

CRÍTICAS AO DIREITO PENAL JUVENIL

Criticism of the Juvenile Criminal Law

LUIS FERNANDO DE FRANÇA ROMÃO

Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP. Pós-graduando em Ciências Criminais e Segurança Pública na Faculdade de Direito da UERJ. Pós-graduado em Direito Especial da Criança e do Adolescente pela Faculdade de Direito da UERJ. Bacharel em Direito, com ênfase em Estado e Sociedade, pela PUC-Rio. Advogado.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo sistematizar as críticas dirigidas ao Direito Penal Juvenil através do método dogmático analítico conceitual, utilizando-se, pois, os conceitos doutrinários tanto do Direito Penal quanto do Direito da Criança e do Adolescente, analisando como eles se relacionam. Após a exposição dos principais fundamentos e referenciais teóricos do Direito Penal Juvenil, as críticas são divididas em dois planos: ideológico e metodológico-científico. Com esse resultado didático de distinção dos planos críticos, conclui-se, pelo enfoque metodológico-científico, que é um equívoco classificar as conexões envolvendo o Direito Penal e uma parte do Direito da Criança e do Adolescente, notadamente a que se refere aos atos infracionais e às medidas socioeducativas, em um microsistema, como sendo um Direito Penal Juvenil.

Palavras-chave: Direito Penal Juvenil; microsistema dos direitos da criança e do adolescente; atos infracionais; medidas socioeducativas.

Abstract: *This article aims to systematize the criticisms directed at Juvenile Criminal Law through the conceptual analytic dogmatic method, using the doctrinal concepts of both the Criminal Law and the Law of the Child and the Adolescent, analyzing how they are relating. After the presentation of the main foundations and theoretical references of Juvenile Criminal Law, the criticisms are divided into two levels: ideological and methodological-scientific. With this didactical result of distinguishing critical levels, it is concluded by the methodological-scientific approach that it is a misnomer to rank the connections involving the Criminal Law and a part of the Law of the Child and the Adolescent, especially that which refers to the infractions acts and to the socioeducatives measures, in a microsystem, as being a Juvenile Criminal Law.*

Keywords: *Juvenile Criminal Law; microsystem of the law of the child and the adolescent; infractions acts; socioeducatives measures.*

1 INTRODUÇÃO

Desde a introdução da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispôs sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, é possível verificar significativas conexões dessa legislação com o Direito Penal, disso resultando uma corrente doutrinária que defende a formação de um Direito Penal Juvenil.

O primeiro e mais importante ponto de conexão com o Direito Penal é a inimputabilidade. Compreendida, pois, como capacidade de culpabilidade, na hipótese de menores de dezoito anos adotou-se, por razões de política criminal, o critério biológico fixado tanto na Constituição de 1988¹ quanto no Código Penal².

Ademais, ato infracional é o segundo mais relevante ponto de conexão do Direito da Criança e do Adolescente com o Direito Penal, tendo-se adotado na legislação especial um conceito por equiparação a partir do artigo 103 da Lei nº 8.069/1990, ao dispor que se considera ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

Dessa maneira, a equiparação conceitual legal de ato infracional com infração penal reverbera em vários outros elementos e conceitos, como no elemento subjetivo dolo ou culpa, ressaltando Guilherme de Souza Nucci que se deve buscar, tal como é feito na análise da infração penal, o elemento subjetivo do ato infracional, mas guardadas as devidas proporções, de modo que o ato infracional há de ser doloso ou culposo para o fato ser relevante para fins de medida socioeducativa.³

O princípio da insignificância também recebe aplicação na Justiça da Infância e da Juventude. No âmbito da Justiça Criminal tal princípio é considerado causa excludente de tipicidade material e ocasiona a absolvição do réu quando há mínima lesividade ao bem jurídico tutelado e, entre outros fatores, as condições pessoais do infrator forem favoráveis a não punição da conduta, como primariedade e bons antecedentes. Assim, nos atos infracionais considerados insignificantes também incide o referido princípio.

¹ Constituição de 1988, Art. 228: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

² Código Penal, Art. 27: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.

³ Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*: em busca da constituição federal das crianças e dos adolescentes. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 355: “[...] se o adulto agindo sem dolo ou culpa, não é punido, com muito mais razão, o menor de 18 anos também não pode sofrer qualquer restrição”.

Além disso, as teorias acerca do tempo do crime possuem relevância para a configuração do ato infracional. O Estatuto da Criança e do Adolescente previu que para efeitos de sua aplicação deve ser considerada a idade do adolescente à “data do fato”⁴, ocorre que “o fato” pode ser tanto a ação, a omissão e/ou o resultado da conduta. Por isso, há conexão com o Direito Penal para adoção da teoria da atividade, reputando-se praticado o ato infracional no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado, sendo, inclusive, a teoria mais benéfica para o adolescente.

Pela prática de atos infracionais incidirão as medidas socioeducativas, configurando-se como uma resposta do Estado à conduta infracional, tendo por objetivo a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional por ele praticado, incentivando a sua reparação, sempre que possível, bem como a integração social do adolescente por meio do cumprimento de plano individual de atendimento por ocasião da execução da medida socioeducativa que lhe for aplicada pela Justiça especializada, e, ainda, a desaprovação da conduta infracional, como dispõe a Lei nº 12.594/2012.

Vale ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça sumulou o entendimento segundo o qual “a prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas” (Súmula 338, STJ). A aplicação do instituto próprio da estrutura penal ao Direito da Criança e do Adolescente tem gerado posicionamentos diversos nos tribunais superiores quanto ao parâmetro e ao modo de se computar a prescrição, havendo julgados em que o tribunal utiliza como base de cálculo da prescrição das medidas socioeducativas a pena máxima cominada em abstrato ao tipo penal correspondente ao ato infracional praticado pelo adolescente⁵, enquanto outras decisões levam em conta o máximo em abstrato para a mais severa medida socioeducativa que é a internação pelo prazo de três anos, prevista na Lei nº 8.069/1990.⁶

A inter-relação entre Código Penal e Estatuto da Criança e do Adolescente mais emblemática se verifica na previsão na lei estatutária de crimes em espécies, tendo a Lei nº 8.069/1990 criado no ordenamento jurídico brasileiro tipos penais incriminadores visando proteger a criança e o adolescente, configurando-se, sob o ponto de vista do Direito Penal, como uma lei penal extravagante, por prever tipos penais fora da estrutura codificada, isto é,

⁴ Estatuto da Criança e do Adolescente, Art. 104, parágrafo único: “Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato”.

⁵ STF, 2ª Turma, HC 88.788, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 22 abr. 2008, DJe 26 jun. 2008.

⁶ STJ, 6ª Turma, HC 236.349/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 5 mar. 2013, DJe 13 mar. 2013.

ao invés de a lei especial infantojuvenil alterar o Código Penal para nele criar novos tipos incriminadores, o fez dentro do próprio Estatuto, ressaltando a necessária relação subsidiária entre a lei especial e o Código.⁷

Esses pontos de conexão entre o Direito da Criança e do Adolescente e o Direito Penal serviram de subsídio para uma corrente envolvendo doutrinadores defendendo a formação de um Direito Penal Juvenil. Por outro lado, diversas críticas também lhes foram direcionadas. Dessa forma, será feita a seguir uma exposição dos principais fundamentos e referenciais teóricos do Direito Penal Juvenil e, após isso, as críticas serão sistematizadas e divididas em dois planos: ideológico e metodológico-científico para, a partir deste, apresentar-se as conclusões considerando um equívoco o Direito Penal Juvenil e defendendo a tese do microsistema de direitos da criança e do adolescente com conexões com o Direito Penal, sem relação de subordinação entre norma geral e norma especial.

2 Principais fundamentos e referenciais teóricos do Direito Penal Juvenil

O Direito Penal Juvenil, quanto à origem, segundo João Batista Costa Saraiva, não seria obra de invenção doutrinária, mas estaria ínsito ao sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente e, segundo o autor, isso seria decorrente de uma efetiva operação hermenêutica.⁸

Ademais, diz-se que o fundamento primeiro do Direito Penal Juvenil é o sistema de responsabilização especial juvenil, frisando-se, neste caso, a existência de natureza penal das medidas socioeducativas. Nesta perspectiva, Sérgio Salomão Shecaira destaca que a referência das medidas socioeducativas é sempre a da pena, de maneira que a advertência corresponde a uma punição que encontra parâmetros na admoestação da suspensão condicional da pena; a obrigação de reparação do dano tem relação com a prestação pecuniária assemelhando-se com as condicionantes para concessão da suspensão condicional da pena e do livramento condicional; a prestação de serviços à comunidade é similar em tudo com a modalidade de pena restritiva de direitos; a liberdade assistida é um parâmetro legal

⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente, Art. 225: “Este Capítulo dispõe sobre crimes praticados contra a criança e o adolescente, por ação ou omissão, sem prejuízo do disposto na legislação penal”. Art. 226: “Aplicam-se aos crimes definidos nesta Lei as normas da Parte Geral do Código Penal e quanto ao processo, as pertinentes ao Código de Processo Penal”.

⁸ SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 102.

aproximado da suspensão condicional da pena; o regime de semiliberdade é uma perspectiva juvenil do sistema progressivo das penas privativas de liberdade; e a internação é o principal eufemismo para as penas privativas de liberdade.⁹

Soma-se a esta visão também Antonio Fernando do Amaral e Silva, para quem, embora as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente possuam caráter predominantemente pedagógico, elas pertenceriam ao gênero das penas, não passando, pois, de sanções impostas aos jovens.¹⁰

Nesse mesmo sentido, Karyna Batista Sposato defende que, com relação à intensidade e à extensão das consequências previstas com a prática da infração penal, a medida socioeducativa teria “evidente natureza penal”, representando, com isso, o exercício do poder coercitivo do Estado e implicando uma limitação ou restrição de direitos e, ainda, sob a perspectiva estrutural qualitativa, não haveria diferenciação das penas, cumprindo igual papel de controle social e “possuindo iguais finalidades e idêntico conteúdo”.¹¹

Com efeito, segundo a autora, haveria uma relação do Direito Penal Juvenil ou Direito Penal de Adolescentes com uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes, cujos elementos seriam a definição do Direito Penal Juvenil, o conceito de ato infracional, a natureza da medida socioeducativa, a inimputabilidade penal etária ou imputabilidade penal *sui generis* dos adolescentes e as dimensões de uma culpabilidade específica dos menores de dezoito anos.¹²

Observa-se ainda como fundamento para a formação do Direito Penal Juvenil o reconhecimento pelos tribunais superiores da aplicação do instituto da prescrição às medidas socioeducativas, notadamente com a edição da súmula 338 pelo Superior Tribunal de Justiça. Segundo Sérgio Salomão Shecaira, isso seria “o exemplo mais característico da importância da adoção de padrões penais” no Direito da Criança e do Adolescente.¹³

⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 192-193.

¹⁰ AMARAL E SILVA, Antonio Fernando do. O Estatuto da Criança e do Adolescente e sistema de responsabilidade penal juvenil ou o mito da inimputabilidade penal. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006, p. 58.

¹¹ SPOSATO, Karyna Batista. *Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 66-67.

¹² *Ibid.*, p. 137.

¹³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Op. cit.*, p. 195.

Quanto à configuração jurídica, defende o autor que o Direito Penal Juvenil seria uma área do Direito Penal, ou subsistema penal, ou, ainda, um ramo do Direito Penal:

[...] Entre as inúmeras *áreas do Direito Penal*, pouquíssimas foram – e são – tão abandonadas quanto o Direito Penal Juvenil. [...] as normas que regulam a responsabilidade penal dos menores pertencem ao Direito Penal por contemplarem situações nas quais se impõem consequências jurídico-penais aos autores da infração. A intervenção do *ius puniendi* nasce única e exclusivamente da existência de um fato definido pelo ordenamento penal como sendo criminoso, quando cometido por pessoa entre 12 e 18 anos. Os procedimentos processuais criados por esse *subsistema penal* devem obedecer aos direitos fundamentais e às garantias processuais das pessoas envolvidas com o processo, não cabendo qualquer dúvida da adoção de um sistema de garantias que deve observar o devido processo legal, com direito a um julgamento justo, com duplo grau de jurisdição, etc. [...] a dualidade da identificação entre ato infracional e crime ou contravenção não passa de um eufemismo, que na essência permite ainda mais compreender o estudo do tema como de um *ramo do Direito Penal*.¹⁴ (*grifo nosso*)

Ainda nesse diapasão, Karyna Batista Sposato, com referência a Higuera Guimerá, assinala que o Direito Penal Juvenil é uma ciência dogmático-jurídica, constituindo-se, segundo a autora, em um setor especializado da dogmática penal, através de um sistema de direito positivo juvenil com a missão de interpretação dos preceitos penais.¹⁵

Com efeito, seus principais autores enfrentaram as resistências encontradas para o maior desenvolvimento e aceitação do Direito Penal Juvenil no Brasil e não pouparam críticas aos que lhe rejeitaram adesão, por supostamente seus opositores terem abandonado os conceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente, por serem apegados aos antigos dogmas do menorismo ou serem abolicionistas penais.¹⁶

Chega-se a afirmar, inclusive, que parte da doutrina brasileira seria atrasada por resistir a aceitação da existência de um Direito Penal Juvenil. Para Karyna Sposato, a negação da índole penal das medidas socioeducativas e, por consequência, do suposto modelo de responsabilidade penal juvenil desenhado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para

¹⁴ *Ibid.*, p. 13, 139 e 172.

¹⁵ SPOSATO, Karyna Batista. *Op. cit.*, p. 142.

¹⁶ SARAIVA, João Batista Costa. *Op. cit.*, p. 105: “A não admissão de um sistema penal juvenil, de natureza sancionatória, significa o apego aos antigos dogmas do menorismo, que não reconhecia no ‘menor’ a condição de sujeito. Ou significa um discurso de abolicionismo penal. Na questão do menorismo o discurso tem sido de operação com os dispositivos do Estatuto, porém com a lógica da Doutrina da Situação Irregular. Na outra hipótese será o imaginar ingênuo de que apenas o debate sociológico poderá equacionar a questão da responsabilidade juvenil”.

administrar os delitos praticados na adolescência, tem favorecido interpretações demagógicas da legislação e por isso se evoca, segundo a autora, a indeterminação do prazo de duração das medidas e o descabimento de regras e princípios processuais penais, de modo que tudo isso configuraria um “neomenorismo” fundado em uma pretensa proteção, mas com ausência de limites para a intervenção socioeducativa.¹⁷

Não obstante, Sérgio Salomão Shecaira reconhece, em uma espécie de autocrítica, que o Direito Penal Juvenil, todavia, parte de uma premissa paradoxal, pois a responsabilização do adolescente é sustentada exatamente com base no instrumental do Direito Penal, quando é o próprio Direito Penal que nega a imputabilidade penal a crianças e adolescentes.¹⁸

3 SISTEMATIZAÇÃO DAS CRÍTICAS AO DIREITO PENAL JUVENIL

As críticas com refutação ou resistência doutrinária à existência de um Direito Penal Juvenil podem ser divididas em dois planos: ideológico e metodológico-científico.

3.1 Plano ideológico

No plano ideológico, as críticas ao Direito Penal Juvenil envolvem uma resistência ao discurso do garantismo, pois supostamente sem as garantias do Direito Penal, a responsabilização dos adolescentes envolvidos na prática de atos infracionais seria discricionária. Salientam Alexandre de Moraes da Rosa e Ana Christina Brito Lopes que não se precisa aproximar o Direito Infracional do Direito Penal para aquele se tornar garantista, pois enquanto se mantiver a perspectiva pedagógica das medidas socioeducativas, notadamente a reforma subjetiva do sujeito adolescente, nada mudará e, portanto, segundo os autores, só haverá um “garantismo sério” quando a resposta estatal consubstanciada na medida socioeducativa for agnóstica.¹⁹

Ainda no que se refere à crítica ao garantismo do Direito Penal Juvenil, no plano da refutação sob a ótica ideológica, Mário Luiz Ramidoff ressalta que o garantismo admite a repressão-punição, pois possui um viés formal, de modo que se houver a observação das

¹⁷ SPOSATO, Karyna Batista. *Op. cit.*, p. 127.

¹⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Op. cit.*, p. 159.

¹⁹ ROSA, Alexandre Moraes da; LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. XXXIII-XLIII.

regras do jogo, isto é, do devido processo legal, contemplando a ampla defesa e o contraditório, legítimo se tornará o sancionamento jurídico-penal, vez que observadas as normas procedimentais.

Além disso, tendo em vista o seu caráter estritamente penal, o Direito Penal Juvenil estaria vinculado à possibilidade de sancionamento repressivo-punitivo, mas isso entraria em colisão com as garantias constitucionais dos adolescentes envolvidos na prática de atos infracionais, uma vez que tais garantias não têm origem na dogmática jurídico-penal e sim na doutrina da proteção integral, como destaca Mário Luiz Ramidoff:

[...] o pretendido reconhecimento de um suposto direito penal juvenil insofismavelmente é vinculado, teórico-pragmaticamente, à possibilidade de sancionamento repressivo-punitivo. As garantias constitucionais, as quais por integração principiológica devem estar presentes em todos os âmbitos jurídico-normativos, por certo, não têm origem na dogmática jurídico-penal, mas, sim, nos avanços civilizatórios e humanitários decorrentes de opções políticas; como é, por exemplo, a doutrina da proteção integral.²⁰

Assim, ainda segundo o referido autor, o modelo penal garantista do Direito Penal Juvenil seria contraditório, não havendo como sustentar a minimização da incidência do Direito Penal geral, porque na verdade propõe, com isso, a ampliação de atuação do Direito Penal estendendo-o ao Direito da Criança e do Adolescente. Diz Mário Ramidoff que essa lógica desenvolvida não se afigura razoável teórica, pragmática, discursiva e ou argumentativamente.²¹

A inspiração penal do sistema de responsabilização do adolescente envolvido na prática de ato infracional, segundo Carlos Nicodemos, além de um “erro de lógica científica”, seria “uma opção política do Estado, a partir de uma estratégia repressora de contenção dos grupos socioeconomicamente excluídos”, pois ao tomar por referencial o sistema penal para o campo juvenil, essencialmente traria toda a carga histórica de punição, com sacrifícios e dor do delinquente responsabilizado e, ao não haver preocupação com a promoção de uma cisão

²⁰ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Direito da criança e do adolescente: teoria jurídica da proteção integral*. Curitiba: Vicentina, 2008, p. 359.

²¹ *Ibid.*, p. 366.

entre sistema penal para adultos e o sistema de controle juvenil, estar-se-ia, com essa fusão, desencadeando uma estratégia repressora.²²

3.2 Plano metodológico-científico

Acentua Paulo Afonso Garrido de Paula que as consequências jurídicas decorrentes dos atos infracionais não podem se encaixar nas vetustas categorias das penas, sanções e interditos, pois, com isso, ignora-se as especificidades do direito infantojuvenil, de modo que é um grave equívoco destacar uma parte do Direito da Criança e do Adolescente e qualificá-la como Direito Penal Juvenil.

Um dos mais graves equívocos foi destacar parte do Direito da Criança e do Adolescente, aquela que trata da responsabilização do menor de 18 anos de idade em razão da prática de conduta descrita como crime ou contravenção penal, e qualificá-la como Direito Penal Juvenil. No fundo, embora reconheça as qualidades dos seus mais ardorosos defensores, é porque ainda não enxergam além das penas, das sanções e dos interditos. Estão presos às lições de um velho Direito, que o percebia somente como Público ou Privado, Civil ou Penal, e que tinha nas penas, nas sanções e nos interditos as únicas ordens de respostas possíveis, inimagináveis e socialmente eficazes no combate ao descumprimento das normas jurídicas.²³

Ademais, as medidas protetivas e socioeducativas, segundo Paulo Afonso Garrido de Paula, estão inseridas em sistema diverso do civil e do penal, com consequências específicas e próprias de um ramo autônomo que é o Direito da Criança e do Adolescente, que se distingue por seus princípios próprios orientadores do sistema de responsabilização dos adolescentes. E mesmo que a pena e a medida socioeducativa possam privar a liberdade, esta, por força da Constituição, subordina-se aos princípios infantojuvenis, não justificando a existência de um Direito Penal Juvenil.

Acentua ainda o autor que o garantismo penal não transforma o Direito da Criança e do Adolescente em Direito Penal, pois a inimputabilidade prevista constitucionalmente buscou exatamente excluir as consequências jurídicas de natureza penal aos menores de

²² NICODEMOS, Carlos. A natureza do sistema de responsabilização do adolescente autor de ato infracional. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006, p. 65.

²³ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006, p. 33.

dezoito anos, isto é, o que se objetiva constitucionalmente é a não incidência do Direito Penal para crimes e contravenções penais cometidos por adolescentes.

Um sistema diverso não prescinde da incorporação das conquistas e resultados positivos de outros, mais antigos. O Direito da Criança e do Adolescente foi buscar no chamado garantismo penal, concepção indicativa do conjunto de garantias materiais e processuais que limitam a intervenção do Estado na esfera de liberdade do indivíduo e que projetam uma intervenção estatal estritamente regrada, inspiração para o estabelecimento de seus pilares que, juntados a outros, especiais, determinam a criação de algo novo. Isto não o transforma em Direito Penal, vez que suas bases são diversas, seus postulados são distintos, sua esfera de incidência outra. Apenas indica que também objetivou um sistema limitador da arbitrariedade do Estado e de respeito às liberdades individuais que, temperado pelos seus escopos próprios, redundou em algo que se confunde com o Direito Penal, mesmo porque, caracterizado este pela incidência de penas, confrontar-se-ia com a garantia de que menores de dezoito anos de idade são inimputáveis, ficando sujeitos a normas residentes em diploma especial (CF, art. 228). Aliás, é bom que se diga que inimputabilidade tem na Constituição da República o sentido de exclusão das consequências jurídicas de natureza penal, prescrevendo a não aplicação do Direito Penal quando se verificar a prática de crimes ou contravenções penais por menores de dezoito anos de idade.²⁴

No mesmo ponto de vista, Guilherme de Souza Nucci compreende como incompatível com os propósitos da Constituição e da Lei nº 8.069/1990 “cuidarmos de um direito penal juvenil ou direito punitivo infantojuvenil (e similares)”, por conta da autonomia científica do Direito da Criança e do Adolescente que, como nota o autor, “jamais se poderá considerar este relevante ramo autônomo como subespécie do Direito Penal, seja para fins científicos, seja para finalidades práticas”.²⁵

Com efeito, o princípio da intervenção mínima, como um dos princípios básicos do Direito Penal, segundo Nilo Batista, com referências a Bricola e a Muñoz Conde, relaciona-se com duas características: a fragmentariedade e a subsidiariedade. A fragmentariedade se opõe à visão onicompreensiva da tutela penal e impõe uma seleção, seja dos bens jurídicos ofendidos a proteger-se, seja das formas de ofensa. Já a subsidiariedade do Direito Penal, que pressupõe a fragmentariedade, deriva da ideia que a sua intervenção se dá unicamente quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito. Cabendo, pois, ao texto constitucional, além das funções de fundamento e controle, a

²⁴ *Ibid.*, p. 35.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 6.

seleção das situações a serem necessariamente tratadas pelo legislador penal, chamando-se a isso de “imposição constitucional de tutela penal”.²⁶

Tendo o texto constitucional expressamente afastado a imputabilidade aos menores de dezoito anos de idade, afastou-se a incidência do Direito Penal às condutas infracionais cometidas por crianças e adolescentes, mas determinando-se a sujeição às normas da legislação especial. A Constituição da República fragmentou a aplicação do Direito Penal e dimensionou a responsabilização no campo do Direito da Criança e do Adolescente. Advogar pela extensão do Direito Penal às situações de responsabilização socioeducativa, através de um Direito Penal Juvenil, é fazer uma releitura equivocada da Constituição e ainda subverter o princípio da intervenção mínima.

Decerto que o Direito Penal Juvenil ou qualquer outra denominação que se lhe dê visando subordinar o sistema de responsabilização de adolescentes envolvidos em prática de atos infracionais ao Direito Penal não se coaduna com os fundamentos do Direito da Criança e do Adolescente, desde a sua constitucionalização em 1988.²⁷ Parte do Direito infantojuvenil não virou Direito Penal Juvenil. A compreensão do fenômeno passa por considerar as dinâmicas conexões entre as estruturas normativas – Estatuto da Criança e do Adolescente e Código Penal – apontadas na Introdução do presente artigo, como naturais de um intersistema, isto é, descarta-se a relação de subsistemas, pois não há relação de subordinação entre as normas gerais (Código Penal) e especiais (Lei nº 8.069/1990), mas ocorrendo relação entre sistemas de regras definidas de acordo com seus conteúdos. É a dinâmica do microsistema dos direitos da criança e do adolescente:

A nova lógica de setor das leis especiais conserva a unidade do sistema jurídico, mas com uma pluralidade de microsistemas, em que cada um destes é dotado de uma lógica peculiar e de elementos propulsores do seu próprio desenvolvimento, razão pela qual não se fala em subsistema, pois norma geral e norma especial não se dispõem nessa relação de subordinação, de modo que dão lugar a um intersistema, uma vez que os sistemas de regras se desenvolvem de acordo com seus conteúdos. Dessa maneira, o *microsistema dos direitos da criança e do adolescente* possui conexões com outras estruturas normativas, irradiando valores do seu núcleo às suas extremidades

²⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 83-88.

²⁷ Cf. ROMÃO, Luis Fernando de França. *A constitucionalização dos direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Almedina, 2016.

[...] sempre tendo essas conexões o objetivo de promover uma adequação valorativa para concretizar a proteção integral à infância e à adolescência.²⁸

Não se faz necessário expandir o Direito Penal sobre outro ramo do Direito a pretexto de levar os princípios e as garantias para proteger o adolescente imputável, pois os ramos de Direito, apesar de autônomos, comunicam-se para cumprir uma função protetiva sistêmica, sem um pretender ser o outro.

O Direito da Criança e do Adolescente possui princípios que são gerais, orgânicos, materiais, substantivos, próprios e exclusivos (proteção integral e superior interesse da criança), assim como também possui princípios especiais, setoriais, regentes de determinadas relações ou situações fáticas específicas (entre outros, os princípios constitucionais relacionados à aplicação de medida privativa da liberdade, previstos no art. 227, § 3º, inciso V, e também princípios regentes da execução das medidas socioeducativas, dispostos pela Lei nº 12.594/2012), principiologia esta que interage dentro de uma estrutura dinâmica composta ainda por institutos e instituições próprias, além de uma justiça especializada.²⁹

Ao se defender a existência de um Direito Penal Juvenil corre-se o risco de transformar o sistema socioeducativo, consequência da aplicação e execução daquele suposto direito material, em um sistema prisional juvenil, quando que o diferencial mais marcante é – ou deveria ser – justamente a realização de ações socioeducativas intrinsecamente às medidas aplicadas pela Justiça, sem as quais poderá haver um sistema prisional juvenil, embrionário do sistema prisional geral.

4 CONCLUSÃO

As conexões envolvendo Direito da Criança e do Adolescente e Direito Penal subsidiaram a formação de uma corrente doutrinária que defende a existência de um Direito Penal Juvenil, advogando a natureza penal das medidas socioeducativas e do sistema de responsabilização dos adolescentes envolvidos na prática de atos infracionais, previstos na Lei nº 8.069/1990 a partir do comando constitucional.

²⁸ ROMÃO, Luis Fernando de França. *Microsistema dos direitos da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 168.

²⁹ Cf. *Ibid.*, p. 52 e ss.

Com efeito, as críticas de diversos autores ao Direito Penal Juvenil podem ser divididas, para melhor sistematização e estudo, em dois planos: ideológico e metodológico-científico.

No plano ideológico, posicionam-se as críticas ao garantismo. De um lado, critica-se a perspectiva pedagógica das medidas socioeducativas, defendendo-se que estas devem ser agnósticas. Da mesma forma, critica-se a inspiração penal do sistema de responsabilização dos adolescentes como uma estratégia repressora de contenção de grupos socioeconomicamente excluídos. Por outro lado, questiona-se o sancionamento repressivo-punitivo do caráter estritamente penal do Direito Penal Juvenil e o conflito com as garantias constitucionais dos adolescentes infratores que não têm origem na dogmática penal, mas na proteção integral da criança e do adolescente.

No plano metodológico-científico, critica-se o equívoco de se destacar uma parte do Direito da Criança e do Adolescente e qualificá-la como Direito Penal Juvenil. Vislumbra-se o Direito Infantojuvenil como um ramo autônomo que não pode ser considerado subespécie do Direito Penal. A defesa do Direito Penal Juvenil contraria o princípio da intervenção mínima, considerando as características da fragmentariedade e da subsidiariedade. A extensão do Direito Penal à responsabilização socioeducativa subverte o sentido e o alcance da constitucionalização dos direitos da criança e do adolescente, notadamente da norma do artigo 228.

Não há relação de subordinação entre norma geral (Código Penal) e norma especial (Estatuto da Criança e do Adolescente). Nem parte do Direito da Criança e do Adolescente virou Direito Penal. Não se trata de relação entre sistema e subsistema, mas de interação dinâmica entre sistemas de regras definidas de acordo com seus conteúdos que se conectam a partir da estruturação de um microsistema dos direitos da criança e do adolescente, com principiologia própria, institutos e instituições peculiares e uma justiça especializada, não se subordinando primariamente e diretamente a princípios e regras gerais do Código Penal, mas apenas subsidiariamente, e mesmo assim para melhor atender aos destinatários da legislação especial, quando convier para cumprir a proteção integral e o superior interesse da criança.

A partir da sistematização das críticas envolvendo o Direito Penal Juvenil objetivou-se apresentar o estado da arte com a controvérsia do tema e, ainda, agregar uma contribuição de releitura e compreensão do fenômeno envolvendo a inter-relação entre Direito da Criança e do Adolescente (norma especial) e o Direito Penal (norma geral).

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL E SILVA, Antonio Fernando do. O Estatuto da Criança e do Adolescente e sistema de responsabilidade penal juvenil ou o mito da inimputabilidade penal. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

NICODEMOS, Carlos. A natureza do sistema de responsabilização do adolescente autor de ato infracional. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: em busca da constituição federal das crianças e dos adolescentes*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Direito da criança e do adolescente: teoria jurídica da proteção integral*. Curitiba: Vicentina, 2008.

ROMÃO, Luis Fernando de França. *A constitucionalização dos direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Almedina, 2016.

ROMÃO, Luis Fernando de França. *Microsistema dos direitos da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ROSA, Alexandre Moraes da; LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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