre quatorze e dezoito anos⁶¹.

A etapa tutelar representa certo avanço em relação à sua predecessora, principalmente em virtude da adoção e imposição de medidas especializadas em estabelecimentos não compartilhados com os adultos. Seu principal substrato é o “direito do menor” ou doutrina da situação irregular, incidente em circunstâncias limitadas de supostas patologias sociais presentes, e as políticas públicas do período se fundavam em um binômio de assistencialismo e repressão⁶². A etapa pautou-se também pela concepção de uma atuação judicial sempre em favor do melhor interesse deste grupo etário, suportando a carência de regramentos formais de procedimento, interpretação das leis e de garantias.

A criança e o adolescente eram reconhecidos nessa etapa apenas enquanto objetos de intervenção do direito dos adultos, que protegia a sociedade dos crimes praticados por eles, e aos não inseridos nestas circunstâncias, dispensava apenas uma proteção reflexa aos seus interesses por intermédio de seus pais ou responsáveis⁶³. Assim, é possível identificar o *menor* enquanto categoria jurídica específica desta fase⁶⁴, subjugada ao poder Judiciário, e em oposição às crianças e adolescentes, as quais, longe de estarem em uma situação muito melhor, eram postas sob o jugo da família, onde o direito não as alcançava.

2.3 Etapa garantista

Se na etapa anterior é possível identificar uma evolução no tratamento conferido pelo Estado às crianças e adolescentes, notadamente por meio do reconhecimento de um caráter público de proteção dos interesses destes indivíduos – embora apenas reflexa, uma vez que os jovens ainda não eram reconhecidos como sujeitos de direitos –, no período garantista ocorre o reconhecimento de uma necessidade premente de se limitar a interferência e atuação estatais, principalmente em virtude dos diversos abusos antes desconhecidos a partir da

⁶¹ Declarada a periculosidade dos adolescentes entre quatorze e dezoito anos pelo juiz, eles seriam internados até a posterior declaração de que aquela havia cessado; por outro lado, não evidenciada a periculosidade, a autoridade judicial poderia confiá-los aos pais, tutores, ou a quem assumisse a guarda, ou interná-los em estabelecimentos de reeducação ou educação profissional. – PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da...* Op. cit. p.19.

⁶² SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.43.

⁶³ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da...* Op. cit. p.19-20.

⁶⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.39-40.

aplicação aberta ou encoberta de mecanismos do sistema punitivo⁶⁵ sob a égide de uma noção do “melhor interesse do menor”. Assim, uma das principais características, senão a principal, desta etapa foi a instituição de um sistema de proteção integral que substituiu a doutrina da proteção irregular.

A ideia de proteção integral⁶⁶ é essencialmente jurídica⁶⁷, e designa um sistema que, acima de tudo, reconhece crianças e adolescentes enquanto titulares de direitos e interesses, expressos em garantias materiais e processuais oponíveis não somente ao Estado, mas à família e à sociedade também⁶⁸, e cujo objetivo é o de proporcionar e garantir o desenvolvimento saudável e a integridade destas pessoas⁶⁹, reconhecidamente em situação peculiar de desenvolvimento. A relevância desta mudança paradigmática enxerga, ademais, a criança e o adolescente como aquilo que são, e não o que têm a potencialidade de vir a ser, redundando os seus interesses de necessidades imediatas, as quais demandam o reconhecimento e efetivação presentes, não futuros⁷⁰.

A superação da tradição processual subjetivista e arbitrária na atribuição de responsabilidade pela prática de atos infracionais é evidente, pois o sistema da proteção integral impõe regras compostas por direitos e garantias que irão limitar a incidência de uma concepção de melhor interesse⁷¹ aplicada por juízes na posição de “bons pais”⁷². Ademais, a mudança de paradigma proporcionada pela proteção integral também amplia o seu horizonte de incidência a todos os indivíduos menores de dezoito anos enquanto sujeitos de direitos – não apenas aqueles em situação irregular⁷³, compreendendo-se que não estão eles em situação

⁶⁵ CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior... *Op. cit.* p.132.

⁶⁶ Paulo Afonso Garrido de Paula desmonta a expressão característica da etapa para descrevê-la com absoluta precisão: a “proteção” enquanto resguardo das condições para a felicidade atual e futura da criança e do adolescente, e o adjetivo “integral” porquanto a proteção alcançará a totalidade destes seres humanos, nos seus mais variados aspectos – físico, mental, moral, espiritual e social. – PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da...* *Op. cit.* p.25.

⁶⁷ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da...* *Op. cit.* p.23.

⁶⁸ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da...* *Loc. cit.*

⁶⁹ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da...* *Op. cit.* p.27.

⁷⁰ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da...* *Op. cit.* p.31.

⁷¹ SILVA, Bruno César da. *Defensoria pública...* *Op. cit.* p.21-22.

⁷² No Brasil, a criação dos Conselhos Tutelares representa um grande avanço neste aspecto, pois subtrai do juiz da infância e juventude atribuições administrativas e socioassistenciais estranhas à sua função judicial. – SILVA, Bruno César da. *Defensoria pública...* *Loc. cit.*

⁷³ Além da ampliação do horizonte de incidência, ocorre também a separação das políticas sociais e políticas criminais, reconhecendo-se que a garantia dos direitos das crianças e adolescentes depende de um adequado desenvolvimento das políticas sociais. – BELOFF, Mary. *Los nuevos...* *Op. cit.* p.181.

irregular, mas são irregulares as condições de vida nas quais eles estão inseridos⁷⁴ –, bem como às entidades responsáveis por assegurar estes direitos e garantias, operando-se uma transformação dotada de reflexos em todas as áreas do Direito⁷⁵.

A doutrina da proteção integral surge com a Declaração dos Direitos da Criança aprovada em 1959, em um contexto de evolução dos direitos humanos amplamente considerados⁷⁶, e, no Brasil, se consolida com a implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente, do qual se tratará na sequência. Contudo, antes é necessário caminhar pelo panorama legislativo internacional que enseja e influencia de sobremaneira a sua elaboração, notadamente a Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral à Infância, composta por tratados, regras e diretrizes internacionais relevantes em maior ou menor grau à legislação brasileira.

2.3.1 Evolução do tratamento internacional à infância e juventude

É somente após a Grande Guerra que serão elaborados os documentos consagradores dos direitos infanto-juvenis⁷⁷, em razão, inclusive, da intensa mobilização internacional gerada pela situação de abandono vivenciada por crianças que haviam perdido seus pais no conflito⁷⁸. Este cenário, no período entreguerras, contextualiza a aprovação da Declaração dos Direitos da Criança de 1924 por assembleia da Sociedade das Nações, diploma responsável pela introdução de princípios básicos e da noção de responsabilidade coletiva pelo cuidado da criança⁷⁹. No entanto, esta Declaração é marcada por uma preocupação majoritariamente teórica, não produzindo muitos efeitos práticos⁸⁰.

A posterior Declaração dos Direitos da Criança, editada em 1959, no entanto, é considerada responsável pela mudança paradigmática que proporciona a transição da etapa

⁷⁴ VOLPI, Mário. *O adolescente e o ato infracional*. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2005. p.48.

⁷⁵ VOLPI, Mário. *Os adolescentes e a lei: o direito dos adolescentes, a prática de atos infracionais e sua responsabilização*. Brasília: ILANUD, 1998.

⁷⁶ SILVA, Bruno César da. *Defensoria pública...* Op. cit. p.16-17.

⁷⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.50.

⁷⁸ SILVA, Bruno César da. *Defensoria pública...* Op. cit. p.04-05.

⁷⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.51.

⁸⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Loc. cit.

tutelar à etapa garantista, ao consagrar a doutrina da proteção integral⁸¹, pois muito embora o Código de Menores de 1927 houvesse incorporado a ideia do superior interesse, este só era aplicado à criança e ao adolescente compreendidos em situação irregular⁸², sendo rotineiramente descaracterizado. A adoção da doutrina da proteção integral, por sua vez, amplia a incidência do superior interesse a todo o público infanto-juvenil⁸³.

O diploma, de caráter interpretativo e eivado de coercibilidade⁸⁴ cuidou ainda da enunciação de princípios gerais⁸⁵, e surge como um complemento⁸⁶ à Declaração Universal dos Direitos Humanos⁸⁷, que já continha tópico específico sobre a família e, especificamente, a infância⁸⁸. Em comemoração aos seus vinte anos, porém, a Organização das Nações Unidas aprovou a proposta de elaboração de uma Convenção Direitos da Criança, esta por sua vez aprovada em 20 de novembro de 1989, dez anos após a sua propositura e trinta anos após a Declaração de Direitos editada em 1959.

A Convenção se pauta pelo conceito de superior interesse do jovem, reconhecendo-lhe direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, de forma que embora a ideia de proteção permaneça, o papel destes indivíduos deixa de ser passivo para tornar-se ativo⁸⁹. O documento revelou-se uma síntese de normas de direitos humanos de caráter geral e princípios oriundos de uma tradição jurídica vinculada aos direitos da infância⁹⁰, o qual reafirma o reconhecimento das crianças e adolescentes enquanto pessoas humanas e tenta promover uma readequação de direitos para as circunstâncias particulares nas quais eles estão inseridos⁹¹. Ademais, além de se constituir como fonte de direitos próprios da infância e da

⁸¹ SILVA, Bruno César da. *Defensoria pública...* Op. cit. p.16-17.

⁸² AMIN, Andréia Rodrigues. *Princípios orientadores...* Op. cit. p.74.

⁸³ AMIN, Andréia Rodrigues. *Princípios orientadores...* Loc. cit.

⁸⁴ SILVA, Bruno César da. *Defensoria pública...* Loc. cit.

⁸⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.53.

⁸⁶ A relação de complementariedade identificada por Bruno César da Silva demonstra a estreita vinculação entre o aperfeiçoamento dos instrumentos de proteção dos direitos da criança e a preocupação com os direitos humanos amplamente considerados, sugeridas por Miguel Cillero Bruñol. De acordo com este autor, os direitos infanto-juvenis disporão de mecanismos mais efetivos de proteção na medida em que permanecerem ligados à proteção geral conferida aos direitos humanos. – CILLERO BRUÑOL, Miguel. *El interés superior...* Op. cit. p.125.

⁸⁷ SILVA, Bruno César da. *Defensoria pública...* Op. cit. 16-17.

⁸⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.52.

⁸⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.55.

⁹⁰ CILLERO BRUÑOL, Miguel. *El interés superior...* Op. cit. p.130.

⁹¹ CILLERO BRUÑOL, Miguel. *El interés superior...* Loc. cit.

adolescência, bem como de seus deveres recíprocos, o diploma contém ainda um conjunto de princípios reguladores da sua proteção⁹².

O texto da Convenção foi aprovado por unanimidade pela Assembleia Geral das Nações Unidas, representando um massivo e quase universal consenso jurídico a respeito deste relevante tema e abrangendo, por exemplo, os direitos e deveres dos pais e do Estado em relação ao desenvolvimento das crianças e as políticas públicas que as endereçam⁹³. O Brasil o ratificou integralmente por intermédio do Decreto nº 99.710, de 21 de setembro de 1990, após sua provação pelo Congresso Nacional, integrando a Convenção, por conseguinte, a categoria de norma de direito interno⁹⁴.

Neste mesmo contexto histórico, além da aprovação da Convenção sobre os Direitos da Criança outros documentos elaborados no cenário internacional influenciaram não apenas a elaboração da legislação brasileira, mas também a construção de um panorama legal no âmbito das Nações Unidas. Estes documentos são (a) as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores, ou Regras de Pequim, (b) os Princípios Orientadores das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil, ou Diretrizes de Riad e (c) as Regras Mínimas das Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade, ou Regras de Tóquio, e juntos compõem a chamada doutrina das Nações Unidas de proteção integral à infância⁹⁵.

As (a) Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores, ou Regras de Pequim, aprovadas em 1985, são o primeiro instrumento internacional a tratar especificamente sobre uma Justiça da criança e do adolescente, e contêm as condições normativas mínimas recomendadas sobre a intervenção punitiva do Estado no que tange a estes indivíduos⁹⁶. Este documento também promove uma ruptura com o modelo tutelar, enunciando garantias e princípios e determinando regras processuais a serem incorporadas para a persecução dos atos ilícitos praticados por jovens e a atribuição medidas punitivas – inclusive a recomendação expressa de se buscarem modelos extrajudiciais de intervenção⁹⁷.

⁹² CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior... Loc. cit.

⁹³ CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior... Op. cit. p.127-128.

⁹⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.54-55.

⁹⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.60-61.

⁹⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.57.

⁹⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.57.58.

Muito embora não seja dotado de coercibilidade no Brasil, o documento é um dos principais marcos legais que inspiraram a legislação do país⁹⁸.

Já os (b) Princípios Orientadores das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil, conhecidos como as Diretrizes de Riad e aprovados em 1990, reconhecem a importância da prevenção da criminalidade genericamente considerada por intermédio da adoção de políticas progressivas, notadamente centradas no controle social informal, destacando a grande importância da família e da comunidade no enfrentamento desta questão⁹⁹. As Diretrizes de Riad, assim como as Regras de Pequim, são um dos paradigmas da legislação brasileira posteriormente elaborada, ainda que não tenham adquirido força normativa interna¹⁰⁰.

Por fim, (c) as Regras Mínimas das Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade, ou Regras de Tóquio, também aprovadas em 1990, são compostas de recomendações gerais cujo objetivo é o de estabelecer um conjunto de regras mínimas, compatíveis com os direitos humanos e liberdade e aceitáveis ante as Nações Unidas, voltadas à proteção das crianças e adolescentes inseridos nestas circunstâncias, ao combate dos efeitos nocivos da detenção, e à promoção da integração destes indivíduos na sociedade¹⁰¹. O diploma traz uma minuciosa regulamentação, cuja essência é a de que somente se pode privar a pessoa menor de idade da sua liberdade quando não houver outra alternativa, e por um período bastante limitado de tempo, envolvendo, por exemplo, o ambiente físico dos estabelecimentos institucionais e as recomendações de educação, formação profissional e trabalho a serem seguidas nestes locais¹⁰².

Os documentos internacionais que compõem a doutrina das Nações Unidas para a proteção integral da criança são contemporâneos, assim como a Convenção dos Direitos da Criança, à Constituição Federal do Brasil e a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente, exercendo significativa influência, notadamente na elaboração deste último. Assim, o Estatuto brasileiro, modelo adotado por outros países da América Latina¹⁰³, é fruto

⁹⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.58.

⁹⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.59-60.

¹⁰⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.60.

¹⁰¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Loc. cit.

¹⁰² SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.60-61.

¹⁰³ BELOFF, Mary. *Los nuevos...* Op. cit. p.186.

de um verdadeiro concerto internacional em prol da consagração dos direitos infanto-juvenis, refletindo a evolução mais recente do pensamento jurídico internacional¹⁰⁴.

2.3.2 O Estatuto da Criança e do Adolescente

Além da ratificação de tratados internacionais, o Brasil rompe com o paradigma da situação irregular, ingressando na etapa garantista, primeiramente com a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, a qual, acolhendo princípios e valores da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, se erige como documento-síntese de um projeto brasileiro de sociedade¹⁰⁵. O Título VIII, “Da ordem social”, contém um capítulo específico que concentra as disposições sobre a família, o idoso, e a criança e o adolescente, aos quais couberam especificamente os artigos 227 a 229¹⁰⁶, responsáveis por abordar, de maneira inédita na história das Constituições do Brasil, o tema da criança e do adolescente, independentemente de sua condição social e de maneira profunda, reconhecendo-lhe *status* de questão pública, e modificando radicalmente o sistema jurídico¹⁰⁷.

É por meio do texto constitucional que estes indivíduos passam a ser reconhecidos enquanto sujeitos de direitos¹⁰⁸, titulares de direitos e protagonistas não apenas do Direito, mas de sua história¹⁰⁹. Este reconhecimento da criança e do adolescente enquanto categorias jurídicas¹¹⁰ implica na constatação de que eles gozam de todos os direitos fundamentais às pessoas humanas – notadamente aqueles previstos no artigo 5º do diploma constitucional¹¹¹,

¹⁰⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Loc. cit. p.65.

¹⁰⁵ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *As bases éticas da ação socioeducativa: referenciais normativos e princípios norteadores*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006. p.17.

¹⁰⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Loc. cit. p.44.

¹⁰⁷ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo...* Op. cit. p.27.

¹⁰⁸ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da...* Op. cit. p.20.

¹⁰⁹ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo...* Op. cit. p.18.

¹¹⁰ A noção da criança e do adolescente enquanto categorias jurídicas se contrapõe, segundo Emílio García Mendez, a sua concepção enquanto categorias sociológicas. O autor sugere também que este reconhecimento se traduziria em uma espécie de reparação histórica, uma “Revolução Francesa atrasada em 200 anos”, para um grupo de indivíduos – sobretudo os adolescentes em conflito com a lei – os quais dividiam a imposição de sofrimentos com os adultos, sem, no entanto, fruir dos limites e restrições ao poder estatal garantidos a estes. – GARCÍA MENDEZ, Emílio. Artigo. 124. In.: CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. Coord. Munir Cury. 11 ed. São Paulo: Editoria Malheiros, 2010. p.590.

¹¹¹ VOLPI, Mário. *Os adolescentes...* Op. cit. p.21.

além de direitos especialíssimos a eles conferidos nesse novo sistema¹¹². Outra inovação¹¹³ proporcionada pelo artigo 227 é a imposição do dever de assegurar os direitos nele elencados¹¹⁴ à família^{115 116}, à sociedade e ao Estado, em conjunto, e com absoluta prioridade.

A ideia de absoluta prioridade no atendimento aos direitos da infância e juventude implica na concretude dos seus interesses juridicamente protegidos em posição anterior a quaisquer outros interesses do mundo adulto, uma vez que a demora, em virtude das rápidas transformações próprias desta faixa etária os tornaria obsoletos¹¹⁷. Destina-se, também em conjunto, à família, à sociedade e ao Estado, no âmbito de suas respectivas atribuições¹¹⁸, e se consubstancia, notadamente, na atenção preferencial na formulação e na execução de políticas públicas voltadas a este grupo populacional, as quais levem em consideração suas características, necessidades, desafios e perspectivas próprias¹¹⁹, bem como na destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas a ele relacionadas¹²⁰.

Esta precedência não deve ser mera expressão retórica, sobretudo diante de sua expressa previsão constitucional. O apoio, a proteção e os cuidados especiais dispensados à infância e à adolescência devem obrigatoriamente compor prioridades dos governos e dos governantes^{121 122}, pois a absoluta prioridade em si considerada se aloca como um

¹¹² VERCELONE, Paulo. Artigo. 3º. In.: CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. Coord. Munir Cury. 11 ed. São Paulo: Editoria Malheiros, 2010. p.35-36.

¹¹³ SILVA, Bruno César da. *Defensoria pública...* Op. cit. p.15.

¹¹⁴ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹¹⁵ Esta previsão consta do artigo 228 do texto constitucional, que precede, inclusive, a Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas, aprovada em 1989. A Convenção é de relevância extreme na elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme se verá na sequência. – BELOFF, Mary. *Los nuevos...* Loc. cit.

¹¹⁶ A opção legislativa pela família justifica-se não apenas pela proximidade física, possibilitando a ela conhecer em primeira mão as necessidades, deficiências e possibilidades da pessoa menor de idade, mas também por se apresentar como o primeiro ambiente no qual esta, notadamente a criança, tomará contato com a vida social. – DALLARI, Dalmo de Abreu. Artigo 4º. In.: CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. Coord. Munir Cury. 11 ed. São Paulo: Editoria Malheiros, 2010. p.41-42.

¹¹⁷ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da...* Op. cit. p.39.

¹¹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. Artigo 4º... Op. cit. p.44.

¹¹⁹ ROSSATO, Luciano Alves. CUNHA, Rogério Sanches. LÉPORE, Paulo Eduardo. *Estatuto da criança e do adolescente: comentado artigo por artigo*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.73-74.

¹²⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. Artigo 4º... Op. cit. p.46-47.

¹²¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Artigo 4º... Op. cit. p.44.

metaprincípio do microsistema do Direito da infância e juventude¹²³, e constitui um pré-requisito político e cultural de melhoria das condições de vida da criança e do adolescente¹²⁴.

É a partir do tratamento inédito dado pela Constituição à temática da criança e do adolescente que surge a necessidade premente de disciplinar as relações jurídicas das quais eles farão parte, possibilitando a efetivação da proteção e a concretude das normas constitucionais¹²⁵. O Estatuto da Criança e do Adolescente coloca, nesse contexto, o regramento referente a este grupo de indivíduos dentro dos parâmetros determinados pela Constituição Federal¹²⁶ e pelo conjunto legislativo internacional de uma doutrina da proteção integral, acabando por se confundir, conseqüentemente, com o próprio Direito da Infância e Juventude ao sistematizar princípios e materializar normas jurídicas assentes em uma premissa de prevalência dos interesses de seus destinatários principais¹²⁷.

Esta codificação, porém, não se limita à regulamentação de das relações jurídicas e sociais que envolvam crianças e adolescentes, compondo um arcabouço legal cujo objeto principal é a proteção da infância e juventude e a colocação deste grupo etário em posição privilegiada na sociedade brasileira¹²⁸. Nesse contexto, o Estatuto contém critérios especiais que devem permear a sua interpretação e aplicação, quais sejam, (a) os fins sociais a que ele se dirige; (b) as exigências do bem comum; (c) os direitos e deveres individuais; e (d) a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento¹²⁹.

O (a) primeiro critério refere-se à obrigatoriedade de o operador do direito considerar estes indivíduos como sujeitos de direitos dotados de proteção especial, a qual lhes confere

¹²² A absoluta prioridade limita a discricionariedade do Poder Público na implementação de políticas públicas, pois ela se trata de opção feita pela população por intermédio do legislador constituinte, não comportando ponderações acerca de qual interesse deve vir em primeiro lugar – alguns doutrinadores, inclusive, adotam um entendimento radical no sentido de que, por exemplo, ruas não devem ser pavimentadas e obras públicas voltadas à construção de prédios a serem utilizados pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário não devem ser realizadas enquanto não houver escolas, postos de atendimento na área de saúde e outros recursos voltados ao atendimento da criança e do adolescente. – AMIN, Andréia Rodrigues. *Princípios orientadores...* Op. cit. p.66-67 e 71-72.

¹²³ ROSSATO, Luciano Alves. CUNHA, Rogério Sanches. LÉPORE, Paulo Eduardo. *Estatuto...* Op. cit. p.84.

¹²⁴ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo...* Op. cit. p.32-33.

¹²⁵ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da...* Loc. cit.

¹²⁶ MASSA, Patricia Helena. *A menoridade...* Op. cit. p.131.

¹²⁷ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da...* Op. cit. p.51.

¹²⁸ ROSSATO, Luciano Alves. CUNHA, Rogério Sanches. LÉPORE, Paulo Eduardo. *Estatuto...* Op. cit. p.86.

¹²⁹ ROSSATO, Luciano Alves. CUNHA, Rogério Sanches. LÉPORE, Paulo Eduardo. *Estatuto...* Loc. cit.

prioridade (absoluta)¹³⁰ no exercício e garantia destes direitos. Já o (b) segundo critério exige a observância do bem comum enquanto valor diretamente ligado à justiça e à boa fé objetiva¹³¹. Pelo (c) terceiro critério, por sua vez, infere-se que a legislação específica deve ser interpretada em consonância com os direitos e deveres individuais e coletivos¹³². O (d) quarto e último critério de interpretação, por fim, se consubstancia na concepção de peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, a qual implica no reconhecimento do não conhecimento pela criança e o adolescente dos seus direitos de maneira global, das precárias condições de exercício de defesa destes direitos, e da incapacidade destes indivíduos de prover sozinhos suas necessidades básicas¹³³.

Enfim, por ser uma codificação erigida sob a doutrina da proteção integral, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê o dever da família, da sociedade e do Estado em restabelecer o efetivo exercício de direitos infanto-juvenis ameaçados¹³⁴, em prol de um desenvolvimento saudável e em consonância com a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento destes indivíduos. Assim, a referida codificação apresenta como metaprincípio constitucional a absoluta prioridade no tratamento dado à matéria infanto-juvenil, e como substrato fundamental (i) o reconhecimento – inclusive constitucional – da criança e do adolescente como sujeitos de direitos; (ii) a adoção da doutrina da proteção integral; e (iii) a situação peculiar de desenvolvimento destas pessoas¹³⁵.

No que tange especificamente aos menores de dezoito anos em conflito com a lei, o Estatuto jurisdicionizou o procedimento de apuração dos delitos praticados, promovendo uma ruptura com o modelo anterior ao prescrever garantias materiais e processuais que limitam a atuação do Estado¹³⁶, típicas do sistema de proteção integral, cujas características principais já foram abordadas. No entanto, é possível se falar também em continuidade com o modelo tutelar neste momento em virtude da fórmula tradicional de imputabilidade penal

¹³⁰ ROSSATO, Luciano Alves. CUNHA, Rogério Sanches. LÉPORE, Paulo Eduardo. *Estatuto...* Loc. cit.

¹³¹ ROSSATO, Luciano Alves. CUNHA, Rogério Sanches. LÉPORE, Paulo Eduardo. *Estatuto...* Loc. cit.

¹³² ROSSATO, Luciano Alves. CUNHA, Rogério Sanches. LÉPORE, Paulo Eduardo. *Estatuto...* Loc. cit.

¹³³ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Artigo 6º. In.: CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. Coord. Munir Cury. 11 ed. São Paulo: Editoria Malheiros, 2010. p.59.

¹³⁴ BELOFF, Mary. Los nuevos... Op. cit. p.181.

¹³⁵ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Artigo 6º... Op. cit. p.59.

¹³⁶ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da...* Op. cit. p.51. ; BELOFF, Mary. Los nuevos... Op. cit. p.178.

adotada pelo diploma, ainda que esta imputabilidade venha a ter um sentido diferente do que teria nos sistemas tutelares clássicos¹³⁷.

O Estatuto da Criança e do Adolescente também inova ao incorporar o instituto da remissão como forma de exclusão, suspensão ou extinção do processo socioeducativo ao qual serão submetidos os jovens em conflito com a lei, antevendo até mesmo os institutos da transação e suspensão condicional do processo, aplicáveis à justiça criminal¹³⁸, e obedecendo a uma recomendação do sistema integral de favorecer medidas extrajudiciais. Esta recomendação, segundo Mary Beloff, é a última das sete características principais de um chamado sistema de justiça juvenil que o Estatuto inaugura, e que virá a servir de modelo a outros países, notadamente na América Latina¹³⁹.

Este sistema descrito por Beloff confunde-se com o próprio Direito da Infância e Juventude brasileiro, e como é característico dos ramos específicos do Direito, sistematizou um conjunto de normas e princípios fundamentais que lhe dão o substrato necessário.

2.3.3 *A condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento e a Psicologia do desenvolvimento*

Com o advento da Doutrina de proteção integral, a especialíssima condição peculiar de pessoas em desenvolvimento atribuída às crianças e adolescentes é reconhecida e recepcionada pelo Direito tanto constitucional quanto infanto-juvenil. Este reconhecimento, muito além do que este grupo populacional não sabe, não pode ou não consegue alcançar sozinho, pauta-se pela noção de que cada fase do desenvolvimento humano é revestida de singularidade e completude relativa¹⁴⁰, devendo o operador do direito levar em consideração o

¹³⁷ BELOFF, Mary. Los nuevos... Op. cit. p.183.

¹³⁸ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da...* Loc. cit.

¹³⁹ Em síntese, este sistema de justiça juvenil estabelece os seguintes mandamentos: (a) ele incidirá somente às pessoas entre doze e dezoito anos que tenham praticado delitos – aqui chamados atos infracionais, e por consequência; (b) ele subtrai as crianças deste sistema; bem como (c) subtrai os indivíduos naquele intervalo etário do sistema adulto da justiça criminal; e (c) a atribuição de responsabilidade jurídica por estes atos se dará por intermédio de consequências distintas – as medidas socioeducativas; (d) os jovens sujeitos de direitos e deveres, são igualmente titulares de garantias substantivas e processuais atribuídas aos adultos em um Estado Democrático de Direito, assim como titulares de direitos específicos atribuídos a eles neste sistema; (e) a privação de liberdade, em razão da condição de pessoas em desenvolvimento, é excepcional, alternativa, limitada no tempo e breve; e, por fim, (f) são previstas e recomendadas soluções alternativas à reação estatal coativa – como a remissão. – BELOFF, Mary. Los nuevos... Op. cit. p.186.

¹⁴⁰ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Artigo 6º... Loc. cit.

período de sucessivas transformações no qual estes indivíduos estão inseridos¹⁴¹, precisamente o que os tornam sujeitos em peculiar condição de desenvolvimento.

Esta acepção do desenvolvimento da maturação humana enquanto processo composto por fases está presente também na chamada Psicologia do desenvolvimento, precedendo, inclusive a evolução do Direito. A abordagem teórica de Helen Bee neste tema conta com duas premissas principais, quais sejam: (a) o indivíduo como participante ativo do seu desenvolvimento, o qual não se sujeita exclusivamente aos efeitos do ambiente; mas, ao mesmo tempo, (b) a relevância decisiva do ambiente, que proporciona experiências e tensões às quais o indivíduo reage¹⁴².

A pessoa em desenvolvimento, dessa forma, se desenvolve tanto pela experiência quanto por adaptações oriundas de mudanças específicas que produzem tensões, compondo estas adaptações os processos de (i) assimilação enquanto incorporação de acontecimentos e experiências nas estratégias e sistemas já presentes ou assimilados, e de (ii) acomodação enquanto ajuste do corpo, do conceito ou da ideia que necessita ser absorvida¹⁴³. A assimilação e a acomodação de novas experiências favorecem a sua incorporação e adaptação às estratégias já existentes, sem, contudo, haver um ajuste perfeito, provocando a transformação e complexificação dos sistemas de interação do indivíduo com o mundo¹⁴⁴.

A Psicologia do desenvolvimento não elege uma única teoria para explicar todos os aspectos do desenrolar da maturação humana, mas enfoques principais que diferem na faixa etária e aspecto central do funcionamento do indivíduo aos quais será dada ênfase, bem como no tipo de questões a serem formuladas, destacando-se (1) o enfoque psicanalítico; (2) o enfoque cognitivo-desenvolvimental; (3) o enfoque da aprendizagem; e, por fim, (4) o enfoque da maturação¹⁴⁵. Estas abordagens possuem em comum o potencial para explicarem as formas pelas quais o desenvolvimento humano ocorre a partir de um conjunto de princípios¹⁴⁶, estes frutos das questões que serão formuladas.

¹⁴¹ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da...* Op. cit. p.85-86

¹⁴² BEE, Helen. *Pessoa...* Op. cit. p.25.

¹⁴³ BEE, Helen. *Pessoa...* Op. cit. p.245.

¹⁴⁴ BEE, Helen. *Pessoa...* Loc. cit.

¹⁴⁵ BEE, Helen. *Pessoa...* Op. cit. p.19-20.

¹⁴⁶ BEE, Helen. *Pessoa...* Loc. cit.

Em virtude de sua estruturação e abordagem notadamente jurídica, bem como da adoção da teoria do *shaming* reparador enquanto marco teórico sob o qual se realizará a análise do instituto da remissão, este trabalho não irá se prolongar em um estudo menos superficial da Psicologia do desenvolvimento. Suas premissas, contudo, permitem uma abordagem multidisciplinar dos sujeitos destinatários do Estatuto da Criança e do Adolescente, sobretudo do jovem em conflito com a lei, legalmente reconhecido como o indivíduo entre doze e dezoito anos de idade¹⁴⁷, em peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Segundo a Psicologia do desenvolvimento, portanto, este indivíduo é também participante ativo do seu desenvolvimento, incidindo nele o ambiente de maneira notadamente relevante, proporcionando experiências e tensões às quais ele irá reagir, configurando-se assim o ciclo de desenvolvimento em uma espiral cada vez mais complexa. O Direito juvenil deve reconhecer este contexto, inclusive quando em seu curso ocorrer a prática do ato infracional e dela se fizer necessária a intervenção do Estado com o escopo de atribuição da responsabilidade e de eventuais consequências ao adolescente em conflito com a lei pela violação do ordenamento jurídico criminal.

¹⁴⁷ “Art. 2º. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”

3. O ATO INFRACIONAL E SUA DINÂMICA: RESOLUÇÃO FORMAL E INFORMAL

A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao reconhecerem estes indivíduos como sujeitos de direitos e deveres, estabelece uma dicotomia entre a posição da criança e do adolescente enquanto credores das políticas públicas sociais orientadas a eles, segundo o princípio da absoluta prioridade e a sua situação de pessoas em peculiar de desenvolvimento, e a sua posição enquanto indivíduos responsáveis pelos atos ilícitos por eles cometidos¹⁴⁸. A conduta prevista pelo ordenamento jurídico brasileiro como penalmente injusta – ou seja, típica, antijurídica e culpável – implica na violação da norma criminal ou contravencional, e possui como consequências de forma a garantir a convivência mínima em sociedade¹⁴⁹, a responsabilização do agente segundo as normas do próprio direito violado, o Direito penal.

Contudo, o critério etário de subsunção pessoal à norma penal subtrai, no Brasil, as crianças e adolescentes, considerados inimputáveis pelo texto constitucional do artigo 228, pelo Estatuto, em seu artigo 104, e pelo próprio Código Penal, no artigo 27. Isso significa que a imputação e responsabilização destes indivíduos se darão segundo a disciplina própria do Estatuto da Criança e do Adolescente. A inimputabilidade penal, neste contexto, não apenas reflete o bem-valor liberdade do menor de dezoito anos – razão pela qual frequente e erroneamente confunde-se com *impunidade* –, mas permeia também o direito de formação da sua personalidade, integrando, portanto, o núcleo de direitos fundamentais deste grupo¹⁵⁰.

O microsistema jurídico infanto-juvenil, observando esta suposta bifurcação entre a pessoa menor de idade enquanto credora do Estado e a que se encontra em conflito com a lei, a partir de uma perspectiva etária que leva em consideração a situação de desenvolvimento deste indivíduo, inaugura um conjunto de garantias composto por três sistemas interagindo harmonicamente, ainda que com enfoques distintos, e são acionados de forma sucessiva ou

¹⁴⁸ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo...* Op. cit. p.18-19.

¹⁴⁹ Segundo Víctor Gabriel Rodríguez, o Direito penal possui algumas funções, sendo uma delas, mediata ou indireta, estabelecer-se como um conjunto de normas descritivas de condutas consideradas intoleráveis ao contexto social, e impositivas de punição legítima a quem as violar. – RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Fundamentos do direito penal brasileiro: lei penal e teoria geral do crime*. São Paulo: Atlas, 2010. p.04.

¹⁵⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo...* Op. cit. p.20.

simultânea¹⁵¹, quais sejam: (a) sistema primário de garantias; (b) sistema secundário de garantias; e (c) o sistema terciário de garantias.

O (a) sistema primário de garantias tem por escopo atender à universalidade desta parcela populacional brasileira sem quaisquer distinções – assim atendendo a crianças e adolescentes –, de forma a estabelecer as políticas públicas a serem implementadas e executadas em prol deste grupo etário¹⁵². Já o (b) sistema secundário de garantias pretende atender mais especificamente às crianças e adolescentes cujos direitos fundamentais são violados, e a quem serão aplicadas medidas protetivas¹⁵³.

Por fim, o (c) sistema terciário de garantias, bastante restrito em seu escopo de atuação, atenderá apenas ao adolescente em conflito com a lei¹⁵⁴, a quem poderá ser aplicadas as medidas socioeducativas em contraposição às medidas protetivas¹⁵⁵. Este sistema apresenta um critério etário ainda mais restrito ao alcançar somente o adolescente enquanto pessoa com doze anos completos e dezoito anos incompletos, destinando às crianças a tutela socioeducativa imprópria, uma vez que mesmo quando for autora de um ilícito, ela não será enxergada pelo Poder Judiciário sob o prisma da infração, mas através de suas condições pessoais, sociais e de convivência comunitária, as quais não demandam apuração formal do ato, e sim a necessidade de proteção¹⁵⁶.

Este eixo legislativo, portanto, concentra todo o regulamento legal aplicável quando do cometimento de um ato ilícito pelo adolescente, contendo o processo de apuração da instância administrativa policial ao processo judicial perante o juízo da infância e juventude, no qual poderão ou não ser aplicadas as medidas socioeducativas. Neste regulamento se insere também o instituto da remissão enquanto instrumento de resolução informal da persecução infracional, seja quando concedida pelo representante do Ministério Público, seja quando concedida pelo juiz no curso do processo de apuração do ato infracional.

¹⁵¹ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p.59.

¹⁵² SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio...* Loc. cit.

¹⁵³ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio...* Loc. cit.

¹⁵⁴ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio...* Loc. cit.

¹⁵⁵ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio...* Op. cit. p.59-60.

¹⁵⁶ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da...* Op. cit. p.119.

Este capítulo se debruçará então sobre o *locus* jurídico do instituto da remissão, analisando, segundo uma ordem de coerência, (a) a natureza do ato infracional, por meio do qual o sistema terciário de garantias será acionado, (b) a resolução formal do ato infracional, consubstanciada no seu processo de apuração, (c) a medida socioeducativa enquanto possível (e frequente) desfecho da resolução formal, e, por fim, (d) a possibilidade de concessão do instituto da remissão neste sistema.

3.1 A natureza do ato infracional

Ao prever um procedimento próprio e específico para a apuração do ato infracional cometido por adolescente, o Estatuto da Criança e do Adolescente reforça esta realidade ao fazer a opção por denominar de ato infracional este ilícito, constituindo aquele entidade jurídica igualmente própria e específica¹⁵⁷. Em seu artigo 103, o Estatuto oferece como definição amplamente aceita do ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal¹⁵⁸, oriunda da absorção do princípio da legalidade¹⁵⁹ também pela lei infanto-juvenil, de forma que o acionamento do sistema terciário de garantias somente se dará com a existência de crime ou contravenção enquanto causa objetiva, eficiente e necessária¹⁶⁰.

Ademais, para que a conduta praticada pelo adolescente seja compreendida juridicamente como ato infracional, além de sua identidade com figura típica penalmente prevista¹⁶¹, deverá esta ser também reconhecida antijurídica e culpável¹⁶², além de estarem presentes as condições subjetivas da ação criminosa, quais sejam, o dolo ou a culpa¹⁶³. A aproximação proporcionada pelo Estatuto para com a legislação penal se justifica pela incorporação da regra contida no artigo 54 das Diretrizes de Riad para a prevenção da

¹⁵⁷ AMARANTE, Napoleão do. Art. 103. In. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. In.: CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. Coord. Munir Cury. 11 ed. São Paulo: Editoria Malheiros, 2010. p.493-494.

¹⁵⁸ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio...* Op. cit. p.71.

¹⁵⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.170.; SPOSATO, Karyna Batista. *Direito...* Op. cit. p.40.

¹⁶⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.172.

¹⁶¹ A tipicidade, de acordo com Karyna Batista Sposato, deve ser considerada como limite da atuação do Estado sobre os adolescentes, de forma que o ato infracional só existe se houver exata correspondência entre o agir do adolescente e a descrição contida na lei penal incriminadora. – SPOSATO, Karyna Batista. *Direito...* Op. cit. p.40.

¹⁶² SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio...* Op. cit. p.77.; SPOSATO, Karyna Batista. *Direito...* Op. cit. p.41.

¹⁶³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.172.

delinquência juvenil, segundo a qual não se deve considerar infração para o adolescente conduta que não seja igualmente considerada para o adulto¹⁶⁴.

Com a adoção deste conceito de ato infracional, e com a subordinação do acionamento do sistema terciário de garantias, ou sistema socioeducativo, à sua existência, dá-se por superada a etapa tutelar no que tange ao tratamento indissociado do adolescente em conflito com a lei – o “menor infrator”, à época – e os adolescentes e crianças em situação de vulnerabilidade, pois as situações de risco pessoal ou social não ensejam o acionamento deste sistema para proteção¹⁶⁵. Outro conceito característico daquela etapa por sua ambiguidade e subjetividade, o desvio de conduta a ensejar uma resposta estatal também é suprimido do ordenamento jurídico a partir da adoção de um conceito claro e objetivo de ato infracional¹⁶⁶.

Assim, o sistema secundário de garantias ou sistema de proteção será acionado sempre que crianças e adolescentes tenham seus direitos fundamentais ameaçados ou violados pela ação ou omissão da sociedade ou do Estado, ou em razão da falta, omissão ou abuso pelos pais ou responsável¹⁶⁷, ou quando a criança compreendida como indivíduo de até 12 anos de idade incompletos vier a cometer um ato infracional¹⁶⁸, ensejando, em qualquer dos casos, a aplicação de medidas de proteção cuja natureza é administrativa¹⁶⁹.

São os Conselhos Tutelares, órgãos permanentes e autônomos, cujo escopo é o de garantir o cumprimento dos direitos das crianças e adolescentes¹⁷⁰, os responsáveis por verificar dentre as medidas de proteção quais serão as mais adequadas para cada indivíduo e aplicá-las, exceto as medidas de acolhimento institucional, inclusão em programa de acolhimento familiar e colocação em famílias substitutas¹⁷¹. Estas somente poderão ser determinadas pela autoridade judiciária especializada, a qual se atribui competência subsidiária

¹⁶⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.178.

¹⁶⁵ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio...* Op. cit. p.75.

¹⁶⁶ VOLPI, Mário. *Os adolescentes...* Op. cit. p.19.

¹⁶⁷ VOLPI, Mário. *Os adolescentes...* Op. cit. p.16-17.

¹⁶⁸ Para Paulo Afonso Garrido de Paula, as crianças serão submetidas à tutela socioeducativa imprópria, uma vez que se sujeitam à medidas protetivas, e não socioeducativas. – PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da...* Op. cit. p.119.

¹⁶⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.174.

¹⁷⁰ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio...* Op. cit. p.62.

¹⁷¹ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio...* Op. cit.; p.61. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.174.

para atribuir as demais medidas de proteção na hipótese de não existir o Conselho Tutelar naquela circunscrição¹⁷².

O sistema terciário de garantias ou sistema socioeducativo, por sua vez, tendo seu acionamento subordinado ao critério etário e à possibilidade de violação do ordenamento jurídico pelo adolescente em conflito com a lei, confunde-se com o procedimento de resolução formal do ato infracional, e será analisado brevemente na sequência.

3.2 Resolução formal do ato infracional: breves notas sobre o processo de apuração

O conhecimento pelo Estado de um ato infracional aciona, de acordo com João Batista Costa Saraiva, o sistema terciário de garantias¹⁷³, responsável por proporcionar a resolução formal da violação da norma por meio do processo de apuração do ato infracional, estabelecendo o Estatuto da Criança e do Adolescente um rito processual próprio ao final do qual poderá ou não haver a imposição de uma medida socioeducativa como consequência à conduta violada. Ante esta possibilidade o Estatuto traz em seu bojo, além do regramento processual, a previsão de garantias voltadas à limitação do poder punitivo estatal.

É por meio das garantias que a compreensão do processo de apuração do ato infracional deve começar, e assim o faz o Estatuto, estabelecendo em seus artigos 110 e 111 garantias processuais específicas, algumas delas de natureza constitucional, inseridas e amarradas ao tecido legislativo infanto-juvenil¹⁷⁴. O rol, meramente exemplificativo¹⁷⁵, não exclui da aplicação aos adolescentes em conflito com a lei todas as garantias processuais a que fazem jus os adultos e não previstas no texto constitucional ou estatutário¹⁷⁶, nem tampouco aquelas adotadas por declarações, pactos, convenções ou tratados aprovados internamente pelo Brasil¹⁷⁷.

¹⁷² SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.173.

¹⁷³ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio...* Op. cit. p.59.

¹⁷⁴ PRADE, Péricles. Artigo 111. In.: CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. Coord. Munir Cury. 11 ed. São Paulo: Editoria Malheiros, 2010. p.525-526.

¹⁷⁵ PRADE, Péricles. Artigo 111... Loc. cit.

¹⁷⁶ ROSSATO, Luciano Alves. CUNHA, Rogério Sanches. LÉPORE, Paulo Eduardo. *Estatuto...* Op. cit. p.351.

¹⁷⁷ VOLPI, Mário. *Os adolescentes...* Op. cit. p.27-28.

O artigo 110 do Estatuto coloca o devido processo legal como primeira garantia assegurada ao adolescente, sobretudo quando privado de sua liberdade, e é dele que decorrem todas as demais¹⁷⁸, previstas de maneira expressa ou não, pois ele contém em si o direito a todas as prerrogativas processuais asseguradas pela ordem constitucional brasileira¹⁷⁹, traduzindo-se em salvaguarda da tutela jurisdicional do Estado por intermédio de procedimentos legal e formalmente estabelecidos¹⁸⁰. O conteúdo do artigo 111, por sua vez, é composto pelos instrumentos de viabilidade do devido processo legal no processo de apuração do ato infracional¹⁸¹.

Em consonância com a Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU de 1989¹⁸² e demais documentos que compõe a Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral à Infância, este artigo prevê ao adolescente parte na relação processual de apuração do ato infracional: (a) o pleno e formal conhecimento do ato a ele atribuído, pela citação ou meio equivalente; (b) a igualdade na relação processual e o direito de confrontar-se com vítimas e testemunhas, bem como de produzir as provas necessárias a sua defesa; (c) a defesa técnica por advogado ou defensor público; (d) a assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, garantindo assim o acesso à justiça; (e) o direito de ser ouvido pela autoridade competente; e por fim, (f) o direito de ser acompanhado pelos pais ou responsável em todas as fases do procedimento.

Grande parte das garantias elencadas no artigo 111 é permeada pelo princípio do contraditório e da ampla defesa, de natureza constitucional¹⁸³, porém transportado para a norma infraconstitucional infanto-juvenil¹⁸⁴ de forma a assegurar que nenhuma restrição poderá ser feita ao direito de defesa do adolescente, nem mesmo ao argumento de desenvolvimento do processo sob o prisma do seu absoluto interesse¹⁸⁵. O princípio reúne sob

¹⁷⁸ ROSSATO, Luciano Alves. CUNHA, Rogério Sanches. LÉPORE, Paulo Eduardo. *Estatuto...* Op. cit. p.351.

¹⁷⁹ VOLPI, Mário. *Os adolescentes...* Op. cit. p.25-26.

¹⁸⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.82.

¹⁸¹ BRAGA, Ana Beatriz. Art. 111. In.: CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. Coord. Munir Cury. 11 ed. São Paulo: Editoria Malheiros, 2010. p.532.

¹⁸² ROSSATO, Luciano Alves. CUNHA, Rogério Sanches. LÉPORE, Paulo Eduardo. *Estatuto...* Op. cit. p.352-353.

¹⁸³ Art. 5º. [...] LV – Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

¹⁸⁴ VOLPI, Mário. *Os adolescentes...* Op. cit. p.30.

¹⁸⁵ PRADE, Pérciles. Artigo 111... Op. cit. p.523-524.

sua guarda a obrigatoriedade do conhecimento pelo adolescente da imputação a ele feita¹⁸⁶, o direito de produção de provas, inclusive contestando a prova testemunhal produzida pela acusação e as declarações da vítima¹⁸⁷ e entrevistando-se pessoalmente com a autoridade competente¹⁸⁸, bem como a imprescindibilidade da defesa técnica por advogado ou defensor público¹⁸⁹.

Assim, sob o norte do devido processo legal e das garantias processuais do artigo 111, orientadas, por sua vez, pelo princípio do contraditório e da ampla defesa, o ato infracional será apurado segundo um rito processual específico o qual deverá ser garantista, flexível – possibilitando sua conclusão por via diversa da prolação de uma sentença –, sumário, único e confidencial, reconhecendo a supremacia das normas constitucionais assecuratórias de um processo imparcial e justo¹⁹⁰. Este rito processual compõe-se de três fases distintas: (a) a fase de atuação policial; (b) a fase de atuação do Ministério Público; e (c) a fase notadamente judicial do procedimento¹⁹¹.

3.2.1 Primeira fase: atuação policial

A fase de atuação policial tem início com o conhecimento da prática de uma conduta que pode ser enquadrada como ato infracional, seja com o registro da ocorrência, seja por meio da apreensão do adolescente em situação de flagrância¹⁹², quando será conduzido à delegacia, preferencialmente especializada, e informado dos seus direitos¹⁹³. Mesmo ocorrendo a flagrância do ato, o adolescente não será preso em flagrante, uma vez que a sistemática do Estatuto não adota a prisão como pena ou como medida cautelar. Entretanto,

¹⁸⁶ VOLPI, Mário. *Os adolescentes...* Op. cit. p.28.

¹⁸⁷ VOLPI, Mário. *Os adolescentes...* Op. cit. p.30.

¹⁸⁸ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo...* Op. cit. p.118-119. VOLPI, Mário. *Os adolescentes...* Op. cit.p.34.

¹⁸⁹ A garantia da defesa técnica está prevista no artigo 227, §3º, inciso IV da Constituição Federal e é repetido no Estatuto da Criança e do Adolescente, constituindo-se inovação em relação à etapa tutelar marcada por um processo supostamente orientado segundo o melhor interesse da criança e do adolescente. – VOLPI, Mário. *Os adolescentes...* Op. cit. p.30-31.

¹⁹⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo...* Op. cit. p.77.

¹⁹¹ MORAES, Bianca Mota de. RAMOS, Helena Vieira. A prática de ato infracional. In.: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo de Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Coord. Kátia Regina Ferreira Lobo de Andrade Maciel. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.1134.

¹⁹² MORAES, Bianca Mota de. RAMOS, Helena Vieira. A prática... Op. cit. p.1134-1135.

¹⁹³ PRADE, Péricles. Artigo 106. In.: CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. Coord. Munir Cury. 11 ed. São Paulo: Editoria Malheiros, 2010. p.507 e 510.

ele admite a apreciação pela autoridade policial da possibilidade da entrega do jovem apreendido aos pais ou responsável, mediante termo de compromisso de apresentação daquele ao Ministério Público¹⁹⁴, ou da manutenção da apreensão por intermédio de requerimento em favor da internação provisória.

Da exegese do *caput* do artigo 106¹⁹⁵ é possível inferir que a internação provisória é admitida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo ser revestida de excepcionalidade, fundando-se necessariamente em indícios suficientes de autoria e materialidade, pois diante deles o Ministério Público terá condições de oferecer a representação¹⁹⁶. Além destes, o Estatuto prevê em seu artigo 174 os requisitos da gravidade do ato infracional e sua repercussão social¹⁹⁷, ensejando a garantia da segurança pessoal do adolescente e a manutenção da ordem pública¹⁹⁸, bastante criticáveis em um contexto da doutrina da proteção integral e da situação peculiar do adolescente enquanto pessoa em desenvolvimento, pois ensejam um tratamento mais gravoso do que o atribuído ao adulto em referência à privação preventiva de liberdade no curso do processo criminal.

Isso porque, muito embora o Código Processual Penal admita a prisão preventiva para a manutenção da ordem pública¹⁹⁹, o argumento da gravidade em abstrato e da repercussão social da conduta, uma vez que ainda não se deu o curso da instrução, não está apto a autorizar a medida acautelatória do adulto, e assim sendo, jamais deveria sustentar a imposição de internação provisória ao adolescente, constituindo verdadeiro tratamento mais gravoso e, por conseguinte, vedado por orientação das Diretrizes de Riad²⁰⁰. Ademais, a internação provisória visando à garantia da segurança pessoal do menor de dezoito anos

¹⁹⁴ MORAES, Bianca Mota de. RAMOS, Helena Vieira. A prática... Op. cit. p.1127-1128.

¹⁹⁵ Art. 106. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

¹⁹⁶ ROSSATO, Luciano Alves. CUNHA, Rogério Sanches. LÉPORE, Paulo Eduardo. *Estatuto...* Op. cit. p.347.

¹⁹⁷ ROSSATO, Luciano Alves. CUNHA, Rogério Sanches. LÉPORE, Paulo Eduardo. *Estatuto...* Loc. cit. VOLPI, Mário. *Os adolescentes...* Op. cit. p.22-23.

¹⁹⁸ MARÇURA, Jurandir Norberto. Artigo 174. In.: CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. Coord. Munir Cury. 11 ed. São Paulo: Editoria Malheiros, 2010. p.784.

¹⁹⁹ Previsão esta não livre de críticas, embora estas não devam ser objetos da presente dissertação, inserida no contexto do Direito da infância e juventude, e não do Direito penal.

²⁰⁰ “Artigo 54. Com o objetivo de impedir que se prossiga à estigmatização, à vitimização e à incriminação dos jovens, deverá ser promulgada uma legislação pela qual seja garantido que todo ato que não seja considerado um delito nem seja punido quando cometido por um adulto, também não deverá ser considerado um delito, nem seja objeto de punição quando for cometido por um jovem.”

parece compor verdadeiro retrocesso à etapa tutelar, quando a privação de liberdade do adolescente justificava-se, por uma perspectiva educativa e curativa, no seu melhor interesse.

O Estatuto prevê ainda regramento específico no que tange ao prazo da internação provisória, não podendo exceder quarenta e cinco dias, período no qual o procedimento de apuração do ato infracional como um todo deverá ser concluído²⁰¹. O prazo previsto antecipa o princípio da brevidade, um dos princípios norteadores da aplicação da medida socioeducativa de internação²⁰², porém, em se tratado de medida acautelatória anterior à condenação, a legislação efetivamente impõe um prazo para resguardar as peculiaridades do estágio de desenvolvimento do adolescente, ao contrário da medida de internação que deverá ser periodicamente avaliada – embora pela incidência do supracitado princípio não possa exceder três anos²⁰³.

Seja ou não o adolescente liberado, a autoridade policial efetuará o registro da ocorrência, o acompanhando o auto de apreensão, se assim for o caso e cuidando da identificação daquele indivíduo e de seus pais ou responsável, da descrição detalhada do fato, das declarações da vítima e eventuais testemunhas e do próprio adolescente, bem como adotando as demais providências do Estatuto²⁰⁴. Além das diligências necessárias, o boletim de ocorrência será autuado, acompanhado do relatório policial elaborado ou auto de infração, junto ao juízo da infância e juventude, o qual, por sua vez, informará os antecedentes, se existirem²⁰⁵.

O adolescente, liberado ou não, deverá ser apresentado ou encaminhado ao Ministério Público, que receberá também a cópia dos documentos produzidos nesta fase; contudo, caso internado provisoriamente não seja possível a realização da medida, ele será encaminhado à entidade de atendimento que se responsabilizará pela mencionada apresentação em um prazo de vinte e quatro horas²⁰⁶. A apresentação do adolescente ao promotor de justiça dá início à (b) segunda fase do procedimento de apuração do ato infracional.

²⁰¹ PRADE, Péricles. Artigo 108. In.: CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. Coord. Munir Cury. 11 ed. São Paulo: Editoria Malheiros, 2010. p.316.

²⁰² SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.221-222.

²⁰³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Loc. cit.

²⁰⁴ MORAES, Bianca Mota de. RAMOS, Helena Vieira. *A prática...* Loc. cit.

²⁰⁵ MORAES, Bianca Mota de. RAMOS, Helena Vieira. *A prática...* Op. cit. p.1138.

²⁰⁶ MORAES, Bianca Mota de. RAMOS, Helena Vieira. *A prática...* Op. cit. p.1137.

3.2.2 Segunda fase: atuação informal do Ministério Público

Esta segunda fase compreende a atuação do representante do Ministério Público, orientada pela adoção de uma das hipóteses previstas no artigo 180 do Estatuto, a saber: (a) o arquivamento dos autos; (b) a concessão da remissão extrajudicial; ou (c) o oferecimento de representação ao juízo da infância e juventude. O (a) arquivamento se justifica verificando-se ser o fato enquadrado como ato infracional inexistente ou não provado, ou quando não houver comprovação do envolvimento do adolescente, cabendo ao juízo da infância e juventude homologar a decisão ministerial²⁰⁷. Já a (b) concessão da remissão será tratada em capítulo próprio, de modo que não se adiantará a análise. Por fim, (c) entendendo o promotor de justiça ser o caso da apuração formal dos fatos pela instância judicial, deverá oferecer representação junto ao juízo especializado.

Contudo, antes de optar por uma das medidas elencadas, o adolescente será ouvido no âmbito do Ministério Público acerca dos fatos a ele imputados e acerca do seu histórico familiar e social, bem como serão ouvidos também, quando possível, seus pais ou responsável, a vítima e testemunhas, colhendo o representante ministerial informações que considerar indispensáveis para fundamentar sua decisão²⁰⁸. Não se pode afirmar a existência de um procedimento formal de oitiva, uma vez que ela é amplamente considerada destituída de quaisquer formalidades²⁰⁹.

O objetivo desta fase seria o de fornecer elementos de convicção ao promotor de justiça, possibilitando inclusive a supressão de uma fase investigatória nos casos considerados de menor importância ou nos quais a família e a sociedade já houverem respondido à violação da norma de maneira eficaz²¹⁰. Existindo, na concepção do órgão acusador, indícios probatórios suficientes, aventa-se a desnecessidade de realização desta fase admitindo-se a possibilidade de oferecimento de representação contra o jovem sem que ele seja ouvido

²⁰⁷ MORAES, Bianca Mota de. RAMOS, Helena Vieira. A prática... Op. cit. p.1143..

²⁰⁸ MORAES, Bianca Mota de. RAMOS, Helena Vieira. A prática... Op. cit. p.1138.

²⁰⁹ Jurandir Norberto Marçura sugere que não haveria sequer a necessidade de redução a termo das declarações prestadas no momento da oitiva informal, bastando o registro resumido em termo fundamentado, notadamente quando do arquivamento ou concessão da remissão. – MARÇURA, Jurandir Norberto. Artigo 179. In.: CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. Coord. Munir Cury. 11 ed. São Paulo: Editoria Malheiros, 2010. p.795.

²¹⁰ MARÇURA, Jurandir Norberto. Artigo 179... Op. cit. p.796-797.

previamente – esta, contudo, deve ser providência excepcional, justificando-se somente quando houver nítida prova pré-constituída da autoria²¹¹.

3.2.3 Terceira fase: processo judicial de apuração do ato infracional

A terceira fase do rito se inaugura com a adoção pelo promotor de justiça de uma das medidas previstas no artigo 180 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que implicará em diferentes caminhos a serem percorridos pelo juiz da infância e da juventude. Assim, nas hipóteses de arquivamento do procedimento ou concessão da remissão, ele deverá apreciar a possibilidade de homologação da decisão ministerial, e seja ela homologada, a decisão judicial consequente porá fim ao processo de apuração do ato infracional antes do seu início efetivo. Por outro lado, a não homologação resultará no encaminhamento dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, que por sua vez tomará uma das providências do artigo 181, §2º do Estatuto²¹².

Oferecida a representação pelo órgão acusador, a admissibilidade da peça deverá ser analisada pelo juízo segundo o conteúdo mínimo previsto no artigo 182, §1º, bem como segundo os critérios de possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para a causa e interesse de agir, decorrentes da força coercitiva exercida pelas medidas socioeducativas enquanto resultado da ação que se pretende promover²¹³, muito embora o Estatuto não contenha regra explícita nesse sentido²¹⁴. Reputada admissível, será designada a audiência de apresentação²¹⁵, bem como deverá o adolescente ser cientificado do teor do manifesto acusatório e notificado, assim como seus pais ou responsável, para o comparecimento na data agendada, pois ela somente se realizará com a sua participação como condição para o prosseguimento da ação,

²¹¹ VIVAS, Marcelo Dayrell. Direito à proteção integral e a apuração da prática de ato infracional: a remissão (extra-) judicial como direito do adolescente a medidas despenalizadoras e à transação socioeducativa. In: *Temas aprofundados da Defensoria Pública*. Org. Aluísio Iunes Monti Ruggeri Ré. Gustavo Augusto Soares dos Reis. vol.2. Salvador: Editora JusPODIVIM, 2014. p.936.

²¹² O Procurador-Geral de Justiça, consoante o dispositivo legal mencionado, poderá (a) concordando com a decisão ministerial antecedente, ratificar o arquivamento ou remissão, obrigando a homologação judicial; (b) discordando daquela, designar promotor diverso para oferecer a representação; ou (c) oferecê-la ele mesmo.

²¹³ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Artigo 182. In.: CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. Coord. Munir Cury. 11 ed. São Paulo: Editoria Malheiros, 2010. p.808.

²¹⁴ MORAES, Bianca Mota de. RAMOS, Helena Vieira. A prática... Op. cit. p.1150.

²¹⁵ MORAES, Bianca Mota de. RAMOS, Helena Vieira. A prática... Op. cit. p.1151-1152.

devendo-se requisitar à instituição de acolhimento, caso esteja ele provisoriamente internado, o seu transporte²¹⁶.

É considerada igualmente indispensável a presença do promotor de justiça e do advogado ou defensor público, sem prejuízo da notificação dos pais ou responsável²¹⁷. Assim, iniciada a audiência o juiz os ouvirá na sequência da oitiva do adolescente, decidindo sobre a possibilidade de concessão da remissão judicial – que será analisada em capítulo oportuno –, sendo esta a razão a indispensabilidade da presença não só daquele, mas de seu defensor e do representante do órgão acusador. Se a remissão não for concedida, a audiência será suspensa, com a designação de uma nova data para a sua continuação.

A cisão da audiência em duas, de apresentação e de continuação, se justifica pela garantia da produção probatória²¹⁸, de forma que haverá a notificação do advogado ou defensor público do adolescente para o oferecimento da defesa prévia e rol de testemunhas no prazo de três dias²¹⁹. O juízo da infância e da juventude poderá também determinar a realização de diligências, bem como solicitar estudo de caso à equipe multidisciplinar²²⁰ ou a profissional qualificado, trazendo aos autos contribuições de outras áreas diversas do Direito²²¹.

Enfim, é na audiência em continuação que será promovida a instrução e o julgamento do processo de apuração, com a inquirição das testemunhas arroladas pelo órgão acusador e defensor técnico em suas respectivas peças²²², participação de profissional qualificado, como

²¹⁶ Se o adolescente não comparece injustificadamente, o juízo expedirá mandado de condução coercitiva e designará nova data para a audiência. Estando ele em local incerto e não sabido, a previsão legal é de expedição de mandado de busca e apreensão à autoridade policial. – MORAES, Bianca Mota de. RAMOS, Helena Vieira. *A prática...* Op. cit. p.1151-1153.

²¹⁷ MORAES, Bianca Mota de. RAMOS, Helena Vieira. *A prática...* Loc. cit.

²¹⁸ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo...* Op. cit. p.825.

²¹⁹ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Artigo 182... Op. cit. p.808.

²²⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo...* Loc. cit.

²²¹ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Artigo 186. In.: CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. Coord. Munir Cury. 11 ed. São Paulo: Editoria Malheiros, 2010. p.824.

²²² O Estatuto da Criança e do Adolescente não contém previsão de oitiva da vítima do ato infracional, diferente do regramento do processo criminal, nem tampouco do interrogatório do adolescente ao final do procedimento, o que poderia, inclusive, ferir o disposto no artigo 54 das Diretrizes de Riad se o interrogatório for aceito como meio de prova e garantia do contraditório e da ampla defesa. Admite-se a realização desta audiência na ausência do indivíduo menor de dezoito anos, desde que seu defensor esteja presente.

psicólogo ou assistente social, e a juntada do relatório da equipe interdisciplinar²²³. Na sequência, o promotor de justiça e o advogado ou defensor público apresentarão suas alegações finais, proferindo o juiz a sentença, a qual poderá apresentar o conteúdo do artigo 189 do Estatuto²²⁴, não ensejando a aplicação de medida socioeducativa, ou, de maneira fundamentada, verificando existirem provas da autoria e da materialidade do ato infracional, poderá aplicar a que entender se afigurar mais adequada ao caso em julgamento²²⁵.

3.3 A medida socioeducativa inserida na resolução formal

Findo o procedimento de apuração do ato infracional com o afastamento das hipóteses do artigo 189 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o juízo especializado aplicará ao adolescente considerado em conflito com a lei uma das medidas socioeducativas previstas no rol (taxativo)²²⁶ do referido diploma legal. A natureza desta medida, contudo, não é unânime, havendo divergências doutrinárias acerca do seu caráter sancionatório. Assim, são identificadas duas correntes de pensamento, (a) a primeira delas identificada por negar o caráter sancionatório da medida socioeducativa, e (b) uma segunda, mais recente, que adota o caráter sancionatório enquanto uma das fases da medida socioeducativa.

A (a) primeira corrente de pensamento, predominante quando do surgimento do Estatuto, descarta o caráter sancionatório da medida socioeducativa em razão de ela, assim como as medidas de proteção, penas, sanções e interditos, nada mais ser do que uma consequência da violação de norma jurídica, cujo escopo é o de garantir a subordinação, qualquer seja a sua natureza²²⁷. A finalidade das medidas socioeducativas, por sua vez, alcançaria o adolescente enquanto ser humano em processo de desenvolvimento e formação de valores, consubstanciando-se em consequências de um ramo autônomo do Direito

²²³ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Artigo 186... Op. cit. p.826.

²²⁴ Determina o artigo 189 do Estatuto da Criança e do Adolescente que o juízo especializado não aplicará medida socioeducativa quando (a) restar provada a inexistência do fato; (b) não houver prova da existência do fato; (c) não constituir ele infração penal; ou (d) não existir prova de haver o adolescente concorrido para o ato infracional.

²²⁵ MORAES, Bianca Mota de. RAMOS, Helena Vieira. A prática... Op. cit. p.1154-1155.

²²⁶ De acordo com Sérgio Salomão Shecaira, o rol de medidas socioeducativas é taxativo porque limitado pelo princípio constitucional da legalidade. – SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.187.

²²⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.188.

brasileiro²²⁸, visando a interferir neste processo e proporcionar uma melhor compreensão da sociedade e efetiva integração social, sem resvalar em um caráter punitivo²²⁹.

Segundo esta corrente de pensamento, a tutela jurisdicional socioeducativa se caracteriza pela (i) instrumentalidade, (ii) rigor formal, (iii) precariedade, e (iv) fungibilidade relativa. A (i) instrumentalidade refere-se à concepção da medida socioeducativa enquanto instrumento dúplice de defesa social e, simultaneamente, de intervenção no processo de desenvolvimento vivenciado pelo adolescente, de modo a tentar reverter o potencial infracional demonstrado com o cometimento do ato ilícito²³⁰. Dessa forma, a intervenção por intermédio da medida socioeducativa não deve se limitar à reprovação da conduta realizada, embora esta seja uma importante faceta daquela, pois a situação peculiar de desenvolvimento do adolescente não implica na sua escusa, o que não serve à necessidade pedagógica de educação para a cidadania²³¹.

A medida socioeducativa, nesse sentido, deve servir ao interesse social de preservação de condições mínimas de vida em sociedade, protegendo todos os indivíduos do descumprimento das regras positivadas de convivência, bem como proporcionar ao jovem em conflito com a lei a aquisição de condições objetivas que lhe permitam enfrentar os desafios do cotidiano sem recorrer à violação dos direitos dos demais indivíduos que compõem a sociedade²³². O (ii) rigor formal característico da tutela socioeducativa, por sua vez, remonta à necessidade de um procedimento formal de apuração do ato infracional que observe as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa²³³.

Já a (iii) precariedade está associada com a provisoriedade da medida²³⁴, inclusive em observância aos princípios da brevidade e da excepcionalidade decorrentes da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento vivenciada pelo adolescente e previstos no *caput* do artigo 121 do Estatuto. Por fim, a (iv) fungibilidade relativa da medida socioeducativa consiste na possibilidade de substituição de seu objeto a qualquer tempo, porém não aplicada

²²⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.189.

²²⁹ MAIOR, Olympio Sotto. Artigo 112. In.: CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. Coord. Munir Cury. 11 ed. São Paulo: Editoria Malheiros, 2010. p.536.

²³⁰ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da...* Op. cit. p.112.

²³¹ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da...* Op. cit. p.112-113.

²³² PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da...* Loc. cit.

²³³ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da...* Op. cit. p.114.

²³⁴ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da...* Op. cit. p.115.

a todos os casos, notadamente no que tange à regressão de regime – ou a atribuição de medida mais gravosa em substituição de outra, mais branda, que tenha sido cominada²³⁵.

Um (b) segundo grupo de pensadores, por outro lado, ao adotar a compreensão de um sistema penal juvenil inaugurado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, reconhece, por consequência, o caráter sancionatório das medidas socioeducativas²³⁶. Este pensamento tem como premissa a composição da norma jurídica em (1) uma norma primária, a qual contém um padrão de conduta social a ser seguido, e (2) a norma secundária, responsável por estabelecer a sanção aplicável à desobediência da norma primária²³⁷. Nesse contexto, a medida socioeducativa é (ou possui algo de) uma sanção²³⁸, ou seja, um ato de intervenção do Estado na esfera de autonomia do indivíduo²³⁹, de maneira vertical e impositiva²⁴⁰, dotada, por conseguinte, de coercibilidade²⁴¹.

Entretanto, a medida, respaldada pelo artigo 17.1 das Regras de Pequim para a Administração da Justiça de Menores, de 1985²⁴², deverá atender tanto às necessidades de defesa social, quanto às necessidades do adolescente em processo de desenvolvimento²⁴³. Assim, sua natureza retributiva, reprovadora da conduta praticada, visa justamente a atender

²³⁵ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da...* Op. cit. p.115-116 e 118-119.

²³⁶ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários...* Op. cit. p.85-86. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.189.

²³⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.190-191.

²³⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Loc. cit. p.190-191.

²³⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.193-194.

²⁴⁰ VOLPI, Mário. *Por uma política nacional de execução das medidas socioeducativas: conceitos e princípios norteadores*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006. p.32.

²⁴¹ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio...* Op. cit. p.65.

²⁴² “17.1. A decisão de qualquer autoridade competente deve basear-se nos seguintes princípios:

a) A decisão deve ser sempre proporcional não só às circunstâncias e gravidade da infração, mas também às circunstâncias e necessidades do jovem Delincente, assim como às necessidades da sociedade;

b) As restrições à liberdade pessoal do menor são impostas somente depois de um estudo cuidadoso e limitadas ao mínimo possível;

c) A privação da liberdade individual só é imposta se o menor for considerado culpado de um fato grave que implique violência contra outra pessoa ou de reincidência noutros crimes graves e se não existir outra solução adequada;

d) O bem-estar do menor deve ser o elemento condutor no exame do caso.” – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras de Pequim: regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de menores*. coord. Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/2166fd6e650e326d77608a013a6081f6.pdf>> Acesso em 25 mai 2017.

²⁴³ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio...* Op. cit. p.65-66.

às necessidades da sociedade, enquanto o programa de execução da medida, no qual o adolescente será inserido, deverá desenvolver sua finalidade pedagógica²⁴⁴, garantindo ao adolescente o acesso a oportunidades de superação de uma condição de exclusão e à formação de valores positivos de participação na vida social²⁴⁵. Este duplo caráter ou a composição retributiva-pedagógica²⁴⁶ da medida socioeducativa impede que ela seja confundida com a pena do direito penal²⁴⁷.

A importância da face pedagógica da medida socioeducativa, segundo esta corrente de pensamento, está na consecução dos objetivos de prevenção especial típicos do direito penal por meio de projetos educacionais e fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários destes indivíduos²⁴⁸. Reconhecendo-se um direito penal juvenil, é a prevenção especial, à luz da peculiar condição de desenvolvimento do adolescente, que irá evitar a recidiva na conduta criminosa, impedindo a ampliação de sua vulnerabilidade e marginalização²⁴⁹.

Apesar das diferentes concepções adotadas pelas duas correntes de pensamento acerca da natureza da medida socioeducativa, há certa unanimidade no que tange às suas finalidades, muito embora o contexto no qual elas se inserem seja explicado de maneiras distintas. A Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, por fim, ao instituir o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE, determinou como objetivos da medida socioeducativa (a) a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, (b) a integração social e garantia de seus direitos individuais por meio do Plano Individual de Atendimento, e (c) a desaprovação da conduta praticada.

O Estatuto da Criança e do Adolescente cuidou de elencar as possíveis medidas socioeducativas a serem cominadas, as quais podem ser divididas em dois grupos principais: (a) as medidas não restritivas da liberdade do adolescente, e (b) as medidas institucionais²⁵⁰. As (a) medidas do primeiro grupo, consideradas mais brandas, são (i) a advertência; (ii) a obrigação de reparar o dano; (iii) a prestação de serviços à comunidade; e (iv) a liberdade

²⁴⁴ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio...* Op. cit. p.65. VOLPI, Mário. *Por uma política...* Op. cit. p.32.

²⁴⁵ VOLPI, Mário. *O adolescente...* Op. cit. p.20-21.

²⁴⁶ ROSSATO, Luciano Alves. CUNHA, Rogério Sanches. LÉPORE, Paulo Eduardo. *Estatuto...* Op. cit. p.360-361.

²⁴⁷ SPOSATO, Karyna Batista. *Direito...* Op. cit. p.96.

²⁴⁸ SPOSATO, Karyna Batista. *Direito...* Loc. cit.

²⁴⁹ SPOSATO, Karyna Batista. *Direito...* Op. cit. p.96-97.

²⁵⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.209.

assistida. Integram o (b) segundo grupo (v) a medida de semiliberdade e (vi) a internação em estabelecimento educacional.

A (i) medida de advertência é uma admoestação verbal que, embora considerada a mais branda dentre todas as previstas pelo Estatuto, traduz-se em uma técnica de controle social, podendo vir a ser um forte e sutil mecanismo de repreensão do adolescente²⁵¹. Ainda quando realizada informalmente, esta medida pressupõe um ato de autoridade praticada por um indivíduo que, naquela relação social, possui a faculdade de se impor a quem a recebe²⁵². Entretanto, trata-se da única dentre as demais previstas no Estatuto, a admitir como suficientes apenas indícios de autoria para a sua aplicação, amenizando-se a exigência de um conjunto probatório mais robusto²⁵³.

Já a (ii) obrigação de reparar o dano implica a determinação pela autoridade judicial, sempre que o ato produza reflexos patrimoniais, de que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano ou, por outra forma, sempre que possível, compense o prejuízo infligido à vítima²⁵⁴.

Pormenorizada no artigo 117 do Estatuto, a (iii) prestação de serviços à comunidade consistirá na realização de tarefas gratuitas de interesse geral junto a entidades assistenciais, hospitalares e outros estabelecimentos semelhantes, cuja escolha se realizará em audiência e segundo avaliação das condições pessoais do adolescente de forma a definir a entidade mais adequada ao cumprimento da medida²⁵⁵. Esta, por sua vez, não poderá impor tarefas consideradas degradantes ou discriminatórias, nem tampouco será o adolescente que a cumpre discriminado de qualquer forma²⁵⁶. As tarefas deverão ser atribuídas conforme as suas aptidões, por período não superior a seis meses, e serão cumpridas de modo a não prejudicar atividades escolares ou laborais com as quais esteja ele comprometido²⁵⁷.

²⁵¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.210.

²⁵² LIMA, Miguel Moacyr Alves. Artigo 115. In.: CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. Coord. Munir Cury. 11 ed. São Paulo: Editoria Malheiros, 2010. p.553.

²⁵³ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Artigo 189. In.: CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. Coord. Munir Cury. 11 ed. São Paulo: Editoria Malheiros, 2010. p.836.

²⁵⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Loc. cit.

²⁵⁵ VOLPI, Mário. *O adolescente...* Op. cit. p.39-40.

²⁵⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.212-213.

²⁵⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.212.

A prestação de serviços à comunidade, ao proporcionar a percepção social, pela comunidade, e individual, pelo adolescente em conflito com a lei, da sua finalidade educativa²⁵⁸, e a sua sucessora legal, a (iv) liberdade assistida são consideradas, quando adequadamente executadas, as medidas mais eficientes dentre todas as propostas pelo Estatuto²⁵⁹. A liberdade assistida, última medida não restritiva de liberdade legalmente prevista, não é inteiramente inédita no ordenamento jurídico, mas a ênfase na assistência a ser oferecida ao menor de dezoito anos enquanto sujeito de direitos, livre e em desenvolvimento, substitui de maneira inovadora a concepção anterior da liberdade vigiada, a qual o apresentava como objeto de vigilância e controle estatal²⁶⁰.

Condição essencial para a sua imposição é a designação pelo Juízo especializado da Infância e Juventude de pessoa capacitada – o orientador – para acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente de forma permanente e dinâmica²⁶¹ no exercício desta liberdade. Este acompanhamento deverá se dar por intermédio, por exemplo, do monitoramento da frequência escolar e desempenho, e das dificuldades pessoais e familiares, orientando-o para atividades profissionalizantes a depender da sua idade²⁶², e participando, de fato, da sua vida²⁶³. A liberdade assistida poderá ser determinada por no mínimo seis meses, prorrogáveis a pedido do Ministério Público ou da defesa do adolescente²⁶⁴.

Já no grupo das medidas cerceadoras da liberdade, a (v) inserção em regime de semiliberdade constitui medida de transição entre a internação e as demais modalidades de meio aberto, caracterizando-se pelo recolhimento do jovem à instituição especializada durante a noite, e devendo ele, durante o dia, frequentar a escola ou atividade profissionalizante²⁶⁵. A semiliberdade funciona de maneira análoga ao regime semiaberto, possibilitando a reinserção social do adolescente em medida de internação de maneira gradativa, além de proporcionar

²⁵⁸ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários...* Op. cit. p.86.

²⁵⁹ VOLPI, Mário. *O adolescente...* Op. cit. p.39-40.

²⁶⁰ CARRANZA, Elias. Artigo 118. In.: CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. Coord. Munir Cury. 11 ed. São Paulo: Editoria Malheiros, 2010. p.572.

²⁶¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.214-215.

²⁶² SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.215.

²⁶³ VOLPI, Mário. *O adolescente...* Op. cit. p.40.

²⁶⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.214.

²⁶⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit.p.217-218.

maior contato entre ele e seus familiares, amigos e a comunidade na qual se insere, minimizando os efeitos deletérios da privação do convívio²⁶⁶.

Por fim, a (vi) medida de internação, destinada aos atos infracionais mais graves, deverá ser utilizada com comedimento, apenas quando nenhuma das demais medidas forem adequadas²⁶⁷, e segundo os princípios da brevidade enquanto limite cronológico, da excepcionalidade enquanto limite lógico à sua aplicação, e do respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento enquanto limite ontológico a ser considerado tanto na decisão que a impõe, quando na sua implementação²⁶⁸. Este arcabouço principiológico e legal que orienta a imposição da internação se justifica pelo seu reconhecimento tardio como modalidade de privação da liberdade²⁶⁹, na qual prevalece o caráter sancionatório em detrimento do educativo ou pedagógico.

A internação será cumprida em estabelecimento próprio e apto a oferecer educação escolar e profissionalização, bem como atendimento pedagógico e psicoterápico²⁷⁰, obedecendo aos direitos do adolescente em conflito com a lei à assistência integral em saúde, seja ela mental, sexual e reprodutiva, e obstétrica, por exemplo, à educação, bem como à proibição do uso de castigos físicos e tratamentos cruéis e degradantes como forma de correção²⁷¹. Além disso, a convivência familiar e comunitária deve ser oportunizada e estimulada, favorecendo a reinserção social do jovem internado²⁷² e mitigando, em certo grau os efeitos negativos da privação de liberdade.

A execução da internação deve pautar-se pelo plano individual de atendimento ou “PIA”, elaborado pela equipe técnica multidisciplinar do programa no qual este indivíduo será

²⁶⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.220-221.

²⁶⁷ De acordo com Emílio García Mendez, a inversão do ônus de demonstrar a inexistência de outra medida mais adequada ao caso concreto pela autoridade judicial é o aspecto mais importante deste regramento. – GARCÍA MENDEZ, Emílio. Artigo. 122. In.: CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. Coord. Munir Cury. 11 ed. São Paulo: Editoria Malheiros, 2010. p.586.

²⁶⁸ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Artigo 121. In.: CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. Coord. Munir Cury. 11 ed. São Paulo: Editoria Malheiros, 2010. p.584.

²⁶⁹ GARCÍA MENDEZ, Emílio. Artigo. 121... In.: CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. Coord. Munir Cury. 11 ed. São Paulo: Editoria Malheiros, 2010. p.582.

²⁷⁰ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio...* Op. cit. p.49.

²⁷¹ MORAES, Bianca Mota de. RAMOS, Helena Vieira. *A prática...* Op. cit. p.102-106.

²⁷² VOLPI, Mário. *O adolescente...* Op. cit. p.45-46.

inserido²⁷³, garantindo o cumprimento da medida de maneira individualizada e atenta às necessidades de cada adolescente. O plano tem ainda sua importância justificada pela indeterminação do prazo da internação, o qual não deverá ultrapassar a marca dos três anos, de forma que sua manutenção deve ser reavaliada periodicamente²⁷⁴ pela autoridade judiciária, inclusive em razão do caráter de progressividade apresentado pelas medidas socioeducativas, da mais grave a mais branda²⁷⁵.

O Estatuto da Criança e do Adolescente admite também as possibilidades de cumulação de medidas, de substituição a qualquer tempo, verificando a inadequação da que havia sido imposta²⁷⁶. A Lei do Sistema Nacional Socioeducativo (Sinase), de 18 de janeiro de 2012, entretanto, em consonância com a hipótese do artigo 122, inciso III do Estatuto, autoriza a regressão de uma medida mais branda para uma mais grave²⁷⁷, criando uma terceira modalidade de internação denominada doutrinariamente internação-sanção.

A internação-sanção se distingue da provisória e da aplicada ao final do processo de apuração do ato infracional ao apresentar como finalidade a exigência de cumprimento pelo adolescente da medida original, e como critério de adoção o descumprimento injustificado e reiterado daquela²⁷⁸. Trata-se, portanto, de medida-ameaça para imposição do cumprimento das demais medidas socioeducativas previstas pela legislação infanto-juvenil, exigindo, contudo, a observância ao devido processo legal e impondo o limite temporal de três meses para a sua duração.

A atribuição de medida socioeducativa, findo o processo de apuração do ato infracional, somente poderá ser realizada pela autoridade judiciária competente, seja pela regra imposta no *caput* do artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁷⁹, seja por força da Súmula 108 do Superior Tribunal de Justiça, elaborada de modo a dirimir dúvidas sobre a matéria²⁸⁰. A execução terá início em audiência admonitória própria, presidida pelo

²⁷³ MORAES, Bianca Mota de. RAMOS, Helena Vieira. A prática... Op. cit. p.1206.

²⁷⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit.p.221-222.

²⁷⁵ VOLPI, Mário. *O adolescente...* Op. cit. p.44.

²⁷⁶ MORAES, Bianca Mota de. RAMOS, Helena Vieira. A prática... Op. cit. p.1162.

²⁷⁷ VOLPI, Mário. *O adolescente...* Loc. cit.

²⁷⁸ MORAES, Bianca Mota de. RAMOS, Helena Vieira. A prática... Op. cit. p.1203.

²⁷⁹ “Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: [...]”

²⁸⁰ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio...* Op. cit. p.149.

Juízo da Infância e Juventude, com a presença do representante do Ministério Público, o adolescente, seu advogado ou defensor, pais ou responsáveis²⁸¹.

É nesta audiência que se realizará a advertência, caso tenha sido esta a medida cominada, bem como a formalização das regras que regularão o cumprimento das demais medidas, devendo o adolescente ser informado de seus compromissos e consequências de eventual descumprimento injustificado da medida a ele aplicada²⁸². Esta audiência empresta legitimidade aos atos subsequentes realizados no âmbito da execução da medida, além de proporcionar ao adolescente a presença do Estado em um momento crucial de sua vida²⁸³, e inaugurar uma fase de execução, regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Lei do Sistema Nacional Socioeducativo (Sinase), a qual deverá igualmente assegurar o devido processo legal e demais garantias ao adolescente em conflito com a lei²⁸⁴.

3.4 Resolução informal: a remissão contextualizada em seu *locus* jurídico

O Estatuto da Criança e do Adolescente, afinando-se com os principais documentos produzidos internacionalmente no que tange ao sistema de justiça juvenil, previu de maneira inédita o instituto da remissão como caminho diverso do formalismo judicial para a resolução do ato infracional. Embora seu *locus* jurídico situe-se nos Títulos III e IV, respectivamente relacionados à prática do ato infracional e ao acesso à justiça, e mais especificamente, sua concessão se dê no âmbito do processo de apuração do ato infracional enquanto rito predominantemente formal, o instituto proporciona a resolução informal no sentido de subtrair o adolescente em conflito com a lei do processo, ou suspendê-lo, possibilitando um desfecho por via diversa da institucional.

Isso porque a concessão da remissão impede a realização da instrução probatória²⁸⁵, seja quando concertada junto ao promotor de justiça, na fase de atuação ministerial, seja no curso da audiência de apresentação realizada perante o juízo especializado da infância e da

²⁸¹ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio...* Op. cit. p.151-152.

²⁸² SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio...* Loc. cit.

²⁸³ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio...* Op. cit. p.152.

²⁸⁴ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Artigo 124. In.: CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. Coord. Munir Cury. 11 ed. São Paulo: Editoria Malheiros, 2010. cit. p.591.

²⁸⁵ MAIOR, Olympio Sotto. Artigo 114. In.: CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. Coord. Munir Cury. 11 ed. São Paulo: Editoria Malheiros, 2010. p.51-552.

juventude, de forma que muito embora esteja em curso o processo de apuração do ato infracional, não se inaugurou ainda a fase judicial de instrução e julgamento do feito. Assim, ainda que o artigo 186 do Estatuto autorize a concessão pelo juiz da medida em qualquer momento antes da sentença, no contexto da audiência em continuação ela não mais é compreendida como viável, pois ao final da instrução o juiz deverá sentenciar o feito²⁸⁶, não integrando a remissão o conteúdo admitido na decisão.

Realizada, portanto, uma sucinta análise do ato infracional e da sua dinâmica, notadamente no que tange à resolução formal consubstanciada no processo de apuração previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como às medidas socioeducativas por ele previstas enquanto consequências aplicadas ao final deste processo, se inseriu de maneira introdutória a remissão no seu *locus* jurídico. Na sequência, a dissertação se debruçará de maneira pormenorizada sobre este instituto, do qual pouco foi adiantado no presente capítulo, permitindo sua análise predominantemente teórica e global em capítulo específico.

²⁸⁶ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Artigo 188. In.: CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. Coord. Munir Cury. 11 ed. São Paulo: Editoria Malheiros, 2010. p.831.

4. A REMISSÃO COMO FERRAMENTA DE POLÍTICA DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI

O instituto da remissão, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, configura importante característica do sistema de justiça inaugurado pela legislação, em um contexto internacional de consolidação da Doutrina da Proteção Integral, assentada sob a premissa da prioridade do interesse da pessoa em peculiar condição de desenvolvimento. A medida incorpora na legislação brasileira a recomendação contida nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores, ou Regras de Pequim, de 1985, cujo artigo 11²⁸⁷ trata especificamente da utilização de meios extrajudiciais para resolução de contendas envolvendo adolescentes em conflito com a lei.

Oportunizar a resolução informal da criminalidade de um modo geral, e da criminalidade juvenil de modo específico, implica em projetar o debate nessa temática para fora do processo²⁸⁸, atenuando, por conseguinte, os efeitos negativos da sua instauração ou continuação²⁸⁹. O instituto da remissão, em suas três modalidades, é, portanto, uma valiosa ferramenta para uma política de responsabilização do adolescente, podendo ser pensado primeiramente, como (a) ferramenta de extinção da instância formal persecutória, assim como (b) instrumento capaz de estimular a reparação do dano e dos efeitos da conduta delituosa, e (c) ferramenta da justiça restaurativa.

Este capítulo buscará então analisar o instituto da remissão, principal objeto desta dissertação, partindo de sua natureza e, posteriormente, explorando cada uma de suas instrumentalidades elencadas acima.

²⁸⁷ “11. Recurso a meios extrajudiciais

11.1 Sempre que possível, tentar-se-á tratar o caso dos Delinquentes juvenis evitando o recurso a um processo judicial perante a autoridade competente referida na regra 14.1 infra.” – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras de Pequim...* Op. cit.

²⁸⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.236.

²⁸⁹ PINTO, Simone Montez. Polêmica constitucional do princípio da oportunidade na remissão. In.: *Revista dos Tribunais*. vol.694. 1993. p.440.

4.1 A natureza da remissão

Por se tratar de um instrumento inédito no Brasil à época da elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente, e em razão do pouco interesse que esta área do Direito acaba despertando diante de outras maiores e mais recorrentes, não se pode dizer que a remissão foi estudada com grande profundidade senão, majoritariamente, como parte de uma matéria global constituída por seu *locus* jurídico. Sua natureza, contudo, é apresentada segundo algumas concepções recorrentes, como (a) a do perdão judicial; (b) instituto semelhante à transação penal; e, por fim, (c) encaminhamento diverso do processual formal.

A remissão enquanto (a) perdão, bastante comum nos manuais e legislações comentadas, contém tanto a ideia de “esquecer” a falta praticada pelo adolescente em conflito com a lei quanto a de diminuir o rigor e/ou a intensidade de sua resposta²⁹⁰, sobretudo quando concedida pelo promotor de justiça antes do início da apuração do ato na instância judicial e não cumulada a qualquer medida socioeducativa. Já sua (b) aproximação ao instituto da transação penal encontra substrato na ideia de que o adolescente, seus pais ou responsável e, notadamente, o promotor de justiça, no momento de sua atuação, poderia firmar um acordo entre partes, semelhante à previsão da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Este diploma prevê a possibilidade de o representante do Ministério Público, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, propor a aplicação imediata de uma pena restritiva de direitos ou multa quando não optar pelo arquivamento, o que pode ou não ser aceito pelo adulto nesta posição. De maneira análoga, poderá o promotor de justiça concertar a remissão junto às demais partes desta relação jurídica²⁹¹, inclusive ajustando no acordo medida socioeducativa não restritiva de liberdade para ser cumprida, mantido o caráter compositivo do instituto se o adolescente e seus pais ou responsável manifestarem sua aceitação²⁹² em relação a todos os termos.

Sob a perspectiva da remissão como espécie de transação, o delicado tema da possibilidade de somar uma medida socioeducativa ao acordo adquire contornos mais

²⁹⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários...* Op. cit. p.107. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.234.

²⁹¹ MUSSI, Breno Moreira. Breve contribuição do debate sobre a aplicação de medidas sócio-educativas ao adolescente nos casos de remissão concedida pelo Ministério Público. In.: *Revista dos Tribunais*. vol.680. Jun 1992. p.441-442.; SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio...* Op. cit. p.137.

²⁹² MAIOR, Olympio Sotto. Artigo 114... Op. cit. p.551-552.

definidos, pois a imposição daquelas pelo promotor de justiça ou pelo juiz fica absolutamente afastada²⁹³, afastando-se também a concepção equivocada do instituto enquanto meio de antecipação da medida socioeducativa²⁹⁴ quando se entender que não há necessidade de instauração de procedimento formal, imprimindo celeridade à resposta do Estado²⁹⁵. A remissão impede a apuração da autoria e da materialidade do ato infracional²⁹⁶, não podendo antecipar, sob risco de violação dos direitos e garantias fundamentais dos adolescentes em conflito com a lei, a imposição de uma reprimenda²⁹⁷.

As diferenças entre o instituto e a transação penal se revelam nas restrições a ambos os acordos, pois a transação penal não poderá ser realizada quando o adulto houver sido condenado à pena privativa de liberdade pela prática de outro crime, beneficiado pela aplicação da pena restritiva de liberdade ou de multa nos cinco anos anteriores à transação, e quando seus antecedentes e conduta social, as circunstâncias do fato ou o contexto social não revelarem a suficiência da medida. Esta última condição é a única presente também no escasso regramento de composição da remissão²⁹⁸, pois o Estatuto não a proíbe para adolescentes já beneficiados por ela, nem tampouco o faz aos condenados a medidas privativas de liberdade – embora, por uma questão de coerência, estando eles em cumprimento da semiliberdade ou internação por um crime, estas medidas não serão substituídas pela remissão em outro.

O sentido da (c) remissão enquanto encaminhamento diverso do processo judicial de apuração do ato infracional não é tão comum, remontando à sua posição de tradução brasileira do termo de língua inglesa *diversion*²⁹⁹ adotado pela Assembleia Geral da ONU na elaboração das Regras de Pequim, o qual confere a ideia de remeter o jovem a um procedimento diverso do formal³⁰⁰, seja suprimindo-o, seja suspendendo-o³⁰¹, o desviando de um sistema de justiça

²⁹³ VIVAS, Marcelo Dayrell. Direito à proteção integral... Op. cit. p.955-957.

²⁹⁴ ASSUMPCÃO, André Del Grossi. Polêmica sobre... Op. cit.

²⁹⁵ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Artigo 181. In.: CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. Coord. Munir Cury. 11 ed. São Paulo: Editoria Malheiros, 2010. p.799. ROSSATO, Luciano Alves. CUNHA, Rogério Sanches. LÉPORE, Paulo Eduardo. *Estatuto...* Op. cit. p.398-399.

²⁹⁶ VIVAS, Marcelo Dayrell. Direito à proteção integral... Loc. cit.

²⁹⁷ VIVAS, Marcelo Dayrell. Direito à proteção integral... Op. cit. p.953.

²⁹⁸ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários...* Loc. cit.

²⁹⁹ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio...* Op. cit. p.135.

³⁰⁰ SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente e responsabilidade penal: da indiferença à proteção integral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p.126-127.

que por si só o estigmatiza³⁰². Dessa forma, pretende o Estatuto mitigar os efeitos negativos e prejudiciais oriundos do procedimento judicial³⁰³, principalmente em razão do interesse social, respaldado pela legislação infanto-juvenil e pela Constituição, em proteger de maneira integral o adolescente, mesmo diante do confronto dos seus direitos e interesses individuais frente aos direitos e interesses da sociedade³⁰⁴ em restaurar a norma violada e a paz social.

Embora a concepção recorrente da remissão enquanto perdão judicial permaneça relativamente isolada, as demais concepções são complementares no sentido de que a composição entre os representantes do Estado – promotor de justiça ou juiz da infância e da juventude – e o jovem, seus pais ou responsável pode ser compreendida como um caminho alternativo à instrução judicial, cumprindo o objetivo de mitigação dos efeitos estigmatizantes e nocivos daquela. O Estatuto da Criança e do Adolescente não descarta as concepções mencionadas³⁰⁵, preferindo, porém, classificar a remissão em modalidades segundo o momento procedimental de sua realização, a saber: (i) a remissão como forma de exclusão do processo infracional; (ii) a remissão como forma de suspensão do processo; e (iii) a remissão como forma de extinção do processo.

A (i) remissão como forma de exclusão do processo é atribuída ao representante do Ministério Público enquanto uma de suas opções no momento descrito pelo artigo 179 do Estatuto³⁰⁶, na oitiva informal que compõe a segunda fase de resolução formal do ato infracional. Ao evitar a apuração judicial do ato antes mesmo de seu início, na fase subsequente de atuação jurisdicional, o instituto se converte em verdadeiro instrumento de disposição estatal da ação socioeducativa³⁰⁷, cedendo espaço a um juízo de oportunidade e

³⁰¹ SARAIVA, João Batista Costa. Reflexões sobre o instituto da remissão e o estatuto da criança e do adolescente. In: Juizado da Infância e Juventude. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Corregedoria Geral da Justiça. n.1. Nov. 2003. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003. Disponível em: <<http://jij.tjrs.jus.br/paginas/material-de-apoio/edicao-05.pdf>> Acesso em: 25 mai 2017. p.26.

³⁰² SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.236.

³⁰³ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários...* Loc. cit. ROSSATO, Luciano Alves. CUNHA, Rogério Sanches. LÉPORE, Paulo Eduardo. *Estatuto...* Loc. cit.

³⁰⁴ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Artigo 182... Op. cit. p.805.

³⁰⁵ MARÇURA, Jurandir Norberto. A remissão no Estatuto da Criança. In.: *Estatuto da criança e do adolescente: lei 8.069/09: estudos sócio-jurídicos*. coord. Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p.217.

³⁰⁶ “Art. 179. Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, procederá imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas.”

³⁰⁷ VIVAS, Marcelo Dayrell. *Direito à proteção integral...* Op. cit. p.957.

conveniência que será exercido pelo promotor de justiça³⁰⁸ em detrimento do princípio da obrigatoriedade associado às ações de natureza pública incondicionada, gênero da qual a ação de apuração do ato infracional é espécie³⁰⁹.

Ao Ministério Público foi assegurada uma posição constitucional híbrida de tutor dos interesses da sociedade, curador dos incapazes e titular da ação penal e de apuração do ato infracional³¹⁰, e é somente nesta última capacidade que o Estatuto lhe conferiu a possibilidade de compor a remissão. Diante do silêncio da legislação acerca do grau de discricionariedade e do limite do poder atribuído ao órgão³¹¹, esta constatação acerca do papel a ser desempenhado pelo promotor de justiça deve permear a decisão por ele tomada, sobretudo quando propuser ao adolescente medida socioeducativa como parte do acordo remissional, para que os direitos e garantias fundamentais deste sejam preservados.

Isso porque muito embora a previsão do artigo 127 do Estatuto³¹² admita a aplicação da medida socioeducativa, o momento procedimental da remissão impede o início da instrução judicial, notadamente da fase probatória. Assim, embora o caráter de transação do instituto possa resolver a problemática apresentada pela antecipação de uma consequência sancionatória sem a construção da responsabilidade do adolescente³¹³ com observância do devido processo legal, a competência ministerial para aplicá-la, ainda que em sede de composição, também é questionável, principalmente em razão do pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça³¹⁴ no sentido de possuir o juízo da infância e da juventude competência exclusiva para tal³¹⁵.

Nesse contexto, sugere-se que o juízo da infância e da juventude exerceria uma fiscalização externa dos atos do Ministério Público³¹⁶, consubstanciada na necessidade de

³⁰⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.234-235.

³⁰⁹ MORAES, Bianca Mota de. RAMOS, Helena Vieira. *A prática...* Op. cit. p.1147.

³¹⁰ VIVAS, Marcelo Dayrell. *Direito à proteção integral...* Op. cit. p.926.

³¹¹ VIVAS, Marcelo Dayrell. *Direito à proteção integral...* Op. cit. p.950.

³¹² “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.”

³¹³ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio...* Op. cit. p.138.

³¹⁴ Trata-se do entendimento encerrado na Súmula 108 do Superior Tribunal de Justiça: “A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz.”

³¹⁵ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio...* Op. cit. p.142-143.

³¹⁶ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Artigo 181...* Op. cit. p.800.

homologação judicial da remissão, de forma que eventual medida socioeducativa inserida em sua proposta, ainda quando expressamente aceita pelo adolescente e seus pais ou responsável, será implicitamente aplicada pelo Judiciário³¹⁷ e não pelo promotor de justiça, havendo inclusive a instauração do procedimento de execução³¹⁸. Dessa forma, a discricionariedade ministerial estaria limitada pela atuação jurisdicional ao trazer, mesmo que por um brevíssimo período, a resolução informal para dentro do procedimento formal, garantindo o devido processo legal e demais direitos fundamentais do adolescente.

As demais categorias de remissão, por sua vez, ocorrem na fase de apuração formal do ato infracional; contudo, sua realização se dará prioritariamente no curso da audiência de apresentação, e antes, portanto, do efetivo início da instrução probatória³¹⁹. Neste momento, o juiz deve buscar compreender as características da personalidade do adolescente, bem como sua situação familiar e social, e, nesse contexto, a extensão e gravidade do ato infracional e a participação daquele na sua prática³²⁰, analisando a viabilidade da continuação do procedimento³²¹ tanto para homologar a remissão eventualmente ajustada no Ministério Público, quanto para ajustá-la ele mesmo quando verificar favorável a ressocialização extrajudicial a ser proporcionada por ela, justificando a importância da compreensão do adolescente em detrimento da gravidade do ato, que por si só não impede a remissão³²².

Quanto ao regramento específico, a (ii) remissão como suspensão processual quando se entender haver a necessidade de um acompanhamento contínuo do adolescente³²³, será fixada por tempo certo³²⁴, e na hipótese de descumprimento das condições de sua fixação – inclusive eventual medida socioeducativa ajustada³²⁵ –, o procedimento será reiniciado, o que pode ser entendido como fonte de força coativa presente na aplicação do instituto³²⁶. Já a (iii) remissão como extinção processual implicará no término do processo quando o magistrado

³¹⁷ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio...* Op. cit. p.143. VOLPI, Mário. *Os adolescentes...* Op. cit. p.37-38.

³¹⁸ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários...* Op. cit. p.108.

³¹⁹ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo...* Op. cit. p.825.

³²⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários...* Op. cit. p.174.

³²¹ ROSSATO, Luciano Alves. CUNHA, Rogério Sanches. LÉPORE, Paulo Eduardo. *Estatuto...* Op. cit. p.401.

³²² VIVAS, Marcelo Dayrell. *Direito à proteção integral...* Op. cit. p.946-947.

³²³ ROSSATO, Luciano Alves. CUNHA, Rogério Sanches. LÉPORE, Paulo Eduardo. *Estatuto...* Op. cit. p.401.

³²⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.237.

³²⁵ SARAIVA, João Batista Costa. *Reflexões sobre...* Op. cit. p..32.

³²⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Loc. cit.

entender pela desnecessidade de acompanhamento posterior³²⁷. Embora sua combinação com uma medida socioeducativa proporcione uma força coativa que ela não possuiria de outra forma³²⁸, essa noção contradiz a ideia da desnecessidade de acompanhamento.

Por fim, é importante ressaltar como regramento comum a todas as modalidades de remissão anteriormente descritas o fato de que a instrução probatória fica afastada quando da sua composição, independentemente do início da apuração judicial do ato infracional. Dessa forma, nenhuma destas modalidades implica no reconhecimento de responsabilidade ou autoria do adolescente sobre o ato que as ensejou³²⁹, e, por conseguinte, nenhuma produzirá efeitos sobre os seus antecedentes³³⁰, inclusive ocorrendo o seu descumprimento. Havendo, contudo, aplicação de medida socioeducativa, o descumprimento desta poderá gerar consequências ao adolescente³³¹, como a substituição da medida aplicada por outra que não a semiliberdade ou internação³³².

4.2 A remissão como ferramenta de extinção da instância formal persecutória

O instituto da remissão foi introduzido ao regramento do Estatuto da Criança e do Adolescente em atenção às orientações e recomendações não apenas do sistema de justiça juvenil por ele inaugurado, mas também observando a recomendação por soluções alternativas à persecução formal do ato infracional presente nas Regras de Pequim, consoante exposto anteriormente. O movimento da *diversion*, lastreado em uma ideologia voltada à educação, pretende reduzir os efeitos negativos da submissão do adolescente enquanto pessoa em condição peculiar de desenvolvimento ao processo judicial de apuração do ato ilícito.

Assim, em sua previsão legal, a remissão será concedida pelo representante do Ministério Público antes de iniciado o processo infracional ou, oferecendo ele representação, pela autoridade judiciária antes do início da instrução probatória, que será suspensa ou extinta. A remissão, ao se aproximar de mecanismos de controle social informal, possui o potencial de

³²⁷ ROSSATO, Luciano Alves. CUNHA, Rogério Sanches. LÉPORE, Paulo Eduardo. *Estatuto...* Loc. cit.

³²⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Loc. cit.

³²⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Op. cit. p.237.

³³⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema...* Loc. cit.

³³¹ ROSA, Alexandre Morais da. Ato infracional, remissão, advogado e garantismo. In.: *Boletim IBCCrim*. n.132. Nov 2003. p.06-07.

³³² LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários...* Op. cit. p.109.

colocar o adolescente em contato com o ordenamento jurídico por ele violado, ao mesmo tempo em que o subtrai dos efeitos nocivos e supérfluos em muitos casos³³³, proporcionados pela instância formal e suas consequências, como a própria condenação a uma medida socioeducativa ou o registro de antecedentes³³⁴.

O Estatuto infanto-juvenil, embora tenha incorporado o instituto da remissão já com a proposta expressa de se viabilizar um caminho alternativo à persecução infracional formal, não detalhou em seu regramento o procedimento por meio do qual ele será concedido, instituindo apenas referenciais para orientar a decisão e privilegiando, desta forma, a informalidade em contraposição ao processo judicial. Ele prevê, entretanto, a possibilidade de associar a remissão concedida à atribuição de medidas socioeducativas que não a inserção em regime de semiliberdade ou internação em estabelecimento educacional, dentre elas a obrigação de reparar o dano e a prestação de serviços à comunidade, acrescentando ao instituto outros interessantes potenciais a serem discutido na sequência.

4.3 Possibilidade de reparação do dano e seus efeitos

Em um movimento cujas premissas se assentam na crise do Direito Penal³³⁵, sobretudo diante da pouca eficácia do sistema punitivo atual, e na busca por uma maior participação da vítima neste sistema³³⁶, cada vez mais se tem buscado outras vias de solução do conflito que surge da violação da norma penal³³⁷, dentre as quais a reparação do dano em virtude do seu potencial de atender a ambas as premissas. No Direito infracional, por sua vez, segundo a orientação dos regramentos internacionais no sentido de buscar caminhos alternativos à via da apuração formal do ato infracional, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a reparação do dano como medida socioeducativa do artigo 112, facultando sua aplicação em conjunto com a remissão.

³³³ ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*. Valencia: Tirant de lo Blanch, 2000. p.399-400.

³³⁴ SILVA, Roberto Batista Dias da. *A remissão para exclusão do processo como direito dos adolescentes: uma interpretação conforme a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2003. p.156.

³³⁵ AMARAL, Cláudio do Prado. *Despenalização pela reparação de danos: a terceira via*. Leme: J.H. Mizuno, 2005. p.121.

³³⁶ ROIG TORRES, Margarita. *La reparación del daño causado por el delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p.286-288.

³³⁷ AMARAL, Cláudio do Prado. *Despenalização...* Loc. cit.

A reparação do dano exige, em princípio, a voluntariedade do adolescente em conflito com a lei e da vítima em acordá-la, e o reconhecimento por parte daquele da prática do ato infracional causador do dano que se pretende ressarcir, de modo a impedir que o processo formal de apuração se inicie ou, se iniciado, paralísá-lo³³⁸ – este reconhecimento, contudo, não é revestido da formalidade exigida pelo processo judicial, nem terá as mesmas consequências. Diante da necessidade de um acordo entre partes, propõe-se a realização de uma mediação entre elas, com a participação de um facilitador ou mediador para favorecer a combinação uma prestação justa e possível³³⁹.

No que tange à voluntariedade, a reparação do dano deve ser compreendida como uma possibilidade oferecida ao adolescente e à vítima, em detrimento de uma sanção imposta por um juiz³⁴⁰ ou, até mesmo, um promotor de justiça, sobretudo se realizada antes do processo formal de apuração do ato infracional, admitindo-se, contudo, o aconselhamento das partes envolvidas³⁴¹. Em sendo a reparação voluntária e anterior ao processo, ela se dissocia da carga punitiva da medida socioeducativa e independe, por esta perspectiva, da confissão do adolescente sobre os fatos infracionais³⁴². A necessidade de aquele assumir a responsabilidade pelos fatos, no entanto, é bastante diferente de uma confissão.

Por intermédio do reconhecimento da sua responsabilidade, o adolescente toma contato com a norma infringida, o que contribui para a reafirmação do ordenamento jurídico, para a pacificação social³⁴³, e favorece a diminuição da possibilidade da reincidência³⁴⁴. Ademais, este reconhecimento é parte do processo que leva à reparação do dano, notadamente em razão da participação igualmente voluntária da vítima, que proporcionará o confronto do adolescente com as consequências da sua conduta³⁴⁵. Assim, se não há admissão da responsabilidade, a reparação ou não será voluntária, ou será apenas um subterfúgio por meio do qual o jovem buscará subtrair-se das instâncias formais.

³³⁸ ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *La reparación...* Op. cit. p.374-375;

³³⁹ AMARAL, Cláudio do Prado. *Despenalização...* Op. cit. p.144-145.

³⁴⁰ ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *La reparación...* Op. cit. p.393-394.

³⁴¹ ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *La reparación...* Op. cit. p.447.

³⁴² ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *La reparación...* Op. cit. p.435-436]

³⁴³ ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *La reparación...* Op. cit. p.447-448.

³⁴⁴ ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *La reparación...* Op. cit. p.392-393.

³⁴⁵ ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *La reparación...* Loc. cit.

A participação da vítima não é relevante apenas do ponto de vista do adolescente em conflito com a lei, contribuindo também para mitigar o processo de vitimização ao qual ela se vê submetida nas instâncias formais de persecução infracional, cujos resultados se traduzem em novos prejuízos de ordem econômica, moral, social e psíquica³⁴⁶, além dos já experimentados por ocasião do ato infracional. O encontro mediado entre vítima e perpetrador da conduta proporciona àquela a oportunidade de expor diretamente a este a sua posição na relação consubstanciada pelo ato infracional, e favorece a busca de uma solução que terá efeitos positivos não somente de uma perspectiva material, mas também psicológica, de superação do papel de vítima³⁴⁷.

Quanto à prestação reparadora em si, é possível (a) tentar restabelecer o estado original anterior à prática da infração; (b) estipular uma indenização equivalente aos danos oriundos da conduta, quando não for possível retornar ao estado anterior; ou (c) estabelecer prestações simbólicas, notadamente quando as demais formas de reparação não forem possíveis em razão das características do ato infracional³⁴⁸. Com estes objetivos abre-se um leque diverso de possibilidades, desde a compensação monetária da vítima, em dinheiro, espécie, ou por meio do desenvolvimento de atividades em seu favor, até a prestação de serviços à comunidade³⁴⁹.

Esta última modalidade de reparação possui também previsão específica no Estatuto da Criança e do Adolescente, constituindo medida socioeducativa autônoma, porém associada à medida de reparação do dano no sentido de viabilizá-la ainda que a vítima não queira participar do processo de mediação e consolidação de um acordo de compensação, quando o ato infracional, por sua classificação, não possui uma vítima personificada³⁵⁰, ou, por fim, quando o adolescente não possuir meios econômicos de arcar com a reparação³⁵¹. Por meio da prestação de serviços à comunidade, o adolescente assume então a responsabilidade pelo ato e suas consequências sociais, reparando o dano causado em um sentido amplo de violação do ordenamento jurídico.

³⁴⁶ AMARAL, Cláudio do Prado. *Despenalização...* Op. cit. p.136.

³⁴⁷ ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *La reparación...* Loc. cit.

³⁴⁸ AMARAL, Cláudio do Prado. *Despenalização...* Op. cit. p.141.

³⁴⁹ ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *La reparación...* Op. cit. p.374-375.

³⁵⁰ Em não existindo uma vítima como destinatária da reparação, contudo, é possível entender a prestação de serviços à comunidade como uma medida absolutamente independente da reparação do dano. – ROIG TORRES, Margarita. *La reparación...* Op. cit. p.492-493.

³⁵¹ ROIG TORRES, Margarita. *La reparación...* Op. cit. p.516.

A diversidade de prestações a serem realizadas, assim como a prestação de serviços à comunidade, também permite contornar a situação econômica do adolescente em conflito com a lei, o qual muitas vezes não dispõe de recursos próprios. A reparação pecuniária em si, ainda que bastante interessante para a vítima, não deve ser a única almejada, pois, decorrendo do reconhecimento do jovem da sua própria responsabilidade, é o seu esforço interno que deve ser valorado, havendo mais valor em uma reparação dentro de suas possibilidades do que em uma restituição integral bancada pelos pais ou responsável³⁵². O ato de reparar deve se sobrepor à reparação em si³⁵³, autorizando, com o consentimento de todos os envolvidos, uma reparação até mesmo simbólica.

No contexto do Estatuto da Criança e do Adolescente, especificamente no que tange à concessão da remissão, esta pode formalmente ser cumulada com a medida de reparação do dano (ou da prestação de serviços à comunidade). Embora não contenha em si previsão expressa para a realização de um procedimento voltado à mediação do adolescente e da vítima, o regramento legal pressupõe o contato do promotor de justiça e/ou do juiz da infância e da juventude com este adolescente antes da decisão pela concessão do instituto e, neste momento, a reparação do dano poderia ser oferecida como termo de um eventual acordo entre ele e a vítima que também expressar sua vontade em participar de um procedimento de mediação. A ausência da vítima, por outro lado, poderá ser contornada com o oferecimento da medida prestação de serviços à comunidade.

Em ambos os cenários – e ainda que a previsão legal seja a da *obrigação* de reparar o dano – a voluntariedade deve ser preservada e o reconhecimento da responsabilidade pelo ato infracional não deve ser recebida pelos operadores do direito como a admissão da culpa por parte do adolescente, mas como um momento importante em um processo de mediação que redundará na reparação voluntária do dano e na remissão como forma de exclusão, extinção ou suspensão do processo.

Dessa forma, a concessão do instituto deve se dar por intermédio de um procedimento que, muito embora seja razoavelmente informal, porquanto a persecução formal do ato não necessariamente terá se iniciado, deverá se pautar pela participação tanto do adolescente quanto da vítima, e pela manifestação da vontade de ambas as partes, ou, ao menos, do adolescente, quando a participação da vítima for contornável. Este procedimento deve buscar

³⁵² ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *La reparación...* Op. cit. p.396-397.

³⁵³ ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *La reparación...* Op. cit. p.447.

proporcionar às partes um espaço de mediação e do reconhecimento da responsabilidade, do qual irá decorrer o ato de reparar não como uma consequência a ser imputada ao adolescente, mas como fruto de um acordo elaborado com a sua participação.

4.4 A remissão como ferramenta de justiça restaurativa

A instrumentalidade da remissão enquanto meio de extinção da instância formal, bem como a possibilidade de associação às medidas de reparação do dano e prestação de serviços à comunidade contam com previsão mais ou menos expressa no Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que a forma como ambos os potenciais do instituto se desenvolverão não tenha sido formalmente contemplada pelo regramento brasileiro. Diante do seu silêncio, justificado em certa medida pelo favorecimento da informalidade em detrimento do processo judicial rigorosamente formal, a teoria da justiça restaurativa se coloca como um caminho por meio do qual a remissão pode ser instrumentalizada como ferramenta.

Esta teoria possui importantes raízes estadunidenses e contém em seu substrato a noção de que o delito (ou ato infracional) nasce como uma relação estabelecida entre a pessoa que o praticou, a pessoa que o sofreu, e a comunidade na qual ele se perpetrou, e sua superação dependerá, por conseguinte, da participação de todos os envolvidos³⁵⁴. Desta forma a justiça restaurativa tem por escopo encontrar a melhor forma de solucionar o conflito oriundo do crime sob a perspectiva das conexões existentes entre o seu autor e sua vítima, sem, contudo, contrapor estas posições em papéis inimigos³⁵⁵, uma vez que são membros de uma sociedade inter-relacionada cujos membros frequentemente assumem estes dois lugares em algum momento³⁵⁶.

O principal conceito de justiça restaurativa refere-se ao processo por meio do qual as pessoas que possuam interesse em uma transgressão específica se reúnem para decidir como lidar com as suas consequências e implicações futuras³⁵⁷. A este conceito se associa uma

³⁵⁴ ROIG TORRES, Margarita. *La reparación...* Op. cit. p.452-453.

³⁵⁵ SHERMAN, Lawrence. STRANG, Heather. *Restorative justice: the evidence*. Londres: The Smith Institute, 2007. Disponível em: <http://www.iirp.edu/pdf/RJ_full_report.pdf> Acesso em: 10 abr 2018. p.12.

³⁵⁶ SHERMAN, Lawrence. STRANG, Heather. *Restorative...* Loc. cit.

³⁵⁷ Tanto John Braithwaite quanto Heather Strang e Lawrence Sherman aludem nas obras mencionadas este conceito de Tony Marshall como o mais aceito dentre os estudos da justiça restaurativa. – BRAITHWAITE, John. *Restorative justice and responsive regulation*. Oxford University Press: Nova York: 2002. Disponível em:

carga moral de que a justiça não será alcançada infligindo uma certa quantidade de sofrimento a um criminoso, mas sim quando este indivíduo atua para fazer da sociedade um lugar melhor do que ele deixou ao cometer um ato delituoso³⁵⁸, promovendo a restauração de quaisquer dimensões particulares à vítima e a si próprio, e relacionadas à comunidade, afetadas por sua conduta³⁵⁹.

Neste contexto, o reconhecimento da responsabilidade pelo ato é essencial ao procedimento – não devendo, contudo, ser confundido com a confissão, consoante exposto no tópico anterior –, assim como a participação, sobretudo da vítima, ficando a comunidade representada pelas pessoas apontadas por ela e pelo indivíduo que cometeu o ato, convidadas a oferecerem o seu apoio no momento da reunião³⁶⁰, usualmente coordenada por um facilitador. Havendo o consentimento de todos pela justiça restaurativa, a reunião costumeiramente será estruturada em três eixos principais: (a) um primeiro eixo centrado nos fatos ocorridos; (b) um segundo eixo de discussão das consequências experimentadas pelos envolvidos após o delito; e (c) um terceiro eixo, orientado à assunção de responsabilidade e reparação em sentido amplo das consequências da transgressão³⁶¹.

Quando o consenso no que tange às implicações futuras do delito é alcançado, os participantes comumente são liberados para um intervalo, ou uma “pausa para o café”, na qual entabularão discussões mais informais enquanto um acordo é redigido pelo facilitador, oportunizando assim a construção ou reparação de laços sociais entre eles³⁶². Encerrado o intervalo, o facilitador apresentará o acordo redigido, que será assinado por ele, pelo indivíduo infrator, e pela vítima em alguns casos³⁶³, e conterá os termos estabelecidos durante a reunião, inclusive as formas pelas quais àquele se compromete a tentar reparar os efeitos deletérios de seus atos.

<<http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/06/Restorative-Justice-and-Respon.pdf>> Acesso em: 09 abr 2018. p.11. SHERMAN, Lawrence. STRANG, Heather. *Restorative...* Op. cit. p.32.

³⁵⁸ SHERMAN, Lawrence. STRANG, Heather. *Restorative...* Loc. cit.

³⁵⁹ BRAITHWAITE, John. *Restorative justice...* Loc. cit.

³⁶⁰ BRAITHWAITE, John. *Restorative justice...* Op. cit. p.26.

³⁶¹ BRAITHWAITE, John. *Restorative justice...* Loc. cit. SHERMAN, Lawrence. STRANG, Heather. *Restorative...* Op. cit. p.38-39.

³⁶² SHERMAN, Lawrence. STRANG, Heather. *Restorative...* Op. cit. p.39.

³⁶³ SHERMAN, Lawrence. STRANG, Heather. *Restorative...* Loc. cit. p.39.

Este acordo, contudo, é mais um ato simbólico do que um instrumento de intimidação para a sua execução, pois em sendo oriundo de uma composição na qual indivíduo se comprometeu, até mesmo emocionalmente, com a sua elaboração e com as pessoas que dela participaram, este compromisso por si só e os vínculos surgidos da reunião cuidam de fornecer motivação suficiente para o seu cumprimento³⁶⁴. Esse estímulo no sentido de honrar promessas também auxilia na redução da recidiva³⁶⁵ ou, pelo menos, não favorece o aumento da reincidência enquanto resultado esperado na adoção da justiça restaurativa³⁶⁶.

No decurso de uma reunião ou conferência realizada nos moldes da justiça restaurativa, o indivíduo responsabilizado por uma conduta tipificada penalmente compreenderá com mais facilidade o que está acontecendo, e em geral se sentirá mais seguro em expressar suas opiniões e pontos de vista, contando, inclusive, com um maior tempo para fazê-lo, o que contribui para a sua percepção de haver sido tratado com respeito e equidade³⁶⁷. A percepção das vítimas, por sua vez, é de um procedimento mais justo no qual as suas posições são levadas em consideração, e de responsabilização adequada do indivíduo pelo ato criminoso³⁶⁸, proporcionando uma experiência em geral, mais satisfatória do que a justiça convencional³⁶⁹.

Assim, além de ser percebida como uma alternativa mais humana e respeitosa do que a justiça convencional, a justiça restaurativa também entrega resultados mais desejáveis, como uma redução da possibilidade de reincidência, a maior participação e preocupação para com a vítima, e a oportunidade de reparação dos laços sociais entre os indivíduos afetados direta ou indiretamente pela conduta criminoso³⁷⁰. O instituto brasileiro da remissão, neste contexto, consubstancia-se em uma valiosa ferramenta de viabilização dos métodos da justiça restaurativa em um momento anterior ao processo judicial, além de se colocar como um de seus resultados, com seus efeitos e garantias previstos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

³⁶⁴ SHERMAN, Lawrence. STRANG, Heather. *Restorative...* Op. cit. p.58.

³⁶⁵ SHERMAN, Lawrence. STRANG, Heather. *Restorative...* Loc. cit. p.58.

³⁶⁶ SHERMAN, Lawrence. STRANG, Heather. *Restorative...* Op. cit. p.70-71.

³⁶⁷ BRAITHWAITE, John. *Restorative justice...* Op. cit. p.78-79.

³⁶⁸ BRAITHWAITE, John. *Restorative justice...* Op. cit. p.49.

³⁶⁹ SHERMAN, Lawrence. STRANG, Heather. *Restorative...* Op. cit. p.65

³⁷⁰ SHERMAN, Lawrence. STRANG, Heather. *Restorative...* Op. cit. p.13.

A ausência de uma previsão legal expressa no sentido de se utilizarem os métodos da justiça restaurativa nos momentos procedimentais que admitem a remissão pode vir a ser um obstáculo à sua implementação, bem como a existência de um procedimento razoavelmente estruturado o qual, de certa forma, rivaliza com as instâncias formais de persecução infracional que se deseja evitar. Além disso, a utilização desta potencialidade da remissão dependerá não apenas de uma maior inclusão e participação da vítima e de outras pessoas que se disponham a ampará-la, e ao adolescente, mas também de uma postura bastante diferenciada dos operadores do direito envolvidos na sua concessão.

A viabilidade do instituto da remissão enquanto mecanismo de atribuição da responsabilidade de forma efetiva, proporcional e reintegradora será verificada a partir dos potenciais de utilização do instituto aqui elencados, à luz da teoria do *shaming* reparador de John Braithwaite enquanto marco teórico desta pesquisa. Assim, na sequência, será realizado um mapeamento desta teoria e das suas implicações práticas, de forma a possibilitar a retomada da análise do instituto em tópico posterior.

5. A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO SHAMING NA OBRA DE JOHN BRAITHWAITE

A palavra *shame* na língua inglesa, quando classificada como substantivo, refere-se, em tradução livre do dicionário Oxford, ao sentimento doloroso de humilhação e angústia causado pela consciência de um comportamento errado ou tolo, à perda do respeito ou da estima e à desonra. Já quando verbo, refere-se à provocação deste sentimento ou perda em outrem. De acordo com Martha Nussbaum, em uma acepção não apenas gramatical da palavra, ela diz respeito a uma emoção desencadeada por um sentimento de fracasso em alcançar um *status* considerado ideal por aquele indivíduo, associado aos sentimentos de inadequação e carência de plenitude ou perfeição³⁷¹.

Para a autora, o *shame* é um sentimento em certa medida nato do indivíduo, pois sua presença não depende do conhecimento do sistema de valores no qual a sociedade onde ele nasceu está inserida, mas tem seu lastro na exigência imatura de onipotência, conforto e plenitude e na tensão que surge na consciência da finitude, injustiça e desamparo individuais frente às expectativas sociais³⁷². Trata-se, portanto, da acepção do *shame* enquanto substantivo, embora carregada de significados pertinentes a outras áreas do conhecimento. John Braithwaite, por sua vez, descreve o *shaming* como o conjunto de processos sociais de manifestação da desaprovação cujo objetivo ou efeito seja o de suscitar remorso no indivíduo a quem ele é direcionado³⁷³, favorecendo, já no termo utilizado, o verbo em detrimento do substantivo.

Para os falantes da língua portuguesa alguns outros termos, os quais frequentemente surgem no estudo do *shame*, são de especial relevância, inclusive de um ponto de vista linguístico, e por isso serão tratados brevemente neste momento, a partir dos esclarecimentos proporcionados por Nussbaum. A humilhação é o primeiro destes termos, compreendido pela autora em direta relação com o *shame*: trata-se de sua face pública, do ato de expor um

³⁷¹ NUSSBAUM, Martha C. *Hiding from humanity: disgust, shame and the Law*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2004. p.184.

³⁷² NUSSBAUM, Martha C. *Hiding from...* Op. cit. p.173-174.

³⁷³ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame and reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. p.100.

indivíduo ao sentimento evocado pelo *shame*³⁷⁴. A culpa, por sua vez, é o sentimento de raiva autopunitiva em resposta à percepção do erro cometido ou dano causado³⁷⁵.

O embaraço, por fim, refere-se ao estado emocional subjetivo desencadeado comumente quando o indivíduo inesperadamente se vê objeto do escrutínio social, sobretudo quando não o desejava³⁷⁶. Consoante esclarece Nussbaum, este estado costuma ser temporário, muitas vezes momentâneo, e sem grandes consequências, além de raramente infligido deliberadamente – situação esta mais próxima da humilhação –, o que contribui para caracterizar o embaraço como um sentimento mais leve quando comparado ao *shame*³⁷⁷.

A relevância destes termos para os falantes da língua portuguesa se justifica principalmente em razão da ausência de uma tradução literal do termo *shame*, tornando a análise do marco teórico deste trabalho muitas vezes confusa, e suscitando questionamentos do ponto de vista acadêmico no que tange à utilização do termo em inglês. Isso porque o termo é frequentemente traduzido como vergonha, contudo, a vergonha de acordo com o dicionário Michaelis é o sentimento de humilhação e desonra, a manifestação do desconforto diante de uma atitude indecente ou indigna, o receio de se sentir ridículo perante outras pessoas, o senso da própria dignidade ou honra, e, por fim, indicativo de qualquer situação vexatória.

A vergonha da língua portuguesa é, portanto, uma expressão ampla que engloba tanto a humilhação conforme descrita por Martha Nussbaum, quanto o embaraço descrito pela autora como um sentimento mais ameno do que o *shame*, razão pela qual ainda que a tradução de um pelo outro seja coerente e amplamente aceita, neste trabalho ela não encontra substrato para firmar-se, pois a obra de John Braithwaite no tema demanda a acepção inglesa mais precisa do *shame*. De maneira semelhante, os termos vexame e constrangimento³⁷⁸ também contam com significados amplos, além da dificuldade adicional proporcionada pelo fato de o

³⁷⁴ NUSSBAUM, Martha C. *Hiding from...* Op. cit. p.203-204.

³⁷⁵ NUSSBAUM, Martha C. *Hiding from...* Op. cit. p.207.

³⁷⁶ NUSSBAUM, Martha C. *Hiding from...* Op. cit. p.204-206.

³⁷⁷ NUSSBAUM, Martha C. *Hiding from...* Loc. cit. p.204-206.

³⁷⁸ Vexame segundo o dicionário Michaelis é aquilo que causa afronta ou vergonha, ou o sentimento de humilhação ou desonra. Já o constrangimento refere-se à situação moralmente desconfortável, vexatória, vergonhosa ou embaraçosa. É possível concluir, portanto, que a língua portuguesa trata estes termos como mais ou menos sinônimos, enquanto a língua inglesa os distingue.

constrangimento contar com um significado jurídico-criminal pronunciado³⁷⁹, dificultando quaisquer tentativas de dirimir os entraves proporcionados pela tradução do *shame*.

Dessa forma, este trabalho faz a opção linguística pela não tradução do termo diante da ampliação de sentido que a língua portuguesa acarretaria, a qual não é coerente com as distinções e classificações trazidas pelo marco teórico adotado, cuja execução se deu em língua inglesa. Essa opção visa não somente a evitar dificuldades e confusões teóricas, mas também a preservar a teoria adotada como instrumento de análise da remissão prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, preservando, dessa forma, a coerência teórica do trabalho como um todo, muito embora ele seja escrito na língua portuguesa.

Além da adoção do termo em inglês, este trabalho adotará também a descrição proposta por John Braithwaite do que seja o *shame* ou *shaming*, aposta anteriormente de forma bastante breve, qual seja, o conjunto de processos sociais de manifestação da desaprovação, cujo objetivo ou efeito é o de suscitar o remorso no indivíduo a quem ele é direcionado. Seu potencial destrutivo, sobretudo quando este indivíduo direciona a manifestação contra si ou contra outros, ocasionando a segregação social, é o que, de acordo com o autor, promove a criminalidade ao invés de preveni-la³⁸⁰. Sua teoria, desenvolvida principalmente (mas não apenas) na obra “*Crime, shame and reintegration*”, sugere como ponto-chave para o controle da criminalidade o comprometimento cultural com o *shaming* de forma reintegradora ou reparadora, em detrimento da segregadora³⁸¹.

Braithwaite oferece o *shame* como alternativa às técnicas tradicionais de controle social, sobretudo a punição enquanto recusa em confiar na moralidade do indivíduo que cometeu um crime, reduzindo a obediência às normas a um simples cálculo de custo-benefício³⁸². O *shame*, por sua vez, possui um conteúdo simbólico puro de reafirmação da moralidade daquele indivíduo³⁸³, buscando a construção de uma consciência social e cultural

³⁷⁹ O constrangimento, além de crime quando cometido de forma ilegal (consoante o artigo 146 do Código Penal), está presente em diversos tipos penais como o estupro e a extorsão (artigos 158 e 213, respectivamente) implicando as condutas de coagir ou obrigar.

³⁸⁰ BRAITHWAITE, John. *Restorative justice...* Op. cit. p.94.

³⁸¹ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. p.01.

³⁸² BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit.p.73.

³⁸³ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Loc. cit.

capaz de dissuadir o comportamento criminal interna e individualmente, ainda que ausente qualquer *shaming* externo associado à conduta criminosa³⁸⁴.

É dessa maneira que sua instrumentalização agiria como mecanismo de controle social, e substituindo, conforme propõe o autor, o controle social punitivo, esta sociedade mitigaria a descontinuidade existente entre aquele e um controle social mais informal e marcado pelo *shaming* reparador na vida privada³⁸⁵, uma vez que ele pressupõe e caracteriza-se por uma participação social ampla³⁸⁶. Esse pressuposto e característica permitem a construção da consciência social e cultural não apenas da pessoa objeto do *shaming*, mas também daqueles que o instilam, pois elas enquanto cidadãs serão concomitantemente instrumento e alvo do controle social³⁸⁷. Já a construção desta consciência dual será possível em razão de outro pressuposto fundamental da teoria, qual seja, a existência de um consenso social acerca do crime.

Esse consenso se explica por uma visão compartilhada entre os operadores da Justiça criminal, seus usuários ou alvos, e a sociedade como um todo sobre o que constitui o crime e o que essa Justiça pode fazer quando alguém é pego o cometendo³⁸⁸; isso somente será possível se houver um conteúdo mínimo em comum entre diferentes tipos de condutas consideradas criminosas a possibilitar uma explicação razoavelmente genérica³⁸⁹. Essa generalidade, por sua vez, refere-se ao fato de que o crime não apenas é um comportamento pouco apreciado na sociedade³⁹⁰, mas uma escolha feita pelo agente ao conscientemente desafiar uma prescrição legal assim compreendida pela sociedade³⁹¹.

Essa homogeneidade é capaz de agrupar em uma mesma classe condutas pouco semelhantes como, por exemplo, matar alguém, contrair casamento induzindo em erro essencial o outro contraente e destruir ou danificar floresta considerada de preservação

³⁸⁴ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. p.75.

³⁸⁵ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. p.80.

³⁸⁶ De acordo com John Braithwaite, enquanto uma sanção será administrada por um número limitado de operadores da Justiça criminal, o *shaming* potencialmente envolverá todos os membros de uma comunidade. – BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. p.73.

³⁸⁷ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. p.82.

³⁸⁸ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. p.02-03.

³⁸⁹ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. 01-02.

³⁹⁰ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. p.02.

³⁹¹ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. p.03.

permanente. Ainda assim, Braithwaite reconhece a heterogeneidade cultural como um fator que possivelmente mitigará o consenso e enfraquecerá a instrumentalização do *shaming* quanto aos valores sujeitos a esse dissenso cultural³⁹² – o que é exemplificado pelo autor pelo baixo potencial de sujeição ao *shame* do uso de substâncias como o álcool, o cigarro e algumas drogas³⁹³.

Além da heterogeneidade cultural, algumas características do indivíduo submetido ao *shaming* também podem reduzir seu potencial, sobretudo pela possibilidade de que ele construa uma barreira emocional, impedindo o seu alcance pelo *shaming* projetado por outros, notadamente a vítima ou o Estado³⁹⁴. Não somente a barreira emocional, mas o autor reconhece também a barreira proporcionada pela proliferação de nichos nos quais cada pessoa desempenha um papel diferente, viabilizando um isolamento de cada um desses grupos capaz de impedir o alcance do *shaming* operado em um nicho aos demais, garantindo a esse indivíduo que os papéis sociais desempenhados neles não sofram descrédito³⁹⁵.

A crítica referente a uma multiplicidade de nichos e papéis sociais é bastante contundente quando aliada ao argumento de que o *shame* é um sentimento nascido do olhar do outro sobre o agente e suas ações e, neste contexto, uma sociedade marcada pelo anonimato dos grandes centros urbanos e da abundância de subgrupos e papéis sociais diversos estaria imune a ele³⁹⁶. Ela encontra lastro na noção de uma melhor proliferação do *shaming* em pequenas comunidades interdependentes nas quais todos se conhecem³⁹⁷, ambiente em muito superado pelo desenvolvimento urbano e tecnológico das sociedades ocidentais, capazes de proporcionar o anonimato às pessoas até mesmo para seus vizinhos.

Historicamente, a ascensão do *shaming* enquanto forma de controle social se relaciona à ascensão do Estado e o seu monopólio da força, e a uma maior e mais sofisticada divisão do trabalho, processos históricos estes que ocorreram em diferentes momentos. A ascensão do

³⁹² BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. p.96.

³⁹³ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. p.166.

³⁹⁴ BRAITHWAITE, John. *Restorative justice...* Op. cit. p.101.

³⁹⁵ GOFFMAN, Erving. Embarrassment and social organization. In.: *American Journal of Sociology*. vol.62. n.03. Chicago: University of Chicago Press, 1956. p.264-271. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2772920>> Acesso em: 19 abr 2018. p.269.

³⁹⁶ WHITMAN, James Q. What is wrong with inflicting shame sanctions? In.: *The Yale Law Journal*. vol. 107. 1997-1998. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/655> Acesso em: 23 jun 2012. p.1063.

³⁹⁷ WHITMAN, James Q. What is wrong... Loc. cit.

Estado e sua monopolização da força favorecem a criação de espaços de paz social no qual a reputação, primeiramente da nobreza, enseja a maior instrumentalização de um *shaming* bastante limitado, uma vez que ele não era suscitado perante indivíduos considerados socialmente inferiores àqueles a quem ele era projetado³⁹⁸. A gradativa relevância da classe burguesa começa a modificar esse cenário a partir da criação de interdependências entre grupos sociais antes fortemente hierarquizados como os capitalistas proprietários dos meios de produção, os profissionais e os consumidores, e mitigada a noção de hierarquia social, os estratos sociais antes considerados superiores tornam-se suscetíveis ao *shaming*³⁹⁹.

Essa interdependência social aumenta com a maior sofisticação da divisão do trabalho, responsável por equalizar os indivíduos de classes sociais antes consideradas distintas no sentido de favorecer o *shaming* a um indivíduo considerado socialmente superior por, ou diante de, outro socialmente inferior⁴⁰⁰ – embora ele permaneça ainda influenciado por uma estruturação da sociedade em classes de certa forma hierárquicas⁴⁰¹. Os trabalhadores, por sua vez, permanecem considerados como categoria socialmente inferior por alguns séculos a mais, sujeitados ao *shame* em sua faceta mais cruel e degradante, marcada pelas punições corporais, contexto superado somente com a crítica iluminista à brutalidade⁴⁰².

Esta breve e superficial excursão histórica pretende demonstrar que, de acordo com Braithwaite, a ascensão do *shaming* se deu em um momento histórico caracterizado por uma população mundial consideravelmente menor e concentrada em centros sociais de alcance muito reduzido, ensejando a crítica fundada na sua pouca adequação aos grandes centros urbanos marcados pelo anonimato. Entretanto, o argumento da existência de nichos nos quais diferentes papéis sociais são desempenhados revela que esta conclusão é falsa em alguns aspectos, pois essa sociedade do anonimato, de acordo com o autor, é consideravelmente mais interdependente do que as pequenas comunidades históricas em razão destes nichos, e embora o anonimato seja uma possibilidade, ele não é a regra nestes ambientes.

³⁹⁸ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. p.03-04.

³⁹⁹ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. p.04.

⁴⁰⁰ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Loc. cit.

⁴⁰¹ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Loc. cit.

⁴⁰² BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. p.07-08.

Assim, no interior dos nichos existem relações e interdependências as quais favorecem o *shaming*⁴⁰³, e não existem garantias de que ele permanecerá encerrado nesse contexto restrito, pois independentemente do quão compartimentalizada seja uma sociedade sempre haverá momentos e locais nos quais o público de um nicho se cruza com o público de outro, gerando uma vulnerabilidade responsável por favorecer o *shaming* até mesmo em um suposto anonimato⁴⁰⁴. De forma inversa, haverá menor potencial para o *shaming* quando o indivíduo desempenha somente um papel em um nicho social restrito e facilmente abandonado, o que ocorrerá notadamente por intermédio da segregação pelo estigma⁴⁰⁵.

Um maior aprofundamento da teoria não se mostra possível nesse momento, pois depende da distinção feita por John Braithwaite entre o *shaming* operacionalizado para segregar e o *shaming* operacionalizado para reparar os laços sociais daquele indivíduo e reintegrá-lo à sociedade. Assim, o tópico prosseguirá com a distinção destas duas modalidades e sua instrumentalização prática.

5.1 O *shaming* segregador

Os processos de manifestação da desaprovação social, de acordo com John Braithwaite, podem se desenrolar de duas maneiras diferentes: o *shaming* poderá ser instrumentalizado com um escopo segregador ou com o escopo reparador e/ou reintegrador. Identificar a diferença entre estas duas modalidades na sua consequência para o indivíduo sobre o qual ele é projetado implica no reconhecimento de que elas estão igualmente contidas nos processos pelos quais o *shaming* será operacionalizado, constituindo dimensões independentes, e não se estabelecendo como dois processos fundamentalmente diferentes, inclusive diante da possibilidade de o processo ser segregador e reintegrador ao mesmo tempo⁴⁰⁶.

Se o processo por meio do qual o *shaming* é instilado é fundamentalmente o mesmo, a diferença entre uma modalidade e outra capaz de alterar o escopo e as suas consequências é justamente a ausência no *shaming* segregador do gesto de reintegração subsequente verificado

⁴⁰³ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. p.12-13.

⁴⁰⁴ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. p.14-15.

⁴⁰⁵ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. p.15-16.

⁴⁰⁶ BOTCHKOVAR, Ekaterina. *Theoretical improvement of Braithwaite's reintegrative shaming theory: specifying contingencies for the process of shaming*. Raleigh: North Carolina State University, 2005. p.10.

na outra modalidade. Dessa forma, há somente a expressão social de desaprovação – pela admoestação verbal, por gestos mais sutis e simbólicos como um dar as costas, ou pela atuação da mídia, por exemplo⁴⁰⁷ –, e o próprio indivíduo a quem ela é direcionada buscará se reintegrar sozinho⁴⁰⁸, porém não necessariamente à sociedade que expressou sua desaprovação.

A principal e mais criticada consequência do *shaming* segregador é o favorecimento da divisão da sociedade com o nascimento de um grupo de párias sociais cujos vínculos de interdependência com aquela são cindidos e não reconstruídos⁴⁰⁹, estigmatizando-os de forma que a eventual e futura reintegração deles seja bastante dificultada. A divisão da sociedade em categorias não é em si uma novidade desta modalidade, uma vez que a própria sociedade estabelece os atributos que considera comuns e naturais para cada ambiente social, identificadores dos grupos de indivíduos os quais provavelmente serão lá encontrados, e sempre o fez⁴¹⁰. Assim, estas preconceções são transformadas em expectativas comumente introjetadas nos indivíduos, que sequer percebem a imputação de uma identidade social virtual exercida por uns sobre os outros⁴¹¹.

O principal problema da categorização social é a potencialidade do estigma imposto a uma pessoa gerar um grupo social menos desejável, formado por pessoas “estragadas” frente à normalidade dos demais grupos sociais. Este estigma pode assumir diferentes espécies, inclusive a das culpas de caráter individual, que Erving Goffman associa com a prisão⁴¹² (além de outros contextos e características não considerados pertinentes para esta pesquisa), mas todos apresentam as mesmas características sociológicas consubstanciadas no fato de que um determinado indivíduo que poderia integrar uma relação social possui um traço capaz de afastar os demais, afastando também a possibilidade do seu reconhecimento por outros atributos⁴¹³.

⁴⁰⁷ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. p.57-58.

⁴⁰⁸ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. p.68.

⁴⁰⁹ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. p.55 e p.103.

⁴¹⁰ GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2012. p.11-12.

⁴¹¹ GOFFMAN, Erving. *Estigma...* Loc. cit. p.11-12.

⁴¹² GOFFMAN, Erving. *Estigma...* Op. cit. p.14-15.

⁴¹³ GOFFMAN, Erving. *Estigma...* Loc. cit. p.14-15.

A situação de vida deste indivíduo estigmatizado é descrita por Goffman pela falta de aceitação dos grupos sociais considerados normais⁴¹⁴ por intermédio de diversas discriminações as quais podem reduzir suas chances de uma vida digna⁴¹⁵, uma vez que no curso das relações sociais ele será frequentemente vítima do escárnio e insultos à sua individualidade e dignidade humana⁴¹⁶, deixando de receber o respeito e a consideração que a havia previsto, principalmente em virtude dos aspectos não contaminados da sua identidade social⁴¹⁷. Assim, o estigma atribuído pelo *shaming* segregador reverbera na reputação do indivíduo, suscitando a infâmia que autoriza à sociedade reproduzir um mau conceito do indivíduo até mesmo sem conhecê-lo pessoalmente, e cuja função é, em última instância, a de controle social⁴¹⁸.

A partir desta conclusão, a má reputação e a infâmia ocasionadas pelo estigma, por sua vez oriundo o *shaming* segregador, poderiam ser consideradas instrumentos eficientes de controle social. Não o são, contudo, em razão justamente da divisão da sociedade em grupos dotados de características as quais geram expectativas normativas e distinguem alguns de seus indivíduos como essencialmente maus ao convívio, pois um dos possíveis resultados aqui é a descoberta pelo indivíduo que sofre o *shaming* individualmente de outros que compartilham do seu estigma e lhe fornecem um ambiente no qual ele pode se refugiar, obter apoio moral e sentir-se aceito⁴¹⁹.

Estes grupos, contudo, no contexto do *shaming* instrumentalizado em resposta ao cometimento de uma infração penal, são as chamadas subculturas criminais⁴²⁰, as quais além de refúgio, apoio moral e aceitação, oferecem também um espaço de rejeição daqueles que os rejeitaram (os grupos “normais”) e um maior incentivo à criminalidade por meio de modelos

⁴¹⁴ O estigma, nesse sentido, além de evidenciar um atributo profundamente depreciativo de alguém, pode acabar confirmando a normalidade de outrem, inserido no grupo socialmente considerado normal. – GOFFMAN, Erving. *Estigma...* Op. cit. p.12-13.

⁴¹⁵ GOFFMAN, Erving. *Estigma...* Op. cit. p.14-15.

⁴¹⁶ NUSSBAUM, Martha C. *Hiding from...* Op. cit. p.225.

⁴¹⁷ GOFFMAN, Erving. *Estigma...* Op. cit. p.18.

⁴¹⁸ GOFFMAN, Erving. *Estigma...* Op. cit. p.81-82.

⁴¹⁹ GOFFMAN, Erving. *Estigma...* Op. cit. p.28-30.

⁴²⁰ De acordo com a teoria criminológica do *labelling approach*, a criminalização primária ou o primeiro desvio, ao produzir a rotulação por meio do estigma, acaba por favorecer a criminalização secundária ou a reincidência, e a consolidação do rótulo criminal favorece, por sua vez, a sua assimilação pelo indivíduo rotulado, bem como a insistência no comportamento criminoso e a aproximação recíproca de indivíduos estigmatizados, fomentado o nascimento das subculturas delinquentes. – SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia...* Op. cit. p.256 e 258-259.

de comportamento e aprendizagem de técnicas criminosas, tornando mais atraente a escolha pela continuidade criminosa⁴²¹, enfraquecendo o controle social⁴²². Ademais, a segregação deste grupo, embora seja notadamente social e muitas vezes geográfica, não impede o que Goffman chama de “contatos mistos” entre eles e os grupos “normais”, onde a reação dos indivíduos estigmatizados pode variar entre o retraimento e a agressividade, provocando uma série de respostas desagradáveis⁴²³.

Os contatos mistos terão sempre maiores consequências para os estigmatizados, por mais desagradável que seja a resposta com a qual um indivíduo considerado “normal” irá se deparar, pois mesmo quando o próprio indivíduo opta por se retrair ou se isolar no interior de um grupo ou subcultura criminal, ele ainda terá que esquematizar sua vida de forma a evitar determinados contatos⁴²⁴, e aprender a manipular as informações sobre a sua biografia para evitar certas reações sociais⁴²⁵. Isso implica, de acordo com Goffman, em uma nova divisão da sociedade entre os que conhecem e os que não conhecem a biografia daquele indivíduo⁴²⁶, e a sua posição social irá variar sempre em função do número de integrantes do primeiro grupo, podendo em razão dele ser mais ou menos precária⁴²⁷.

O encobrimento biográfico proporciona uma divisão do mundo em locais permitidos, onde a sua biografia, ainda que conhecida, não é significativa, e proibidos ou evitáveis, onde ela ou não é conhecida, ou o seu conhecimento impede ou dificulta o seu acesso. Além disso, a possibilidade de ser levado a fornecer uma informação que o desacredita perante a sociedade instila nesse indivíduo uma situação de “aprofundamento de pressão”, a qual, de acordo com Goffman, se caracteriza pela pressão em elaborar inverdades para evitar uma revelação⁴²⁸.

Este contexto também favorece a formação das subculturas criminosas enquanto espaços de acesso permitido, e povoados por pessoas que compartilham de determinado estigma. A principal crítica ao *shaming* que segrega e estigmatiza o indivíduo ao cindir seus

⁴²¹ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. p.103.

⁴²² BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. p.68.

⁴²³ GOFFMAN, Erving. *Estigma...* Op. cit. p.27.

⁴²⁴ GOFFMAN, Erving. *Estigma...* Op. cit. p.21-22.

⁴²⁵ GOFFMAN, Erving. *Estigma...* Op. cit. p.74-75.

⁴²⁶ GOFFMAN, Erving. *Estigma...* Op. cit. p.77.

⁴²⁷ GOFFMAN, Erving. *Estigma...* Op. cit. p.88-89.

⁴²⁸ GOFFMAN, Erving. *Estigma...* Op. cit. p.95-96.

laços sociais e não restabelecê-los é o favorecimento da divisão da sociedade em grupos considerados moralmente corretos e subculturas criminosas as quais receberão os proscritos, e que historicamente perpetuam o ciclo da criminalidade, enfraquecendo o controle social e consubstanciando-se em instrumento absolutamente ineficiente para a contenção do crime.

5.2 O *shaming* reparador

Buscando evitar as consequências indesejáveis proporcionadas ou favorecidas pelo *shaming* segregador, John Braithwaite sugere em sua teoria a reparação dos laços sociais do indivíduo sobre quem ele é projetado e sua reintegração à comunidade como etapa subsequente à manifestação da desaprovação, a qual deve ocorrer antes que o desvio para a criminalidade se torne dominante⁴²⁹. Assim, a comunidade deverá expressar sua desaprovação a um comportamento criminoso passageiro, e não à pessoa que o adotou, pois ela permanece essencialmente boa⁴³⁰, comunicando na sequência a sua reintegração⁴³¹. Essa comunicação reintegradora percorre o caminho inverso do *shaming* segregador, que atribui um estigma ao indivíduo ao reafirmar sua posição enquanto cidadão.

A dificuldade aposta pela teoria do *shaming* reparador é o fato de que ele não será necessariamente bem sucedido em qualquer sociedade, pois Braithwaite destaca duas características em grande medida correlacionadas e, de acordo com ele, conducentes aos processos nela envolvidos, quais sejam, a interdependência e o comunitarismo⁴³². Além da correlação entre estes conceitos, o autor destaca a primeira como uma variável aplicada ao nível individual de análise, perfazendo o substrato para a segunda, por sua vez, efetivamente uma característica encontrada ou não nas sociedades⁴³³.

Uma sociedade de indivíduos profundamente interdependentes é uma sociedade interdependente, sendo esta uma das premissas para o comunitarismo social⁴³⁴. Assim, uma

⁴²⁹ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. p.101.

⁴³⁰ BRAITHWAITE, John. Shame and modernity. In.: *The British Journal of criminology*. vol. 33. n.01. jun-set. 1993. p.01-18. Disponível em: <http://www.anu.edu.au/fellows/jbraithwaite/_documents/Articles/Shame_Modernity_1993.pdf> Acesso em: 12 abr 2018. p.14.

⁴³¹ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. p.55.

⁴³² BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. p.84.

⁴³³ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. p.85.

⁴³⁴ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Loc. cit.

densa teia de interdependências individuais caracterizadas por obrigações e confiança mútuas, e interpretadas como matérias de lealdade do grupo em detrimento da conveniência individual são os elementos caracterizadores do comunitarismo, descrito por Braithwaite como a antítese do individualismo⁴³⁵, de forma que em pequenos grupos e comunidades nos quais essas condições estão mais fortemente presentes o *shaming* reparador terá maior potencial de sucesso⁴³⁶.

Isso não significa, contudo, que sociedades altamente urbanizadas e complexas – ou as sociedades do anonimato referidas no tópico anterior – notadamente marcadas pelo individualismo em contraposição à verdadeira utopia do comunitarismo, não possam lançar mão dos processos do *shaming* reparador. Essas sociedades, de acordo com o autor, cedem em significativa medida a responsabilidade pelo controle social ao Estado, mas o *shaming* operado por ele também é relativamente importante e pode favorecer a diminuição da criminalidade quando em comparação com sociedades individualistas mais punitivistas⁴³⁷.

A principal crítica a estas sociedades reside na menor potencialidade de um *shaming* impessoal, enquanto o comunitarismo favorece o *shaming* personalizado pelos indivíduos membros da comunidade na qual a pessoa que será objeto dele está inserida⁴³⁸. Este proporciona uma melhor compreensão da complexidade desta pessoa, gerando mais empatia e auxiliando no direcionamento da desaprovação aos atos particularmente considerados e dissociados da pessoa, enquanto aquele, em razão da impessoalidade estatal e individualismo social, tende a enquadrar os indivíduos em categorias de ofensores segundo os delitos praticados, em geral redundando no estigma⁴³⁹.

As sociedades urbanas complexas, muito embora sejam notadamente individualistas, possuem nichos de interdependências – consoante descrito e analisado no tópico anterior –, contendo, portanto, o substrato para a construção cultural do comunitarismo, ainda que esta característica em si, da forma como descrita por Braithwaite, possa estar ausente. A teoria do *shaming* reparador, nesse sentido, além de conter uma sólida proposta orientada à redução da criminalidade, também favorece a criação de condições nas quais a confiança e o próprio

⁴³⁵ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. p.86.

⁴³⁶ BRAITHWAITE, John. *Shame and...* Op. cit. p.11.

⁴³⁷ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. p.87.

⁴³⁸ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Loc. cit.

⁴³⁹ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. p.88.

comunitarismo são estimulados, devendo, contudo, cuidar especialmente da instrumentalização do *shaming* de modo a evitar o estigma e reparar os laços sociais do indivíduo que cometer um delito.

A flexibilidade e, sobretudo, a participação da comunidade são elementos essenciais ao sucesso do *shaming* reparador em sociedades heterogêneas e individualistas, de acordo com Braithwaite⁴⁴⁰. Esta participação, inclusive, garante à vítima um espaço na responsabilização e censura de uma conduta criminosa praticada contra ela, oferecendo ao autor dessa conduta a oportunidade de expressar o reconhecimento do dano causado, o remorso e até mesmo o objetivo de reparação⁴⁴¹. Evidentemente, porém, estas respostas morais não são experimentadas de forma semelhante por todos os indivíduos sujeitados ao *shaming*, e este será mais produtivo àqueles nas quais respostas morais forem realmente suscitadas⁴⁴².

A teoria do *shaming* reparador, enfim, implica na transferência de monitoração do controle de atos ilegais e responsabilização destes atos por meio de processos informais de controle e construção de consciência social do Estado para as comunidades⁴⁴³, devendo aquele intervir apenas nos incidentes de maior gravidade que extrapolam a experiência cotidiana dos membros desta⁴⁴⁴. Por meio da reintegração à comunidade, os canais de comunicação permanecem abertos para todos os atores envolvidos⁴⁴⁵, e o potencial para desaprovação futura não é destruído⁴⁴⁶, garantindo a eficiência continuada da sua utilização.

Nesse formato, entretanto, a teoria pressupõe uma sociedade comunitarista onde todos são responsáveis pela obediência à lei por todos os demais, em razão de uma cultura de

⁴⁴⁰ BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. Conditions of successful reintegration ceremonies: dealing with juvenile offenders. In.: *The British Journal of criminology*. vol.34. n.02. mar-jun. 1994. p.139-171. Disponível em: <https://www.anu.edu.au/fellows/jbraithwaite/_documents/Articles/Conditions_Successful_1994.pdf> Acesso em: 10 abr 2018. p.159.

⁴⁴¹ Andrew Von Hirsch destaca a técnica da reprovação que leva a vítima em consideração como mais desejável do que aquelas cujo objetivo é unicamente o da crítica do agente, embora observe que a censura deve dar oportunidade de uma resposta moral, porém, não deve esperar nem evocar uma. – HIRSCH, Andrew von. *Censurar y castigar*. Trad. Elena Larrauri. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p.35-36.

⁴⁴² BOTCHKOVAR, Ekaterina. *Theoretical improvement...* Op. cit. p.14.

⁴⁴³ BRAITHWAITE, John. *Shame and...* Op. cit. p.04.

⁴⁴⁴ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Loc. cit. p.97.

⁴⁴⁵ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Loc. cit. p.161.

⁴⁴⁶ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Loc. cit. p.102-103.

confiança e lealdade⁴⁴⁷, o que não é a realidade da grande maioria das sociedades ocidentais. Por este motivo, esta pesquisa terá como premissa a potencialidade da aplicação do *shaming* reparador em sociedades individualistas e quais os cuidados que devem ser tomados nesta aplicação.

5.3 A instrumentalização do *shaming* segregador nas instâncias formais de persecução criminal

O *shame* é frequentemente descrito como um sentimento ou emoção dolorosa, associada à humilhação e à angústia, consoante exposto no início do capítulo, e suscitada pela consciência de um comportamento considerado socialmente incorreto ou até mesmo tolo. Se o delito é um comportamento dotado destas características de maneira ainda mais aguda, é possível concluir que o *shame* será então desencadeado ordinariamente nos processos de persecução criminal formal, os quais deverão contar com mecanismos aptos a lidar de forma adequada com este sentimento, e não somente com os escudos da retórica e dos debates técnicos que normalmente o escondem na prática forense⁴⁴⁸.

No entanto, os ambientes de persecução formal são considerados tendentes à degradação e humilhação da pessoa que praticou um crime, em detrimento da reparação de laços sociais e sua reintegração à comunidade, vinculando de maneira indissociável o evento criminoso e seu agente ao mesmo tempo em que os encerra em um espaço distante da sociedade⁴⁴⁹, pois embora a regra seja a publicidade, o processo criminal não é em geral facilmente acessível ao público, exceto nos casos de grande interesse e comoção midiáticos. Assim, não apenas o sentimento do *shame*, mas o processo do *shaming* se fazem presentes, porém, com um escopo notadamente segregador.

A principal objeção a um procedimento degradante é o tratamento do indivíduo sem o devido e esperado respeito à sua dignidade humana, rebaixando-o a uma posição inferior a das pessoas humanas⁴⁵⁰, ao argumento de haver ele cometido um crime. O criminoso deixa de ser uma pessoa aos olhos do Estado e da sociedade, pois sua pessoa está vinculada ao delito,

⁴⁴⁷ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Loc. cit. p.149.

⁴⁴⁸ BRAITHWAITE, John. *Restorative justice...* Op. cit. p.96.

⁴⁴⁹ BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. *Conditions of...* Op. cit. p.142-144.

⁴⁵⁰ HIRSCH, Andrew von. *Censurar y...* Op. cit. p.131-132.

devendo ser excluída por intermédio de uma cerimônia altamente degradante e notadamente dirigida – embora não conscientemente – a sua humilhação⁴⁵¹. Assim, não obstante a descrição comum do processo criminal como centrado no acusado, ele é verdadeiramente centrado no crime enquanto determinante do tratamento daquele.

O conteúdo do delito foi considerado um dos elementos essenciais na imposição de um tratamento mais ou menos leniente pelo juízo da *Court of Common Pleas* de New Haven, Connecticut, uma espécie de Juizado Especial Criminal estadunidense⁴⁵², e sua centralidade ao processo criminal influencia o estabelecimento do valor daquele caso pelos atores processuais da Corte. Esta tarefa de atribuição de valor ao cada caso está relacionada ao modelo do *plea bargaining*, por meio do qual o acusado abre mão do julgamento, com seus custos e incertezas, em favor de um resultado previamente acordado com o promotor e homologado pelo juiz⁴⁵³.

Neste modelo, os promotores negociam acordos diretamente com o acusado ou, mais comumente, com seu advogado ou defensor público, sem participação ativa do juiz, e possuem para tanto a prerrogativa discricionária de desistir do processamento daquele caso ou negociar uma confissão para uma pena combinada previamente e, em geral, mais branda do que a pedida em julgamento⁴⁵⁴. Assim, o promotor e o defensor arbitrarão o valor de um determinado caso e é a partir deste valor que se darão as negociações, buscando um entendimento comum⁴⁵⁵ mutuamente aceitável, notadamente caracterizado pelo sentimento de que uma parte não levou nenhuma vantagem às custas da outra⁴⁵⁶.

Se os promotores não necessitam de autorização da Corte para negociar acordos, e os juízes, na extensa maioria dos casos, não os supervisionam nem tampouco se opõem à desistência do processo⁴⁵⁷, é possível concluir que os promotores e defensores acabam desempenhando um papel central no seu desfecho, afastando a pessoa do acusado para os bastidores da Justiça criminal. Embora este modelo não seja adotado formalmente no Brasil, a

⁴⁵¹ HIRSCH, Andrew von. *Censurar y...* Op. cit. p.131-132.

⁴⁵² FEELEY, Malcolm. *The process is the punishment: handling cases in a lower criminal court*. Nova York: Russel Sage Foundation, 1992. p.142.

⁴⁵³ FEELEY, Malcolm. *The process...* Op. cit. p.185.

⁴⁵⁴ FEELEY, Malcolm. *The process...* Op. cit. p.129.

⁴⁵⁵ FEELEY, Malcolm. *The process...* Op. cit. p.180.

⁴⁵⁶ FEELEY, Malcolm. *The process...* Op. cit. p.192-193.

⁴⁵⁷ FEELEY, Malcolm. *The process...* Op. cit. p.129.

realidade do processo criminal brasileiro também é de uma espécie de negociação do defensor diretamente com o juiz, que estabelece previamente o valor daquele caso para si bem como, em linhas gerais, antes mesmo do contato com o acusado, a vítima e eventuais testemunhas, qual será a decisão final.

Existe, porém, um fator relacionado à pessoa do acusado considerado relevante para a severidade da sentença: trata-se do número de condenações anteriores⁴⁵⁸ ou a reputação e antecedentes, os quais, ainda que relacionados ao indivíduo, permanecem indissociados dos atos em si. Isso porque uma longa lista de crimes prévios favorece um tratamento mais rigoroso até mesmo de condutas menos graves – e muito raramente este tipo de conduta, quando sucede outras mais graves, será considerado um sinal de progresso pela Corte⁴⁵⁹.

O registro de bons antecedentes, por outro lado, é tido como um elemento dúbio, podendo significar um tratamento mais leniente em virtude da reputação e indícios de caráter demonstrados, apesar do crime cometido, ou a justificativa para uma sentença mais severa com o objetivo de evitar a reincidência futura⁴⁶⁰, de forma a ser possível concluir que os antecedentes do indivíduo, sejam eles bons ou maus, têm uma maior probabilidade de serem utilizados contra ele do que em seu favor⁴⁶¹. O evento criminoso e os antecedentes criminais do réu em um processo penal irão compor uma imagem pública formada por esta pequena seleção de fatos, utilizados pelo juízo como um retrato global da sua pessoa, reduzindo e muito provavelmente estragando outros aspectos da sua identidade e favorecendo, por conseguinte, a sua exclusão social⁴⁶².

Outro estigma nascido até mesmo antes do processo e comumente alvo de polêmica são as algemas, signos cuja presença, embora justificável de uma perspectiva de segurança pública, transmite uma informação social⁴⁶³ bastante clara de periculosidade e indesejabilidade social daquele sujeito. Este potencial, inclusive, foi reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro o qual, desde 2008, considera em regra ilícito o seu uso

⁴⁵⁸ FEELEY, Malcolm. *The process...* Op. cit. p.142.

⁴⁵⁹ FEELEY, Malcolm. *The process...* Op. cit. p.163-164.

⁴⁶⁰ FEELEY, Malcolm. *The process...* Loc. cit. p.163-164.

⁴⁶¹ No contexto brasileiro, embora bons antecedentes não sejam normalmente aceitos como fundamentos idôneos a um tratamento penal mais gravoso, eles costumam figurar como elementos neutros no momento da atribuição da pena, beneficiando o agente primário na substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos.

⁴⁶² GOFFMAN, Erving. *Estigma...* Op. cit. p.82.

⁴⁶³ GOFFMAN, Erving. *Estigma...* Op. cit. p.54-55.

durante a realização de audiências criminais⁴⁶⁴, não obstante a excepcionalidade do uso seja amplamente sustentada no cotidiano forense.

A cerimônia judicial de atribuição da responsabilidade criminal, além de centrada no crime, é notadamente degradante e orientada a esta finalidade, até mesmo porque a degradação pública representa a inferioridade, a debilidade e a derrota do indivíduo, todos estes atributos malquistos pela sociedade e instrumentos de perturbação do processo enquanto ambiente de comunicação social⁴⁶⁵. Contudo, a degradação, a humilhação e o estigma sofridos mais agudamente pelos indivíduos submetidos ao processo já em situação de encarceramento preventivos são elementos de pouco interesse frente às dificuldades mais pragmáticas representadas pela duração do procedimento em si⁴⁶⁶.

De acordo com Malcolm Feeley, a menor preocupação dos réus com o estigma oriundo de uma condenação se justifica principalmente pela existência de condenações anteriores, de forma que o estigma não é exatamente uma novidade negativa e frequentemente já proporcionou a sua inserção em subculturas criminosas nas quais uma má reputação constitui um reforço dos valores compartilhados⁴⁶⁷. Outra circunstância relevante, contudo, é o pragmatismo demonstrado por réus de classes sociais pouco abastadas que privilegiam o tempo presente do processo – e a necessidade de permanecer trabalhando e, por exemplo, cuidando dos filhos, atividades que geralmente entrarão em conflito com o processo em algum momento – em detrimento de uma condenação futura⁴⁶⁸.

Este elemento pragmático adquire uma maior e mais polêmica importância quando a participação quantitativamente maior de indivíduos das classes econômicas mais baixas na Justiça criminal é evidenciada, bem como a de grupos politicamente minoritários como a etnia negra. O pensamento jurídico penal contemporâneo, infelizmente, foi construído sob a premissa da tendência à criminalidade destes grupos de indivíduos em razão do ambiente de

⁴⁶⁴ Este entendimento foi fixado pelo Supremo Tribunal Federal na súmula vinculante nº11: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

⁴⁶⁵ GOFFMAN, Erving. *Embarrassment...* Op. cit. p.266.

⁴⁶⁶ FEELEY, Malcolm. *The process...* Op. cit. p.200-201.

⁴⁶⁷ FEELEY, Malcolm. *The process...* Loc. cit.

⁴⁶⁸ Trata-se aqui dos custos do processo referidos por Malcolm Feeley, os quais transformam o próprio processo criminal na punição aos olhos destes indivíduos. – FEELEY, Malcolm. *The process...* Op. cit. p.200-201, e p.241-242.

pobreza onde viviam ou vivem, o qual provocaria desajustes psicológicos e sociais e a incapacidade de adaptação a um contexto economicamente competitivo⁴⁶⁹.

O processo criminal, enfim, é degradante, orientado ao escopo de humilhação, centralizado no ato criminoso e berço de inúmeros estigmas, e estas características não permitem outra conclusão senão a de que ele instrumentaliza com sucesso o *shaming* eminentemente segregador, não dispondo de ferramentas com as quais os sujeitos processados possam lidar com os sentimentos dolorosos e destrutivos por ele suscitados. A exclusão social proporcionada por ele, contudo, é ainda mais grave em virtude de o seu desfecho frequentemente ser o encarceramento destes sujeitos, garantindo a segregação espacial do grupo estigmatizado e impedindo-o de se aproximar da sociedade de cidadãos que obedecem à lei.

5.4 A instrumentalização do *shaming* reparador: o modelo de conferência familiar para a responsabilização de adolescentes em conflito com a lei

O ambiente familiar é frequentemente apontado no estudo da teoria do *shaming* reparador como o melhor local para colocá-lo em prática, pois ainda que haja desaprovação, sobretudo da conduta dos filhos pelos pais, os vínculos de respeito são geralmente mantidos⁴⁷⁰. Contudo, não é tanto no ambiente familiar, mas com a participação da família que o *shaming* reparador vem sendo colocado em prática, destacando como instrumentalização prática as conferências familiares enquanto cerimônias de reintegração especificamente de adolescentes em conflito com a lei.

Estas conferências familiares além de colocarem em prática a teoria do *shaming* reparador, oferecem uma perspectiva otimista no que tange à redução da reincidência juvenil e à reintegração dos adolescentes a uma teia de laços sociais, mas, ao mesmo tempo, não se concentram apenas neles, buscando também a participação da vítima no processo e conferindo a ela um lugar de fala individual e socialmente produtivo⁴⁷¹. Isso ocorre quando são convidados a se reunirem o adolescente, a vítima, e pessoas que ofereçam apoio e suporte a

⁴⁶⁹ ROLIM, Rivail Carvalho. Culpabilização da pobreza no pensamento jurídico-penal brasileiro em meados do século XX. In.: *História da justiça penal no Brasil: pesquisas e análises*. Org. Andrei Koerner. São Paulo: IBCCRIM, 2006. p.198.

⁴⁷⁰ BRAITHWAITE, John. Shame and... Op. cit. p.56-57.

⁴⁷¹ BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. Conditions of... Op. cit. p.139.

ambos⁴⁷², criando assim um espaço de responsabilização propício à reparação dos laços sociais cindidos naquela relação oriunda do delito praticado.

A participação de pessoas socialmente relevantes ao adolescente e à vítima é, juntamente com a flexibilidade do procedimento, elemento essencial para o sucesso da conferência⁴⁷³. Ambos esses elementos, porém, estão relacionados ao importante papel desempenhado pelo coordenador, responsável por supervisionar o andamento da reunião e provocar o debate entre os participantes⁴⁷⁴, sempre de forma reparadora. O coordenador deve não buscar a neutralidade na sua atuação, mas sim a empatia para com todos os envolvidos, de forma a identificar os interesses privados envolvidos naquela cerimônia de responsabilização, ao mesmo tempo em que representa o interesse público consubstanciado na defesa das leis⁴⁷⁵.

Procedimentalmente, as conferências não possuem regras estritamente definidas, podendo se realizar com a participação de um ou mais adolescentes envolvidos na prática de um mesmo delito ou espécie de delito, e uma ou mais vítimas – não necessariamente as vítimas daqueles adolescentes especificamente considerados⁴⁷⁶. O adolescente será chamado a descrever o delito, suscitando a desaprovação da vítima e das pessoas presentes para apoiá-los, uma vez que frequentemente os familiares do adolescente se engajarão na reprovação da conduta também⁴⁷⁷.

O coordenador deverá buscar então fomentar o apoio e a aceitação daquele indivíduo pelos participantes da conferência, de maneira que o respeito por ele seja mantido e quaisquer possíveis estigmas não se tornem dominantes em sua identidade⁴⁷⁸. A cerimônia deve proporcionar também oportunidades nas quais a ênfase na empatia e a generosidade entre adolescentes e vítimas possam ocorrer de forma natural⁴⁷⁹, e, por fim, rituais de inclusão

⁴⁷² BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. Conditions of... Op. cit. p.140-141.

⁴⁷³ BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. Conditions of... Op. cit. p.159.

⁴⁷⁴ Na cidade australiana de Wagga o papel do coordenador era desempenhado por sargento da Polícia, enquanto em Auckland, um juiz da infância realizaria tal função. Ambos são figuras de autoridade, mas a conferência permanece no espectro da informalidade, não integrando a persecução formal judiciária. – BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. Conditions of... Op. cit. p.140-141.

⁴⁷⁵ BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. Conditions of... Op. cit. p.147.

⁴⁷⁶ BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. Conditions of... Op. cit. p.140-141.

⁴⁷⁷ BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. Conditions of... Loc. cit.

⁴⁷⁸ BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. Conditions of... Loc. cit.

⁴⁷⁹ De acordo com John Braithwaite e Stephen Mugford, o *shame* não é de fato experimentado quando se exige do adolescente e da sua família gestos como um pedido de desculpas, pois a manipulação se aproxima

como pedidos de desculpas, gestos simbólicos como escrever uma carta ou dar um presente, e a formalização de um acordo entre todas as partes⁴⁸⁰, propiciando a efetiva reintegração.

Contudo, embora não exista um caminho formal para o desenrolar da conferência, é imprescindível que o adolescente admita a sua responsabilidade pessoal, e quando negar haver cometido o delito, ele terá o direito de encerrar a conferência e se submeter ao processo judicial de apuração do delito⁴⁸¹. Admitindo sua responsabilidade pelo ato, a estratégia empregada durante a conferência deverá ser evidenciar este ato, colocando-o como problema a ser solucionado e dissociando-o da pessoa do adolescente, superando desta forma o *shaming* por ele experimentado e formalmente, em certa medida, dissociando este adolescente de uma identidade considerada criminosa⁴⁸².

Para implementar esta estratégia, a participação de pessoas relevantes na vida do jovem é consideravelmente importante, pois elas terão o papel de persuadi-lo da gravidade do comportamento criminoso por ele adotado e oferecer apoio, notadamente à sua reintegração⁴⁸³, porém, nem sempre ela será de fácil alcance. Assim, a importância da conferência e do papel a ser desempenhado deve ser salientada da melhor forma possível para que estas pessoas compreendam o valor que possuem para o adolescente e o apoio que podem fornecer para o reconhecimento e assunção de suas responsabilidades e das consequências dos seus atos^{484 - 485}.

Igualmente difícil, muitas vezes, será persuadir a vítima a participar da conferência, embora seu papel seja bastante importante na comunicação da falta de consideração demonstrada pelo cometimento do crime⁴⁸⁶. O coordenador pode, nesse contexto, enfatizar seus interesses particulares de reparação do dano, por exemplo, o interesse público em

perigosamente da degradação, devendo a cerimônia somente buscar fornecer ao adolescente as ferramentas para que ele chegue a esse resultado. – BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. Conditions of... Op. cit. p.150.

⁴⁸⁰ BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. Conditions of... Op. cit. p.154.

⁴⁸¹ BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. Conditions of... Op. cit. p.160.

⁴⁸² BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. Conditions of... Op. cit. p.146-147.

⁴⁸³ BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. Conditions of... Op. cit. p.142-144.

⁴⁸⁴ BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. Conditions of... Loc. cit.

⁴⁸⁵ De acordo com Erving Goffman, ainda que o indivíduo tente disfarçar o mal-estar, nesse caso específico ocasionado pela desaprovação manifestada no curso da conferência, existe um ponto crítico a partir do qual suas emoções afloram de forma que ele não consegue facilmente recobrar a compostura. Este ponto de ruptura, segundo o autor, ocorre perante o grupo afetivo ao qual ele considera pertencer, evidenciando a importância de sua participação. – GOFFMAN, Erving. Embarrassment... Op. cit. p.267.

⁴⁸⁶ BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. Conditions of... Op. cit. p.142-144.

contribuir para afastar este adolescente de um caminho perigoso, bem como o desempenho da cidadania⁴⁸⁷, demonstrando de forma inequívoca que ela é tão importante para aquela cerimônia quanto a pessoa que cometeu o crime, reconhecimento este raramente verificado no curso de um processo judicial⁴⁸⁸.

A cerimônia, no que tange à vítima, viabiliza também a sua reintegração ao tentar resolver sentimentos como o medo e a vergonha, usualmente ignorados⁴⁸⁹ em processos centrados no acusado⁴⁹⁰. Além disso, por meio de sua participação – ainda que relutante – ela terá um vislumbre da perspectiva de vida daquele adolescente, favorecendo a superação de estereótipos comumente repetidos⁴⁹¹, sobretudo pela mídia e por redes sociais. A distância, seja ela física, processual ou social entre a vítima e o ofensor, bem como os estereótipos contribuem para uma ânsia punitiva⁴⁹²⁴⁹³ que, em geral, não subsiste quando estes dois indivíduos trocam suas experiências⁴⁹⁴.

Um resultado mais prático das cerimônias é o comprometimento do adolescente e da sua família à reparação do dano experimentado pela vítima e ao desenvolvimento de algum tipo de serviço comunitário, principalmente quando o comportamento criminoso não redundava em um dado quantificável, embora ambos possam ser combinados para representar os interesses particulares e públicos envolvidos naquela relação⁴⁹⁵. Esse resultado, embora pareça sacrificante, contribui também para reintegração do indivíduo ao auxiliar na

⁴⁸⁷ BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. *Conditions of...* Op. cit. p.148.

⁴⁸⁸ A conferência familiar assume aqui um valor eminentemente político também, ao proporcionar a satisfação dos interesses e sentimentos da vítima de uma maneira que a Justiça não consegue fazer. – BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. *Conditions of...* Op. cit. p.142-144.

⁴⁸⁹ BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. *Conditions of...* Op. cit. p.155.

⁴⁹⁰ Outro argumento político em favor das conferências é a sua centralização não apenas no acusado, mas na vítima e na família em igual proporção, o que, de acordo com Braithwaite, apazigua tanto os interesses mais progressivos quanto os mais conservadores. – BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. *Conditions of...* Op. cit. p.165.

⁴⁹¹ BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. *Conditions of...* Op. cit. p.145-146.

⁴⁹² A sensibilidade penal contemporânea, de acordo com Michael Tonry, favorece a ascensão de políticas públicas marcadas pela demanda por punições desproporcionais para determinados delitos ao argumento de que a opinião pública assim deseja – o que, de acordo com o raciocínio proposto, seria agravado pela distância física e social que a sociedade guarda do ofensor e da sua história de vida e os estereótipos nos quais ele é enquadrado. – TONRY, Michael. *Thinking about crime: sense and sensibility in American penal culture*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p.141-143.

⁴⁹³ Nesse mesmo sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Marías. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.64 e 68-69.

⁴⁹⁴ BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. *Conditions of...* Op. cit. p.148-149.

⁴⁹⁵ BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. *Conditions of...* Op. cit. p.148.

restauração de sua posição enquanto cidadão que respeita as leis e é respeitado por si mesmo e pelos demais atores sociais⁴⁹⁶, e será, em geral, formalizado em um acordo produzido por todos os participantes durante a cerimônia⁴⁹⁷.

A conferência, por fim, não está completamente acima da possibilidade de falhas, e seria bastante ingênuo ou utópico esperar que uma reunião de algumas horas pudesse solucionar problemas muitas vezes estruturais de uma família, comunidade ou sociedade⁴⁹⁸. Quando o acordo formalizado não é cumprido, ou quando aquele adolescente volta a adotar comportamentos criminosos, os participantes e o coordenador devem aceitar uma parcela da responsabilidade pela falha em não proporcionar um apoio suficiente e eficiente a ele, e insistir na realização de nova cerimônia, ainda que ela não tenha demonstrado funcionar, pois a alternativa será direcioná-lo a um sistema substancialmente mais prejudicial a uma hipotética carreira criminosa⁴⁹⁹. Em última análise, é sempre mais desejável insistir uma estratégia que não contribui para solucionar, mas também não agrava o problema⁵⁰⁰.

⁴⁹⁶ BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. Conditions of... Loc. cit.

⁴⁹⁷ BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. Conditions of... Op. cit. p.161.

⁴⁹⁸ BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. Conditions of... Op. cit. p.162-163.

⁴⁹⁹ BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. Conditions of... Loc. cit.

⁵⁰⁰ BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. Conditions of... Loc. cit.

6. CONCLUSÃO: O INSTITUTO DA REMISSÃO À LUZ DA TEORIA DO *SHAMING* REPARADOR

A hipótese de pesquisa sobre a qual este trabalho se assenta reconhece o instituto da remissão previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente como uma importante e inovadora ferramenta que viabiliza o acesso a recursos extrajudiciais na atribuição da responsabilidade ao adolescente em conflito com a lei, sobretudo em razão da prioridade constitucional do interesse das pessoas em peculiar condição de desenvolvimento. É, portanto, no contexto de desta informalidade e do componente extraprocessual entremeadado ao instituto – em contraposição ao modelo formal de persecução judiciária – que este trabalho se estabelece, explorando a possibilidade da remissão enquanto meio de responsabilização deste grupo etário de maneira efetiva, proporcional e reintegradora.

O marco teórico proposto para orientar esta análise é a teoria do *shaming* reparador desenvolvida por John Braithwaite e mapeada em tópico anterior. A teoria sugere, para evitar as consequências indesejáveis oriundas ou favorecidas pelo *shaming* segregador presente em momentos de expressão da desaprovação frente à violação do ordenamento jurídico penal, os subsequentes gestos de reparação dos laços sociais do indivíduo sobre quem o *shaming* foi projetado, proporcionando a sua reintegração à comunidade⁵⁰¹ e evitando, desse modo, a segregação social e o acolhimento em grupos formados por indivíduos portadores dos mesmos estigmas, constituindo um cenário de subculturas delinquentes as quais incentivam a continuidade delitiva⁵⁰².

A partir da descrição das conferências familiares realizadas na Austrália, o autor descreve um modelo de responsabilização extraprocessual razoavelmente estruturado no qual o adolescente é convidado a narrar sua conduta, suscitando desta forma a desaprovação da vítima e pessoas presentes para amparar a ambos e, na sequência, são fomentados os gestos de apoio e reintegração direcionados a ele, garantindo a neutralização de possíveis estigmas antes do seu nascimento por meio da manutenção do respeito e da empatia⁵⁰³. Este modelo, principalmente por demonstrar a instrumentalização do *shaming* reparador direcionado à população juvenil, oferece à pesquisa parâmetros por intermédio dos quais é possível verificar

⁵⁰¹ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. p.101.

⁵⁰² BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. p.103.

⁵⁰³ BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. *Conditions of...* Op. cit. p.140-141.

agora o potencial da remissão enquanto mecanismo de responsabilização desta parcela populacional de forma efetiva, proporcional e reintegradora.

Isso se dará por meio da verificação da viabilidade da projeção do *shaming* reparador consoante a teoria e a estrutura das conferências explorada por Braithwaite em cada uma das possibilidades de aproveitamento do instituto elencadas anteriormente, quais sejam, a remissão como (a) ferramenta de extinção da instância formal persecutória, (b) instrumento capaz de estimular a reparação do dano e dos efeitos da conduta delituosa, e, por fim, (c) ferramenta de justiça restaurativa.

6.1 A remissão como ferramenta de extinção da instância formal persecutória

Muito embora o estudo da remissão frequentemente a associe ao perdão judicial e à transação penal, é a natureza de um encaminhamento diverso do processo infracional que aproxima o instituto da noção de *diversion* adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas⁵⁰⁴ e o estabelece como ferramenta de extinção da instância formal persecutória. Principalmente quando concedida pelo representante do Ministério Público, impedindo a formação do instrumento processual, o jovem em conflito com a lei é subtraído deste processo e das consequências negativas de uma eventual condenação. Assim, a mera subtração já se traduz em benefícios ao adolescente, evitando a sua participação em uma cerimônia orientada majoritariamente à sua degradação⁵⁰⁵, notadamente por intermédio da instrumentalização do *shaming* segregador e do estigma dele decorrente.

Apenas evitar o processo, contudo, não implica na atribuição de responsabilidade a este jovem, nem tampouco garante a sua reintegração à sociedade, pois a participação na oitiva informal e na audiência de apresentação já proporciona o seu contato com expressões de desaprovação pelo ato infracional, de forma que a emoção encerrada no *shame* se fará presente mesmo sem a formação do instrumento processual, e quando não adequadamente endereçada, poderá implicar o surgimento do estigma. A configuração destes encontros com o promotor de justiça e o juiz da infância e juventude, portanto, é que determinará o seu resultado como segregador ou reintegrador.

⁵⁰⁴ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio...* Op. cit. p.135.

⁵⁰⁵ HIRSCH, Andrew von. *Censurar y...* Op. cit. p.131-132.

Para um resultado reintegrador a comunicação da desaprovação deve alcançar especificamente o ato infracional, dissociando-o do adolescente e preservando-o enquanto pessoa respeitada e digna, e a ela deverão seguir gestos de reintegração e de reconhecimento deste indivíduo como membro da sociedade, servindo a remissão, inclusive, como gesto de reparação dos vínculos sociais cindidos pela conduta. Uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê apenas a participação do jovem e seus pais ou responsável, além e do representante do Ministério Público ou do Judiciário, caberá a estes expressarem tanto a desaprovação quanto os gestos de reintegração ao concederem o benefício, o que pode gerar certa confusão de papéis.

O promotor e o juiz estarão representando não apenas o Estado que reage à violação de uma norma ao comunicar a desaprovação, mas também a sociedade da qual aquele indivíduo continuará sendo membro, quando da expressão dos gestos reintegradores e da concessão da remissão. Neste contexto, ela não poderá ser utilizada como instrumento de barganha ou “segunda chance” em um discurso cujo objetivo seja o de inculcar o temor no seu recipiente, mas sim como um incentivo ao reconhecimento do jovem de sua própria responsabilidade por seus atos em um ambiente de amparo e acolhimento, sem que ocorra qualquer atribuição de culpa processual em sentido amplo.

No que tange à responsabilização, ela será mais efetiva quando redundar de um processo interno do adolescente em um ambiente de estímulos externos como a conscientização acerca do regramento jurídico violado por sua conduta e das consequências oriundas deste ato infracional, tanto à vítima quanto a si próprio, aos parentes e amigos, e à sociedade no geral. Ela também será proporcional ao observar a peculiar condição deste indivíduo como pessoa em formação, principalmente da sua personalidade, subtraindo-o dos efeitos negativos da persecução formal e eventual condenação. Por fim, será reintegradora quando a sua posição enquanto sujeito de direitos e parte de uma comunidade for respeitada e reparada.

O procedimento de concessão do instituto da remissão não pressupõe a presença da vítima ou de outras pessoas que não as legalmente consideradas responsáveis por ele no seu concerto, ficando comprometida a estrutura das conferências familiares descrita por John Braithwaite. Neste momento, contudo, não serão sugeridas quaisquer mudanças no regramento do Estatuto para examinar a possibilidade de responsabilização pelo instituto da maneira como ele foi previsto pelo Legislativo enquanto ferramenta de extinção da instância

formal persecutória assim especificamente considerada. Ademais, porquanto as suas potencialidades restantes demandam uma maior participação de outros atores, serão necessários alguns ajustes e sugestões.

6.2 A possibilidade de reparação do dano e seus efeitos

A obrigação de reparar o dano sempre que do ato infracional decorram reflexos patrimoniais, principalmente na forma de prejuízos experimentados pela vítima, foi prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em seu rol de medidas socioeducativas. No entanto, para pensar o instituto da remissão como mecanismo de atribuição da responsabilidade ao adolescente de forma efetiva, proporcional e reintegradora a partir da reparação do dano ou alcançando-a como resultado, é necessário distanciá-la da sua concepção enquanto medida socioeducativa em virtude do componente de obrigatoriedade oriundo da sua imposição pelo Judiciário independentemente de se associar a ela um caráter sancionatório ou negá-lo.

É por meio do reconhecimento da sua responsabilidade – este não implicando a confissão, nem tampouco acarretando efeitos processuais – que o adolescente se conscientiza da norma jurídica infringida⁵⁰⁶ e será confrontado com as consequências do ato infracional, integrando este processo o oferecimento da possibilidade de reparação do dano enquanto uma ação voluntária, e não impositiva⁵⁰⁷. Esta oportunidade, aliás, não deve ser oferecida somente a quem houver lhe dado causa, mas também a quem houver experimentado seus efeitos, pois a característica da voluntariedade deve se fazer presente tanto na manifestação de um quanto de outro, possibilitando, inclusive, que ambos participem da construção de uma solução.

Este processo mediado de reconhecimento da responsabilidade e subsequente conformação de um acordo de reparação do dano em prestações justas e até mesmo reduzidas ou simbólicas, de modo a caber nas possibilidades econômicas do adolescente⁵⁰⁸, guarda uma maior semelhança com a estrutura descrita por John Braithwaite nas conferências familiares, as quais, por sua vez, frequentemente chegam também a esse tipo de compensação⁵⁰⁹. Dessa

⁵⁰⁶ ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *La reparación...* Op. cit. p.447-448.

⁵⁰⁷ ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *La reparación...* Op. cit. p.393-394.

⁵⁰⁸ ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *La reparación...* Op. cit. p.396-397.

⁵⁰⁹ BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. *Conditions of...* Op. cit. p.148.

forma, a desaprovação é comunicada em maior medida pela vítima quando expõe as consequências e prejuízos decorrentes do ato infracional, e a reparação dos laços sociais poderá ser manifestada por meio da remissão, incentivando um acordo consensual de reparação destas consequências e prejuízos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, contudo, não alude à realização de um encontro mediado e não prevê a presença da vítima senão em sua posição processual costumeira, seja na oitiva informal realizada junto ao Ministério Público, seja no momento da audiência de apresentação, quando o benefício for concedido pelo juiz. Para garantir a característica da voluntariedade em uma eventual reparação do dano, estes indivíduos poderão permitir a participação da vítima no procedimento, mediando a reunião, e em não sendo esta hipótese possível, deverão oferecer também a ela, em separado, a oportunidade de aceitar um acordo de reparação dos prejuízos experimentados enquanto desfecho do processo de desaprovação da conduta infracional e reintegração do adolescente à sociedade.

O acordo de reparação dos danos por si só não compromete o potencial da remissão em incentivar a admissão da responsabilidade pelo ato infracional de maneira efetiva, proporcional e reintegradora, consoante a conclusão do tópico anterior. A voluntariedade exigida neste acordo, porém, implica a possibilidade de o adolescente não aceitá-lo, e para garantir o não comprometimento do instituto, esta opção deverá ser acolhida. Havendo o reconhecimento da responsabilidade, ele deverá ser convidado a expor seus motivos para recusar a oportunidade de reparar o dano, possibilitando assim a discussão de caminhos alternativos ou, se o processo de responsabilização for compreendido como suficiente, da desnecessidade de um acordo nesse sentido.

Do contrário, a insistência pela necessidade da reparação coercitiva impede que ela seja vista como decorrência de um processo que instrumentaliza o *shaming* reparador, mas sim como uma medida socioeducativa subordinada a um processo judicial para ser decretada. Se, ainda assim, for imposta junto à remissão, corre-se o risco de esta abandonar o seu potencial reintegrador, sujeitando o adolescente aos efeitos nefastos de um *shaming* segregador extraprocessual.

6.3 A remissão como ferramenta da justiça restaurativa

Adotando-se o conceito mais difundido de justiça restaurativa como o processo por meio do qual todos os indivíduos que possuam interesse em uma ofensa específica ao ordenamento jurídico se reúnem com o escopo de decidir como lidar com as suas consequências e implicações futuras⁵¹⁰, a presença do *shaming* nestas conferências é facilmente identificável, sobretudo quando a vítima e o grupo de participantes orientados a apoiá-la expõem as consequências desta ofensa⁵¹¹. A participação de pessoas em amparo do autor será então voltada a comunicar a reintegração deste indivíduo à comunidade⁵¹², possibilitando a instrumentalização de um *shaming* reparador.

Ocorrendo assim a ampliação do núcleo de indivíduos envolvidos na solução do conflito infracional que se dará em um modelo de reunião bastante semelhante ao verificado por John Braithwaite nas conferências familiares nas quais o *shaming* reparador é frequentemente instrumentalizado, é possível concluir que as duas teorias possuem grande afinidade. A dificuldade aqui, no entanto, reside no ajuste da teoria da justiça restaurativa ao regramento legal previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, servindo o instituto da remissão como mecanismo a viabilizar a adoção daquela ao subtrair o adolescente em conflito com a lei da persecução realizada pela justiça convencional.

O Estatuto, porém, privilegia os modos e técnicas da justiça convencional ainda quando o processo de apuração do ato infracional não for iniciado, desprezando, principalmente nestes casos, uma maior participação da vítima e de outros indivíduos relevantes na vida dela e do adolescente em favor de uma solução que, embora informal, não será necessariamente reparadora.

Dessa forma, a justiça restaurativa em si possui o potencial de incentivar o reconhecimento pelo jovem em conflito com a lei da sua responsabilidade pelo ato infracional a partir de uma instrumentalização reparadora do *shaming*, de forma, portanto, efetiva e proporcional, principalmente ao não fomentar a reincidência e favorecer uma maior

⁵¹⁰ BRAITHWAITE, John. *Restorative justice...* Op. cit. p.11. SHERMAN, Lawrence. STRANG, Heather. *Restorative...* Op. cit. p.32.

⁵¹¹ BRAITHWAITE, John. *Restorative justice...* Op. cit. p.141.

⁵¹² BRAITHWAITE, John. *Restorative justice...* Op. cit. p.74.

integração da vítima ao processo de resolução do conflito nascido da conduta infracional⁵¹³. Todavia, ainda que o Estatuto da Criança e do Adolescente incentive a resolução extraprocessual do ato infracional, podendo a remissão vir a viabilizá-la neste contexto, a implementação da justiça restaurativa encontra obstáculos bastante relevantes do ponto de vista procedimental.

6.4 Considerações finais

Partindo de um tratamento jurídico indiferenciado, e ultrapassando uma etapa tutelar caracterizada pela ideia do superior interesse do menor como justificativa para uma atuação amplamente discricionária⁵¹⁴ e notadamente seletiva, alcançando somente as crianças e os adolescentes abandonados ou em conflito com a lei, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente deixam no passado um caminho cheio de obstáculos no que tange ao reconhecimento deste grupo etário enquanto sujeitos de direitos. A previsão constitucional da absoluta prioridade no atendimento aos direitos da infância e da juventude, bem como da peculiar condição de pessoas em desenvolvimento⁵¹⁵, pavimentam uma estrada moderna e afinada com o panorama legislativo internacional, consolidando um sistema de justiça juvenil⁵¹⁶ o qual se estabelece sob a égide da Doutrina da Proteção Integral.

O instituto da remissão como forma de exclusão, suspensão ou extinção do processo socioeducativo surge de uma recomendação bastante celebrada deste sistema em favor de soluções alternativas às instâncias judiciais de persecução do ato infracional. Entretanto, muito embora o Estatuto se aproxime do seu aniversário de trinta anos, o interesse acadêmico por ele suscitado ainda é tímido diante do seu potencial para a atribuição da responsabilidade ao jovem em conflito com a lei de maneira efetiva, proporcional e reintegradora, prevalecendo a sua utilização como meio de desafogar a máquina judiciária, e evitando indiretamente os efeitos nocivos do processo⁵¹⁷, embora sem uma preocupação maior com os efeitos de uma utilização marcada pelo *shaming* segregador.

⁵¹³ SHERMAN, Lawrence. STRANG, Heather. *Restorative...* Op. cit. p.13.

⁵¹⁴ SILVA, Bruno César da. *Defensoria pública...* Op. cit. p.12.

⁵¹⁵ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Artigo 6º... Op. cit. p.59.

⁵¹⁶ BELOFF, Mary. *Los nuevos...* Op. cit. p.186.

⁵¹⁷ SILVA, Roberto Batista Dias da. *A remissão para...* Op. cit. p.117.

Os questionamentos relacionados à legitimidade da concessão da remissão, sobretudo no que tange à atuação ministerial, possuem como substrato o justo receio do retorno de uma doutrina pautada pelo melhor interesse da criança e do adolescente⁵¹⁸ enquanto argumento a fundamentar decisões as quais desprezam em certa medida os direitos e garantias, principalmente processuais, bem como a noção de que estes indivíduos são sujeitos de direitos e não apenas recipientes da compaixão dos juristas. Aqui reside a importância do marco teórico escolhido, pois ao associar expressões de desaprovação pelo ato infracional a gestos de reintegração do adolescente à comunidade, a teoria do *shaming* reparador preserva a sua condição material – e não apenas processualmente formal – de sujeito de direitos.

Alguns questionamentos, notadamente relacionados às características sociais conducentes ao *shaming* reparador, quais sejam, a interdependência e o comunitarismo⁵¹⁹, dificultam por sua vez a aceitação da teoria enquanto opção viável de atribuição da responsabilidade em sociedades onde tais características não são predominantes. A experiência das conferências familiares também demonstra de forma realista a aplicação prática da teoria, reconhecendo momentos de falha porquanto a sociedade, a comunidade e até mesmo as famílias apresentam problemas estruturais dificilmente solucionáveis em uma reunião voltada ao ato infracional.

O objetivo deste trabalho, contudo, não é o de apresentar uma solução absolutamente infalível, mas uma cujas falhas não importem em um agravamento da realidade experimentada pelos adolescentes em conflito com a lei submetidos ao processo infracional e, frequentemente, à medida socioeducativa de internação enquanto instrumento de sua responsabilização. As conferências familiares demonstram uma aplicação eficaz da teoria do *shaming* reparador, e mesmo quando ineficientes, não contribuem de forma contundente para o agravamento da situação da criminalidade juvenil⁵²⁰, o que já representa uma vitória.

É isto, portanto, que este trabalho reconhece como potencial mais relevante da aplicação do instituto da remissão previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente: a viabilidade de um processo no qual o jovem participa ativamente do reconhecimento de sua responsabilidade pelo ato infracional por intermédio do contato com a norma jurídica violada e com as consequências produzidas – oportunizando também a participação da vítima –, os

⁵¹⁸ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo...* Op cit. p.53.

⁵¹⁹ BRAITHWAITE, John. *Crime, shame...* Op. cit. p.84.

⁵²⁰ BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. *Conditions of...* Op. cit. p.162-163.

quais comunicam a desaprovação pelo ato, seguindo-se os gestos de reintegração deste indivíduo enquanto sujeito de direitos e membro da sociedade. A responsabilização assim fomentada será efetiva, proporcional e reintegradora, obedecendo ao sistema de proteção integral, fundado no superior interesse e na peculiar condição de pessoas em desenvolvimento e instituído pela Constituição Federal.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*. Valencia: Tirant de lo Blanch, 2000.

AMARAL, Cláudio do Prado. *Despenalização pela reparação de danos: a terceira via*. Leme: J.H. Mizuno, 2005.

_____. Maioridade penal e cláusula pétrea. In.: *Anais do seminário "Impactos jurídicos e socioeconômicos da redução da maioridade penal"*. Coord. Cláudio do Prado Amaral. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, 2015. p.07-17. Disponível em: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/files/Anais_Seminario_Red_Impact_Idade_Penal_ISBN_978-85-62593-16-1.pdf> Acesso em: 19 ago 2016.

ASSUMPÇÃO, André Del Grossi. Polêmica sobre a remissão na Lei nº 8.069/90. In.: *Boletim IBCCrim*. n.172. p.04-05. Mar 2007.

BEE, Helen. *Pessoa em desenvolvimento*. São Paulo: Harper & Row, 1984.

BELOFF, Mary. Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina. In.: *Justicia y derechos del niño*. UNICEF, 2007.

BOTCHKOVAR, Ekaterina. *Theoretical improvement of Braithwaite's reintegrative shaming theory: specifying contingencies for the process of shaming*. Raleigh: North Carolina State University, 2005.

BRAITHWAITE, John. MUGFORD, John. Conditions of successful reintegration ceremonies: dealing with juvenile offenders. In.: *The British Journal of criminology*. vol.34. n.02. mar-jun. 1994. p.139-171. Disponível em: <https://www.anu.edu.au/fellows/jbraithwaite/_documents/Articles/Conditions_Successful_1994.pdf> Acesso em: 10 abr 2018.

BRAITHWAITE, John. *Crime, shame and reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

_____. *Restorative justice and responsive regulation*. Oxford University Press: Nova York: 2002. Disponível em: <<http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/06/Restorative-Justice-and-Respon.pdf>> Acesso em: 09 abr 2018.

_____. Shame and modernity. In.: *The British Journal of criminology*. vol. 33. n.01. jun-set. 1993. p.01-18. Disponível em: <http://www.anu.edu.au/fellows/jbraithwaite/_documents/Articles/Shame_Modernity_1993.pdf> Acesso em: 12 abr 2018.

CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. In.: *Justicia y derechos del niño*. UNICEF, 2007.

COLÁS TURÉGANO, Asunción. *Derecho penal de menores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras de Pequim*: regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de menores. coord. Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/2166fd6e650e326d77608a013a6081f6.pdf>> Acesso em 25 mai 2017.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *As bases éticas da ação socioeducativa*: referenciais normativos e princípios norteadores. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006.

_____. *Por uma política nacional de execução das medidas socioeducativas*: conceitos e princípios norteadores. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006.

CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*: comentários jurídicos e sociais. Coord. Munir Cury. 11 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

FEELEY, Malcolm. *The process is the punishment*: handling cases in a lower criminal court. Nova York: Russel Sage Foundation, 1992.

GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. São Paulo: Atlas, 2014.

GOFFMAN, Erving. Embarrassment and social organization. In.: *American Journal of Sociology*. vol.62. n.03. Chicago: University of Chicago Press, 1956. p.264-271. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2772920>> Acesso em: 19 abr 2018.

_____. *Estigma*: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2012.

HIRSCH, Andrew von. *Censurar y castigar*. Trad. Elena Larrauri. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Processo penal juvenil*: a garantia da legalidade na execução de medidas socioeducativas. São Paulo: Malheiros, 2006.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo de Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente*: aspectos teóricos e práticos. Coord. Kátia Regina Ferreira Lobo de Andrade Maciel. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARÇURA, Jurandir Norberto. A remissão no Estatuto da Criança. In.: *Estatuto da criança e do adolescente*: lei 8.069/09: estudos sócio-jurídicos. coord. Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

- MASSA, Patricia Helena. A menoridade penal no direito brasileiro. In.: *Revista brasileira de ciências criminais*. n. 4. Out-Dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MUSSI, Breno Moreira. Breve contribuição do debate sobre a aplicação de medidas sócio-educativas ao adolescente nos casos de remissão concedida pelo Ministério Público. In.: *Revista dos Tribunais*. vol.680. Jun 1992.
- NUSSBAUM, Martha C. *Hiding from humanity: disgust, shame and the Law*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2004.
- PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- PINTO, Simone Montez. Polêmica constitucional do princípio da oportunidade na remissão. In.: *Revista dos Tribunais*. vol.694. 1993.
- RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Fundamentos do direito penal brasileiro: lei penal e teoria geral do crime*. São Paulo: Atlas, 2010.
- ROIG TORRES, Margarita. *La reparación del daño causado por el delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- ROLIM, Rivail Carvalho. Culpabilização da pobreza no pensamento jurídico-penal brasileiro em meados do século XX. In.: *História da justiça penal no Brasil: pesquisas e análises*. Org. Andrei Koerner. São Paulo: IBCCRIM, 2006.
- ROSA, Alexandre Morais da. Ato infracional, remissão, advogado e garantismo. In.: *Boletim IBCCrim*. n.132. p.06-07. Nov 2003.
- ROSSATO, Luciano Alves. CUNHA, Rogério Sanches. LÉPORE, Paulo Eduardo. *Estatuto da criança e do adolescente: comentado artigo por artigo*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SAAD-DINIZ, Eduardo. A proteção penal do menor: entre a medida socioeducativa e a repressão ao inimigo. In.: *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. v.08. n.45. dez-jan. p.71-82. Porto Alegre.
- SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente e responsabilidade penal: da indiferença à proteção integral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.
- _____. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.
- _____. Reflexões sobre o instituto da remissão e o estatuto da criança e do adolescente. In. Juizado da Infância e Juventude. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande

do Sul, Corregedoria Geral da Justiça. n.1. Nov. 2003. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003. Disponível em: [<http://jjj.tjrs.jus.br/paginas/material-de-apoio/edicao-05.pdf>] Acesso em: 25 mai 2017.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SHERMAN, Lawrence. STRANG, Heather. *Restorative justice: the evidence*. Londres: The Smith Institute, 2007. Disponível em: <http://www.iirp.edu/pdf/RJ_full_report.pdf> Acesso em: 10 abr 2018.

SILVA, Bruno César da. *Defensoria pública e a participação processual de crianças e adolescentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SILVA, Roberto Batista Dias da. *A remissão para exclusão do processo como direito dos adolescentes: uma interpretação conforme a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

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

TONRY, Michael. *Thinking about crime: sense and sensibility in American penal culture*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

TRIPOLI, César. *História do direito brasileiro*. vol.02. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1936.

VIVAS, Marcelo Dayrell. Direito à proteção integral e a apuração da prática de ato infracional: a remissão (extra-) judicial como direito do adolescente a medidas despenalizadoras e à transação socioeducativa. In. *Temas aprofundados da Defensoria Pública*. Org. Alúcio Iunes Monti Ruggeri Ré. Gustavo Augusto Soares dos Reis. vol.2. p.925-965. Salvador: Editora JusPODIVIM, 2014.

VOLPI, Mário. *O adolescente e o ato infracional*. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2005.

_____. *Os adolescentes e a lei: o direito dos adolescentes, a prática de atos infracionais e sua responsabilização*. Brasília: ILANUD, 1998.

_____. *Por uma política nacional de execução das medidas socioeducativas: conceitos e princípios norteadores*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006.

WHITMAN, James Q. What is wrong with inflicting shame sanctions? In.: *The Yale Law Journal*. vol. 107. 1997-1998. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/655> Acesso em: 23 jun 2012.