

**O CARÁTER MORALIZANTE DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE  
INTERNAÇÃO E SUA INCOMPATIBILIDADE COM O SISTEMA GARANTISTA**

*THE MORALIZING CHARACTERISTIC OF THE SOCIAL-EDUCATIVE DETENTION AND  
ITS INCOMPATIBILITY WITH THE GARANTIST SYSTEM*

**Rafael Barros Bernardes da Silveira**

Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Analista Executivo de Defesa Social na Subsecretaria de Atendimento Socioeducativo  
do Estado de Minas Gerais.

[rafaelbarrosbs@gmail.com](mailto:rafaelbarrosbs@gmail.com)

**Resumo:** O presente estudo discutirá a dinâmica de cumprimento da medida socioeducativa de internação, privação de liberdade aplicada a adolescentes condenados pela prática de ato infracional. O ponto que se quer destacar é que a medida em questão tem caráter moralizante - por não comportar prazo determinado, e por condicionar o restabelecimento da liberdade do adolescente ao alcance de uma pretendida ressocialização, com a imposição da obediência e da adesão a um projeto de vida pensado pelo Estado. Tal característica, como se demonstrará, é inadmissível, porque ofende pressupostos basilares do sistema garantista, consagrado no ordenamento Jurídico Brasileiro. Desta feita, o presente trabalho se iniciará com uma explicação sobre a atual sistemática de cumprimento da medida socioeducativa de internação, para que seja destacado como se manifesta seu caráter moralizante. Na sequência, serão apresentados delineamentos gerais do sistema garantista, com a indicação das diretrizes de formatação do sistema punitivo impostas pelo garantismo. Em seguida, serão apresentados os motivos que sustentam a afirmação de que tal modelo encontra-se consagrado no sistema jurídico nacional. Ademais, será debatida a aplicação das diretrizes garantistas ao sistema socioeducativo. E, ainda, o presente estudo contemplará discussão sobre os pontos de contradição entre garantismo e a atual sistemática de execução da medida de internação. Por fim, serão apresentadas proposições para o sistema socioeducativo de maneira a adequá-lo às diretrizes garantistas.

**Palavras chave:** Garantismo; Sistema Socioeducativo; Caráter Moralizante.

**Abstract:** The present study will discuss the dynamics of execution regarding the social-educative detention, deprivation of liberty applied to adolescents convicted of the practice of an infraction. The point to be highlighted is that the measure in question has a moralizing characteristic - it has no fixed term, and, in this way, the restoration of the adolescent's freedom is conditioned to the achievement of a desired resocialization, with the imposition of obedience and adherence to a project of life thought by the State. This characteristic, as will be shown, is inadmissible because it offends basic guidelines of the guarantor system, enshrined in the Brazilian legal system. The present study will begin with an explanation of the current system of execution regarding the social-educative detention, so that its moralizing character is highlighted. In the sequence, general ideas about the guarantor system will be presented, indicating the guidelines for formatting the punitive system brought by the garantism. Subsequently, the grounds for the assertion that such a model is enshrined in the national legal system will be presented. In addition, the application of guarantors guidelines to the socio-educational system will be debated. Furthermore, the present study will contemplate a discussion about the points of contradiction between garantism and the current system of implementation of the social-educative detention. Finally, propositions will be presented for the socio-educational system in order to adapt it to the guarantor guidelines.

**Keywords:** Garantism; Socio-educational system; Moralizing Characteristics.

## INTRODUÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) - Lei 8.069/90 prevê, em seu artigo 112, a aplicação de 06 medidas socioeducativas ao adolescente condenado pela prática de ato infracional, cuja execução vem disciplinada pela Lei do Sistema Nacional Socioeducativo (Lei do SINASE) – Lei 12.594/2012. A saber:

Capítulo IV  
Das Medidas Sócio-Educativas  
Seção I  
Disposições Gerais

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

I - advertência;

II - obrigação de reparar o dano;

III - prestação de serviços à comunidade;

IV - liberdade assistida;

V - inserção em regime de semi-liberdade;

**VI - internação em estabelecimento educacional;**

VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

(GRIFO NOSSO)

A que interessa a este trabalho é a medida de Internação, a mais gravosa entre todas as previstas, que determina a privação de liberdade **por prazo indeterminado** – não podendo exceder 03 anos, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses. Vejamos:

#### Da Internação

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

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

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

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

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

§ 5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.

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

(GRIFO NOSSO)

Tendo em vista que a internação não comporta prazo determinado, surge o questionamento sobre qual seria, então, o requisito (ou requisitos) para que a medida chegue ao fim – ou seja, para que o adolescente tenha sua liberdade restabelecida. A legislação não indica precisamente um marco para a conclusão da privação de liberdade (para além do prazo máximo

de três anos). Contudo, o art. 1º da Lei do Sistema Nacional Socioeducativo - SINASE (Lei nº 12.594/2012), indica quais seriam os objetivos das medidas socioeducativas. É de se supor, portanto, que o requisito para o restabelecimento da liberdade do socioeducando, no caso da internação, seria o alcance de tais objetivos. A saber:

DO SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO (Sinase)  
CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º - Esta Lei institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e regulamenta a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional.  
(...)

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

I - **a responsabilização** do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação;

II - **a integração social do adolescente** e a **garantia de seus direitos individuais e sociais**, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e

III - **a desaprovação da conduta infracional**, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.

Os objetivos expressos acima indicam a tônica da medida socioeducativa – ou as finalidades que ela se propõe a perseguir.

Há, de fato, um compromisso com a efetivação de direitos fundamentais do adolescente e com a promoção de sua integração social exercitado durante a execução da medida de internação.

Lado outro, o objetivo da “integração social” e da “garantia dos direitos individuais” vem compatibilizado com a “responsabilização” do adolescente e a “desaprovação” da sua conduta infracional.

Ainda que a medida em apreço se dedique a desenvolver a proteção de garantias fundamentais do adolescente, trata-se de privação de liberdade, imposta como consequência à prática de ato previsto como delito. Tal privação tem o propósito de reprovar a conduta do adolescente e nele desenvolver a percepção sobre a gravidade de seus atos, fazendo-o responder pelas consequências deste “malfeito”.

A medida em apreço se orienta pela expectativa de, a partir da privação de liberdade, aliada ao desenvolvimento de atividades pedagógicas, “melhorar” o adolescente. Tudo isso apostando na “mudança do futuro” daquele indivíduo.

Contudo, há que se ter em mente que a medida não apenas oferece “oportunidades” ao adolescente, mas exige que ele se dedique a acatar estas oportunidades para ter sua liberdade restabelecida. Isso porque, sendo estes os objetivos da medida de internação, são também estes os parâmetros para indicar quando a privação de liberdade deve chegar ao fim.

O juízo da execução da medida avalia o adolescente, nos intervalos periódicos obrigatórios, com base no desenvolvimento dos pontos contemplados no seu plano individual de atendimento, relativos a diversos aspectos (escolarização, profissionalização, saúde, cultura, esporte, lazer, vínculos familiares e sociais) e, tomando por referência o desempenho apresentado pelo adolescente define se ele se mostra preparado para ter sua liberdade restabelecida, por ter aderido, de maneira satisfatória ao programa executado – em suma, se ele conseguiu ser suficientemente “ressocializado” para só assim a medida chegar ao fim.

No mesmo sentido, tal perspectiva orienta também o trabalho das equipes de execução da medida nos órgãos estaduais, responsáveis pelo acompanhamento do adolescente. O trabalho dessas equipes é direcionado pelo atendimento aos eixos, visando à efetivação dos direitos fundamentais do adolescente e à construção de um projeto de vida livre da delinquência, para que então ele possa ter sua liberdade restabelecida.

Em síntese, o que se quer destacar é que a medida socioeducativa de internação, ao condicionar o restabelecimento da liberdade do adolescente ao alcance de uma pretendida ressocialização, revela seu caráter moralizante. Isto porque ela tem como objetivo, normativamente previsto, “mudar” para melhor aquele sujeito submetido a ela: reprovando sua conduta; fazendo-o sofrer a consequência do seu erro; e estabelecendo para esse indivíduo um novo projeto de vida, que não envolva a delinquência.

Não se está aqui criticando a postura adotada na prática pelo Judiciário ou pelos órgãos de execução da medida socioeducativa, com o apontamento que a atuação destas figuras, em concreto, dá origem ao caráter moralizante da internação. O que se quer defender é que a previsão normativa – estabelecendo tempo indeterminado para a medida, exigindo sua reavaliação periódica, e impondo como requisito ao restabelecimento da liberdade o alcance da ressocialização do adolescente – determina uma lógica moralizante para a medida, apenas reproduzida pelas instâncias responsáveis pela sua execução. O vício que se quer revelar se

detecta na previsão normativa, que dá ensejo a uma prática igualmente viciada, porque coerente com tal previsão.

O caráter moralizante da medida socioeducativa de internação, como se defenderá neste estudo, é altamente indesejável e reprovável. A discussão que se pretende realizar ganha contornos mais precisos se realizada à luz das ideias do jurista italiano Luigi Ferrajoli e sua teoria do garantismo penal.

## O SISTEMA GARANTISTA

O sistema garantista, proposto por Ferrajoli, contempla a indicação de um modelo de Estado efetivamente democrático, comprometido com a tutela das liberdades individuais, dos direitos políticos e sociais - o denominado Estado Constitucional de Direito.

A partir de tal modelo de Estado, o autor italiano propõe a estruturação de sistema punitivo igualmente democrático, com base no atendimento das 10 máximas garantistas – um conjunto de axiomas ou princípios fundamentais, que representam proposições herdadas do pensamento iluminista, concebidas como princípios de limitação ao exercício absoluto do poder punitivo. Desde sua gênese, têm sido incorporados aos ordenamentos jurídicos dos países ocidentais, passando a representar, nesse sentido os “princípios jurídicos do moderno Estado de direito” (FERRAJOLI, 2006, p. 92). São eles:

- a1 *Nulla poena sine crimine*
  - a2 *Nullum crimen sine lege*
  - a3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*
  - a4 *Nulla necessitates sine injuria*
  - a5 *Nulla injuria sine actione*
  - a6 *Nulla actio sine culpabilidadea*
  - a7 *Nulla culpa sine iudicio*
  - a8 *Nullum iudicium sine accusatione*
  - a9 *Nulla accusatio sine probatione*
  - a10 *Nulla probatio sine defensione*
- (FERRAJOLI, 2006, p. 91)

Tais axiomas podem ser denominados a partir das garantias penais e processuais penais por eles expressas:

- 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito;
- 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito;
- 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal;
- 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento;
- 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação;

- 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal;
- 7) princípio da jurisidictionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito;
- 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação;
- 9) princípio do ônus da prova ou da verificação;
- 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade (FERRAJOLI, 2006, p.91)

Para além da referência aos axiomas, há que se ressaltar que Ferrajoli destaca um ponto central na construção do seu modelo – a separação entre direito e moral. Nos termos do autor (2006, p.205), conceber essa separação significa afirmar que estas duas esferas são reciprocamente autônomas e tratam de dimensões normativas de finalidades diferentes. A preocupação do autor ao defender tão ferozmente essa separação, é com a indevida interferência das convicções morais na prática do sistema punitivo, sendo assim, somente uma separação clara entre essas duas esferas é que pode garantir a existência de um sistema que se oriente pela defesa dos interesses dos cidadãos, constitucionalmente consagrados, e não pelas convicções normativas pessoais de cada um dos operadores do direito.

Em certa medida, o autor admite que a imoralidade de uma conduta pode até ser considerada condição **necessária** para sua criminalização, porém **não suficiente**.

Nesse sentido, admitindo a independência das duas esferas, se aponta que o sistema punitivo **não deve reforçar nenhuma perspectiva moral, mas apenas impedir que bens jurídicos alheios sejam concretamente ofendidos**. Assim, o juízo deve recair somente sobre fatos, que são empiricamente verificáveis e não contemplar critérios morais e internos do agente. Em outras palavras: O Estado deve punir o indivíduo pelo que ele fez, e não pelo que ele é. Por sua vez, por tal perspectiva, a sanção penal não deve possuir nem conteúdo nem finalidades morais —não pode ter finalidade pedagógica nem terapêutica (FERRAJOLI, 2006, p.207/210).

Essa separação, rigorosamente defendida por Ferrajoli, repercute na perspectiva que o autor adota com relação à justificação para a existência do sistema punitivo, ou seja, nos motivos que sustentam o exercício do poder de punir e nas finalidades que se atribui a pena, em concordância com tais justificações.

Aqui vale um importante esclarecimento: a referência ao sistema garantista, suas disposições sobre a separação entre direito e moral e sobre as finalidades da pena se justifica tendo em vista que, como se debaterá, o modelo do autor italiano encontra-se consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente no texto da Constituição de 1988.

Desta feita, a análise da perspectiva em destaque não representa a discussão sobre uma proposição teórica em abstrato – mas sim o debate sobre as diretrizes impostas por um modelo

adotado pelo sistema normativo pátrio, e que, portanto, tem que ser obedecido por todas as esferas do exercício punitivo.

Feitas as devidas considerações passa-se a uma breve explicação sobre a perspectiva de Ferrajoli acerca das principais doutrinas que se propõem a responder a questão da justificação do direito penal.

Sua análise se inicia pelas doutrinas abolicionistas – que se opõem à existência do Direito Penal. Pela ótica de tais perspectivas, a limitação de liberdade imposta pelo sistema punitivo tem um custo muito alto, de forma que o direito penal não se justifica, e por isso não deve existir (FERRAJOLI, 2006, p.230/232). Entende Ferrajoli que, na ausência do Direito Penal, o que vigoraria é a “lei do mais forte” (FERRAJOLI, 2002, p.32), daí sua ressalva às doutrinas abolicionistas, diante da necessidade de se implementar o direito penal para impedir tal violência de ser perpetrada.

Prosseguindo em sua análise, o autor passa a discutir os modelos justificacionistas – aqueles que de fato, se propõem a fundamentar e defender a existência do direito penal e, seguindo a consagrada separação da literatura jurídica, Ferrajoli subdivide estes modelos em doutrinas absolutas e doutrinas relativas.

Os modelos justificacionistas absolutos (FERRAJOLI, 2006, p.235/240) fundamentam a existência do direito penal e da pena como um fim em si mesmo. São modelos de caráter retributivo, que associam a pena a uma vingança, uma expiação do pecado (forte caráter religioso) ou a um remédio. O autor critica ferozmente estes modelos, pois em sua concepção, a pena não pode representar um fim em si mesmo, é dizer, a existência do sistema punitivo não é auto-justificável. O direito penal (e de maneira geral, o próprio Estado, como concebido por Ferrajoli) deve existir para atender aos interesses dos cidadãos e tutelar seus direitos, sendo um modelo retributivista completamente incompatível com tal ideia.

Em oposição aos modelos absolutos, Ferrajoli apresenta as doutrinas relativas (2006, p.240/244) – de caráter preventivo, em suas diversas dimensões (geral e especial, positiva e negativa). Numa breve explicação, a prevenção especial se refere à ação da pena no delinquente, enquanto que a prevenção geral diz respeito à ação da pena sobre toda a sociedade de maneira ampla.

Na visão do italiano, as doutrinas da prevenção especial (FERRAJOLI, 2006, p.246/244) tratam o delito e o delinquente como uma questão de “personalidade”, e representam

o uso do direito penal não para prevenir a prática de crimes, mas para transformar as personalidades desviantes.

As doutrinas da prevenção especial negativa defendem a ideia de que o delinquente precisa ser neutralizado e mantido à distância. O tomam como não merecedor do convívio social, deixando claro seu viés autoritário.

Em situação semelhante, o autor apresenta as doutrinas da prevenção especial positiva. Em breves linhas, sob diversas perspectivas, estas doutrinas desenvolvem a noção de pena como reeducação, ressocialização ou cura (propagando as noções de delito como manifestação da ignorância ou como sintoma de uma doença). A finalidade do direito penal sob tal ótica não é só punir o homem, mas obrigá-lo a ser bom, a se tornar melhor, o que, para Ferrajoli representa o uso da pena como um instrumento moralizante.

Rechaçando os modelos retributivos e de prevenção especial, Ferrajoli aponta (2006, p. 255) que tais perspectivas teóricas confundem direito, moral e natureza e se fundam num modelo de delito como mal em si próprio e na pena como instrumento de moralização. Notadamente, estes modelos não observam um dos pressupostos essenciais do modelo SG - a separação entre direito e moral e entre legitimação interna e externa.

Ademais, sobre o modelo de prevenção geral positiva, Ferrajoli assinala que este atribui à pena a função de integração social e de reforçar a fidelidade do Estado e o conformismo das condutas, tratando-se de modelo moralizante, de educação coletiva e orientação moral, que se mostra mais preocupado com a conservação do Estado do que com a tutela dos interesses dos indivíduos – daí o motivo de se opor a ele.

Finalmente Ferrajoli comenta a perspectiva da prevenção geral negativa que, em sua visão, seria a única dimensão preventiva que não traz consigo uma perspectiva moralizante – se pretende somente a prevenir a prática delinquente, por meio da intimidação.

A prevenção geral negativa se dirige a todos os indivíduos de maneira ampla – não valoriza aprioristicamente, não qualifica o potencial delinquente com nenhuma carga moral negativa.

O autor destaca duas perspectivas para a intimidação. Uma que se constrói por meio da ameaça, em abstrato, que a previsão legal dos delitos e das penas realiza sobre os indivíduos, desincentivando-os a prática delinquente e outra que se constrói a partir da ameaça em concreto, da aplicação de pena exemplar nas condenações criminais, que causam mais temor na população em geral.

A preocupação de Ferrajoli é que essas duas dimensões da intimidação podem levar a raciocínios autoritários. Se a pena em abstrato deve intimidar, ela caminhará cada vez mais para a severidade, para que se torne cada vez mais intimidadora. No mesmo sentido, se a aplicação da pena deve ser exemplar, é possível que, no caso concreto, aplique-se uma pena mais gravosa (a despeito das circunstâncias do delito), só para atender a essa dimensão de amedrontamento. Além disso, sob tal raciocínio, o ser humano estaria sendo utilizado como fim para atingir um meio preventivo, instrumentalização tida como inadmissível.

E, com base nestas colocações, o autor apresenta sua perspectiva justificacionista – em defesa de um modelo que leva em conta a noção de que o direito penal não deve apenas prevenir delitos, mas igualmente prevenir as punições excessivas e arbitrárias. É só assim que Ferrajoli admite uma referência à perspectiva da prevenção geral negativa – afirmando que esse paradigma deve servir como limite máximo do direito penal. A pena deve chegar ao ponto máximo de que a “violência” que ela representa não supere as violências que ela pretende prevenir. Lado outro, a pena deve também respeitar um limite mínimo, para impedir que seja desconsiderada pela população em absoluto, o que daria origem a um cenário de respostas extrapenais, fazendo a sociedade recorrer à autocomposição.

Nas palavras do próprio autor:

“Nenhum homem”, escreveu Beccaria, “fez doação gratuita de parte da própria liberdade em favor do bem público”. Foi de fato “a necessidade que obriga os homens a ceder parte da própria liberdade: é absolutamente certo que ninguém quer colocar no depósito público nada além da mínima porção possível, apenas aquela que basta para induzir os outros a defendê-lo. Tudo o mais é abuso e não justiça, é fato mas não ainda direito.

Se este é o limite imposto pelo pacto constitucional ao poder público por ele originado, a única justificativa que o direito penal pode oferecer como alternativa à hipótese abolicionista é que tal limite consiga ser um instrumento de defesa e de garantias de todos: da maioria “não desviada”, mas também da minoria “desviada”, que portanto se configura como um direito penal mínimo, como técnica de minimização da violência na sociedade; da violência dos delitos, mas também da reação aos delitos; que, em suma, realize um duplo objetivo: a prevenção e a minimização dos delitos, bem como a prevenção das reações informais aos delitos e a minimização das penas. (FERRAJOLI, 2002, p.33)

Como bem sintetiza Salo de Carvalho:

Para sublimar os efeitos incongruentes das teorias justificacionistas e abolicionistas da pena, Ferrajoli funda seu modelo de utilitarismo *reformato* segundo o argumento da pena mínima necessária. Negando a tradição liberal anti-iluminista, o autor concebe o fim da pena não apenas como prevenção aos injustos delitos, mas

principalmente como esquema normativo de prevenção da reação informal, selvagem, espontânea, arbitrária que a falta das penas poderia ensejar. Desde este ponto de vista, a pena apresentar-se-ia como guardião do direito do infrator em não ser punido senão (razoavelmente) pelo Estado, redimensionando a função do direito e do processo penal, não mais direcionado à tutela social, mas à proteção da pessoa que se encontra em situação de violência privada – momento da lesão interindividual e/ou pública – plano institucional. Impedir o mal da vingança arbitrária e desmedida operada pela vítima, ou pelas forças solidárias a ela, bem como o excesso punitivo do Estado, seria o escopo deste novo modelo de direito: garantias penais e processuais, de fato, não são mais do que técnicas que têm por objetivo minimizar a violência e o poder punitivo. (CARVALHO, 2008, p.147)

A discussão que traz Ferrajoli com relação às doutrinas justificacionistas do direito penal (e das finalidades da pena) tem especial pertinência com o debate aqui empreendido, notadamente a oposição que o autor apresenta com relação às doutrinas da prevenção especial. Como revela Ferrajoli, o sistema garantista é incompatível com um modelo punitivo que tenha caráter moralizante – característica que acaba de ser evidenciada no sistema socioeducativo.

#### **ADOÇÃO DO GARANTISMO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A afirmação de que sistema garantista foi adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro se sustenta a partir da indicação de que os axiomas elaborados pelo autor italiano se encontram consagrados na vigente Constituição, ainda que nem todos de maneira explícita.

Impõe-se, portanto, a tarefa de se detectar os princípios constitucionais penais consagrados na Constituição de 1988 e avaliar sua conformidade com o modelo garantista concebido por Ferrajoli.

- **O princípio da legalidade** encontra-se enunciado no texto constitucional no art. 5º, inciso XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;” (BRASIL, 1988). Contudo, tal previsão revela apenas a dimensão da “reserva legal”, ou a perspectiva formal da legalidade. Para Ferrajoli, o princípio em questão tem também dimensão material, ou seja, impõe limitações ao conteúdo da legislação. Em síntese, o que defende o autor italiano é que não basta que uma lei no campo punitivo siga o procedimento formalmente estabelecido para sua edição para que possa ser considerada compatível com o ordenamento jurídico. Para que seja reconhecida sua “validade”, seu conteúdo deve se apresentar em concordância com todas as diretrizes garantistas, de limitação ao poder de punir. É neste sentido que se afirma (SILVEIRA, 2017, p.24/25) que todos os dispositivos constitucionais que impõem limitação ao exercício punitivo - valendo mencionar a garantia da liberdade de

crença e consciência (Art. 5º, Inciso VI), a inviolabilidade do domicílio (Art. 5º, Inciso XI), e o sigilo de correspondência e das ligações telefônicas (Art. 5º, Inciso XII), que restringem a intervenção estatal na esfera individual, bem como uma série de garantias específicas do campo penal, principalmente na matéria da privação de liberdade, como a garantia de prisão apenas em flagrante ou por ordem da autoridade judicial (art. 5º, inciso XLI), a individualização da pena (art 5º, inciso XLV), humanidade/vedação a penas desumanas (art 5º, inciso XLVI), local adequado para cumprimento de pena (art. 5º, XLVIII), respeito aos direitos do apenado (art. 5º, XLIX) – representam um complemento ao conteúdo do princípio da legalidade e revelam sua manifesta proteção pelo ordenamento jurídico brasileiro.

- O **princípio da retributividade** estabelece que toda pena tem por pressuposto a prática de um crime. O mencionado princípio pode ser detectado no texto do art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição, o qual destaca que: “não há crime sem lei anterior que o defina, **nem pena sem prévia cominação legal;**” (GRIFO NOSSO). Ou seja: a pena pressupõe a prática de crime, definindo previamente em lei;
- O **princípio da necessidade ou da economia do direito penal** impõe que a intervenção penal seja tratada como a última medida a ser adotada na tentativa de dissuadir comportamentos ilícitos (SILVEIRA, 2017, p.17) e pode ser detectado de maneira implícita no texto constitucional, como decorrência de outros princípios explicitamente protegidos. Como aponta Luisi (2003, p.39), a Constituição de 1988 consagra a inviolabilidade dos direitos à liberdade, vida, igualdade, segurança e propriedade e elenca a dignidade da pessoa como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Isso vale para se afirmar que “a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se legitima se estritamente necessária a sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem” (LUISI, 2003. P.40).
- O **princípio da ofensividade** também não encontra previsão expressa no texto constitucional. Contudo, deriva de dois pressupostos basilares do direito penal, amplamente aceitos nos dias de hoje (SILVEIRA, 2017, p.26). Como esclarece Prado, (2008, p. 136), o pensamento jurídico contemporâneo considera que a função primordial do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos. Tal proteção não se dedica, contudo, à tutela de todos os atributos ou valores sociais, mas apenas daqueles tidos como mais importantes. E, mais do que isso – e aqui se insere a referência à ofensividade – o direito

penal não se dedica a proibir quaisquer condutas que atingem tais atributos, repelindo somente a aquelas que efetivamente **representam lesão ou perigo de lesão a bem jurídico determinado**.

- O **princípio da materialidade** veda que o indivíduo seja penalizado pelas suas atitudes internas, não manifestadas no mundo exterior (SILVEIRA, 2017, p.29). Tal princípio também só encontra referência indireta no texto Constitucional, revelando-se como decorrência dos princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos e da ofensividade. O raciocínio que indica que tal prescrição tem respaldo no ordenamento jurídico pode ser simplificada e apresentado nos seguintes termos (SILVEIRA, 2017, p.29): se o que interessa ao Direito Penal é proibir as condutas que efetivamente ofendam ou exponham a perigo determinado bem jurídico, ele deve ser indiferente às condutas não manifestadas no mundo exterior, que não oferecem ameaça alguma para estes bens.
- O **princípio da culpabilidade**, condiciona o exercício punitivo no campo penal à detecção da culpabilidade do indivíduo, e vem consagrado na dicção de dois dispositivos constitucionais (SILVEIRA, 2017, p.27): a) o inciso XVII do artigo 5º, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, indicando, desta feita, ser a declaração da culpabilidade do indivíduo pressuposto para condenação e o cumprimento de pena (LUISI, 2003, p. 37); b) O inciso XLVI do mesmo artigo 5º, que, ao se referir a individualização da pena, indica que é a culpabilidade que serve de base para a definição da espécie de pena a ser aplicada e do quantum a ser cumprido (LUISI, 2003, p. 37).
- O **princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação** indica a necessidade, irrenunciável, de que as atividades de julgamento e acusação no campo penal sejam desempenhadas por figuras distintas – ou seja, que o julgador não tenha função de acusar, e que o acusador não tenha poder de decidir (SILVEIRA, 2017, p.21). Este princípio vem consagrado na separação, constitucionalmente prevista, entre os órgãos julgadores e acusadores a partir dos artigos que tratam do Poder Judiciário (Capítulo III) e do Ministério Público (Capítulo IV, Seção I).
- O **princípio do contraditório**, relacionado à noção de paridade de armas no processo penal, vem literalmente mencionado no art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

- **O princípio do ônus da prova** tem relação direta com a garantia da presunção de inocência, que indica que o indivíduo não será tratado como culpado até que haja decisão definitiva de sua condenação. Com base nesta premissa, o ônus de provar a culpabilidade do suposto autor é atribuído à acusação. (LOPES JUNIOR, 2001, p.21). O texto constitucional revela a proteção do princípio em questão nas disposições sobre a **presunção de inocência** (art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória) e o **devido processo legal** (art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal) (SILVEIRA, 2017, p.27).
- **O princípio da jurisdicionariedade**, que trata da garantia de efetivo acesso ao poder judiciário, tem seu conteúdo dado por todos os enunciados constitucionais que cuidam da proteção de prerrogativas processuais (SILVEIRA, 2017, p.27). Para além das já mencionadas, como axiomas do Sistema garantista, vale destacar **as previsões sobre o acesso à Justiça** (art. 5º, inciso XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), a vedação ao Juízo de exceção (art. 5º, inciso XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção), e as diversas disposições sobre a prisão (art. 5º, incisos LXI a LXVII).

Como se destacou, nem todos os princípios apresentados como axiomas do sistema garantista se revelam explicitamente no texto constitucional. Contudo, decorrem de outros princípios com previsão expressa, o que basta para defender que são também objeto de tutela no nosso ordenamento jurídico (SILVEIRA, 2017, p.27). Como elucidam Silva Franco, Lira e Félix.

Os direitos e garantias fundamentais só existem e podem ser preservados num Estado (Social e) Democrático de Direito, e não existe um Estado (Social e) Democrático de Direito sem um catálogo de direitos e garantias fundamentais. Os direitos e garantias fundamentais não se esgotam, contudo, neste catálogo. Há outros fora dele, isto é, sem explícito registro constitucional. Isso não significa, contudo, que percam o seu nível constitucional e que, portanto, estejam desprovidos de seu caráter positivo (FRANCO; LIRA; FELIX, 2011, p. 101).

Vale trazer, ainda conteúdo dos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da Constituição de 1988, que não deixam dúvidas quanto à admissão de direitos fundamentais, ainda que sem previsão expressa:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

(BRASIL, 1988)

Por todo o exposto é que se sustenta a afirmação de que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema garantista – o que impõe, como destacado, a necessidade de que o sistema punitivo se adeque às diretrizes deste modelo.

## **APLICAÇÃO DAS DIRETRIZES GARANTISTAS AO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO**

É de se supor que os pressupostos garantistas interessam apenas ao campo do Direito Penal. Isto porque a partir da pena o Estado exercita seu poder punitivo – e os axiomas garantistas, prescrições de limitação a este poder, serviriam como instrumentos de proteção do indivíduo contra o arbítrio punitivo estatal.

Contudo, há que se considerar que o exercício punitivo – ou a intervenção estatal sobre a liberdade individual - não se esgota no campo penal/penitenciário. Assim sendo, sempre que a mencionada intervenção se manifestar, impõe-se a observância dos princípios de limitação delineados no SG.

Em suma:

Embora a teoria esteja, em tese, e por razões óbvias, voltada à aplicação na seara penal e processual penal, onde o poder punitivo do Estado é assente, não se pode desconsiderar sua importância nos demais ramos do direito, nos quais o Estado possa exercer atos de coação em detrimento de direitos fundamentais. Em outras palavras, sempre que o Estado puder exercer atos de força, o garantismo penal poderá ser aplicado para impor limites legítimos à coerção estatal. (MINATEL, 2013, p.20)

Assim, necessário discutir se a medida socioeducativa de internação - em concreto uma privação de liberdade, decretada diante da prática de ato definido como criminoso – seria expressão desse comentado poder punitivo. Sobre este ponto, nota-se na literatura jurídica uma celeuma, que diz respeito à natureza da medida socioeducativa, notadamente a de internação. Explica Shecaira (2015) que haveria, em suma, duas posições: uma refutando a natureza punitiva da medida, outra a defendendo. A saber:

Assim, esta primeira visão entende que mesmo a privação da liberdade, travestida de internação, não possui um sentido punitivo, de vez que essas medidas são tomadas para que os adolescentes possam ser atendidos, tratados, reeducados e reinseridos socialmente. Logo, a perspectiva do debate não estaria nas garantias do adolescente perante o poder punitivo do Estado, pois este, por intermédio de seus órgãos, agiria em benefício dos adolescentes em conflito com a lei.

O segundo grupo de pensadores, ainda que integrado por diferentes visões do próprio ECA, tem em comum a compreensão de que o sistema criado pela Constituição Federal e em sua regulamentação pelo Estatuto é um Direito Penal Juvenil. Para todos esses autores, reconhece-se o caráter de sanção das medidas socioeducativas. (SHECAIRA, 2015, p.190/191)

A corrente a qual este estudo se filia é a segunda enunciada no trecho em destaque. Tal escolha se justifica diante da seguinte constatação: ainda que a medida se proponha a atuar sobre a efetivação de direitos fundamentais do adolescente, na tentativa de satisfazer suas necessidades essenciais (de convívio social e familiar, educacional, de saúde, cultura, lazer e profissionalização), ela “cobra o preço da liberdade”. Seu caráter punitivo e impositivo é, sobre este ponto de vista, irrefutável. Tal ponto leva Shecaira a afirmar que a medida de internação seria, verdadeiramente, um “eufemismo para as penas privativas de liberdade” (2015, p.193). Como bem esclarece o comentado autor:

Se for verdade que a medida socioeducativa tem um substrato pedagógico, não será menos verdade que o mecanismo de sua fixação é impositivo, decorre de um procedimento que se referencia nos parâmetros dos processos em que os adultos são os acusados, devendo ter todas as garantias inerentes ao devido processo legal. Assim, o sistema é sancionatório, tanto quanto a medida socioeducativa é pedagógica. (SHECAIRA, 2015, p.192)

E ainda:

Como traço fundante da medida de internação, por exemplo, tem-se a concretização de um castigo; e ninguém pode ignorar que o recolhimento compulsório a uma unidade de internamento, por melhor proposta educacional que apresente, tem caráter punitivo (SHECAIRA, 2015, p.193).

Defendendo semelhante posição – que revela o caráter impositivo da medida socioeducativa – manifesta-se Saraiva:

O que se extrai disso é que a Medida Socioeducativa se constitui em uma intervenção estatal na esfera da autonomia do indivíduo, uma Imposição sem consentimento do afetado. (SARAIVA, 2016, p.135)

Em suma, fica evidente que, tratando-se a medida de internação de manifestação do exercício do poder punitivo, se impõe a observância dos pressupostos garantistas no âmbito de sua aplicação. Defender posição diferente desta seria destinar tratamento mais rigoroso ao adolescente, na contramão das previsões constitucionais que indicam a absoluta prioridade na proteção dos direitos e garantias fundamentais do público em comento.

A constatação do caráter punitivo da medida de internação não põe fim à discussão pretendida por este estudo. Ao contrário, é o que há de característico nesta medida que mais interessa ao presente trabalho – a finalidade pedagógica e ressocializadora que a ela se atribui.

Nos termos de Shecaira, a medida socioeducativa é sanção “de caráter pedagógico e educativo, com finalidade de reforçar os vínculos familiares e comunitários do adolescente, aplicada em função da não conformação da conduta” (SHECAIRA, 2015, p. 191).

Saraiva manifesta visão semelhante, dando destaque tanto para o efeito negativo da medida, quanto para o proveito educativo e pedagógico que ela pode ter sobre o socioeducando:

(...) a medida socioeducativa, em particular aquela privativa de liberdade, se constitui em um Mal. Um mal necessário em casos extremos (princípio da necessidade), imposto ao adolescente, por conta do ato infracional praticado (art.103) no interesse da sociedade, não para o sancionado. Um mal cujo efeito negativo pode mitigar-se em parte ou incluso, às vezes pode reverter-se a favor do sancionado (princípio educativo, finalidade pedagógica da medida buscada através do programa de execução, mas sempre um mal, enquanto supressão ou limitação da liberdade individual. (SARAIVA, 2016, p.135)

A lógica de execução da medida socioeducativa de internação contempla um exercício pedagógico/educativo/ressocializador. Ao mesmo tempo, como destacou o presente trabalho, o sistema garantista se funda na defesa irrestrita da separação entre direito e moral e se opõe às noções de sanção como medida de reeducação ou ressocialização.

Revela-se, portanto uma contradição entre as duas perspectivas.

O grande questionamento que se coloca é se tal contradição pode ser tolerada. Ou seja, se há justificativa para que o Estado promova sobre o adolescente uma intervenção com finalidades de ressocialização, enquanto o sistema sobre o qual este mesmo Estado se funda veda tal postura.

A resolução do questionamento levantado pressupõe a compreensão sobre um dos fundamentos para a existência de um sistema punitivo especificamente idealizado para atendimento do público em questão: a condição peculiar do adolescente como indivíduo em desenvolvimento, cuja personalidade ainda está em construção. Com efeito, o Instituto

Brasileiro de Ciências Criminais, em documento elaborado em oposição à proposta de redução da maioria penal pleiteada por meio da PEC 171/93, destacou que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê expressamente no artigo 6º o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que garante ao adolescente tratamento condizente com este estágio, tendo ressaltado:

Essa condição, ostentada pelo adolescente, justifica “um sistema diferenciado de atendimento deste segmento da população”, o qual foi materializado na legislação a ser aplicada àquele que pratica ato infracional.

(...)

Toda essa constatação, especialmente o fato de sua personalidade ainda estar em desenvolvimento, permite afirmar que o tratamento particular a ser destinado aos adolescentes está fundado na possibilidade de mudança do futuro daquele que já praticou um ato infracional. Há, assim, uma “aposta social na enorme capacidade de autotransformação que é própria do ser humano em fase de desenvolvimento”. (IBCCRIM, 2015, p. 6/7.)

Por tal perspectiva, seria possível defender que a intervenção do Estado na formação da personalidade do adolescente mostra-se desejável e até mesmo aceitável. Se funda na aposta de que a ação estatal trará benefícios para o próprio socioeducando – ajudando no seu desenvolvimento pessoal.

Ademais, é de se considerar que o adolescente em conflito com a lei deve receber tratamento prioritário porque o fato deste indivíduo ter praticado atos infracionais muitas vezes revela sua posição de maior vulnerabilidade social e econômica. É nesse sentido – por se tratar de indivíduo mais vulnerável – que uma intervenção qualificada do Estado, em tese se justificaria.

Com efeito, reforçando as constatações da seletividade do sistema penal, a clientela habitual do sistema socioeducativo é composta majoritariamente por indivíduos pobres, negros, em condição de marginalização socioeconômica, com grande defasagem escolar, usuários de droga, normalmente autores de ato infracional análogo ao tráfico de drogas, roubo ou furto - panorama referendado pelas estatísticas do sistema socioeducativo (BRASIL, 2011).

As características evidenciadas para o público habitual do sistema socioeducativo – condição de pessoa em desenvolvimento e manifesta vulnerabilidade socioeconômica – poderiam servir para justificar uma intervenção estatal qualificada sob estes indivíduos. Entretanto, a que se realiza por meio da medida de internação traz uma indesejada faceta, aqui

já levantada – é medida por tempo indeterminado, condicionada ao alcance de uma pretendida ressocialização. E é tal característica que torna insuperável a contradição da medida com o sistema garantista. Vejamos:

Com sua atual formação, notadamente tendo em vista seus objetivos, a medida de internação é concebida para atuar sobre um indivíduo peculiar, em formação, no intuito de colaborar na construção da sua personalidade, e mostrar para ele que existem alternativas lícitas de vida. Até aí, nada de errado. Contudo, a medida exige que o socioeducando absorva todas essas orientações para restituir sua liberdade. Com tal formação, é medida moralizante – não satisfeita em privar a liberdade, exige que o indivíduo abrace o projeto de vida que o Estado lhe impõe, para só assim autoriza-lo a viver em sociedade novamente.

Condicionar o restabelecimento da liberdade do adolescente ao sucesso no seu exercício de ressocialização mostra-se inaceitável, especialmente tendo em vista dois pontos:

- a) O adolescente pode não desejar seguir o projeto de vida imposto pelo Estado. Pode não ter interesse em se envolver nas atividades pedagógicas que lhe são ofertadas. Nem em restabelecer vínculos familiares. Ou mesmo em ser capacitado para as atividades profissionais a ele oferecidas. E, de maneira mais extrema, pode desejar permanecer envolvido na prática de atos infracionais (e deve ser seu direito poder fazê-lo, assumindo as consequências de sua conduta). Se o Estado impõe um projeto de vida ao adolescente e só devolve sua liberdade com a adesão a este projeto, não há caráter pedagógico, mas exercício de obediência;
- b) Ainda que haja um comprometimento rigoroso do adolescente em atender aos pretendidos objetivos da medida socioeducativa – com sua participação irrestrita às atividades que lhe são ofertadas, visando o atendimento dos eixos da medida – seu empenho não garante o sucesso no exercício de ressocialização. Isto porque tal sucesso não depende apenas do adolescente. Como já se destacou, a medida se debruça sobre uma série de aspectos da vida do adolescente. Também vale repetir, que o perfil deste adolescente atendido pelo sistema socioeducativo é marcado pela condição de marginalização socioeconômica. Ou seja: a medida quer resolver problemas de indivíduos que acumularam episódios de desamparo em seus direitos fundamentais. Pelas características da clientela habitual do sistema socioeducativo, muitas vezes o primeiro contato que o socioeducando terá com o Estado – para atuar sobre seus direitos - será por meio do sistema de privação de liberdade. E caberá ao

próprio sistema dar efetividade a todas essas deficiências crônicas – diligenciar para emitir a documentação de registro do adolescente, tratar de enfermidades, suprir sua defasagem escolar, restabelecer vínculos sociais e familiares, etc. Além desta ser uma tarefa árdua, pelas características em destaque, se torna ainda mais dificultosa levando-se em conta que o trabalho da equipe de execução depende do acionamento da rede socioassistencial – o conjunto de instituições ou entidades (governamentais ou não) voltadas para o atendimento dos direitos dos adolescentes. Nem sempre, o serviço ofertado por estas instituições é satisfatório no atendimento do socioeducando – por dificuldades de nível estrutural, de pessoal, material, escassez de recursos, etc. Punir o adolescente pelo insucesso no acionamento destas instituições é puni-lo em dobro: é tratar um indivíduo que historicamente teve seus direitos fundamentais negligenciados pelo Estado, privá-lo de liberdade e exigir que ele alcance a superação de todas estas deficiências socioeconômicas para que possa ter sua liberdade restabelecida.

Para que tenha fim esta insuperável contradição se defende uma reformulação no campo normativo da dinâmica de execução da medida socioeducativa de internação. Na tentativa de se evitar que a medida venha a ter caráter moralizante.

As lições de Rosa são precisas na defesa deste ponto: na revelação do caráter moralizante da medida socioeducativa de internação, a partir da imposição do alcance da ressocialização, bem como na indicação da necessidade de reforma no sistema de cumprimento da medida, notadamente com a extinção da previsão de medidas por tempo indeterminado (já que esta característica dá ensejo, conforme exposto, ao caráter moralizante da medida). Notadamente:

A Justiça da Infância e Juventude continua, salvo poucas exceções, contribuindo para fomentar a ideologia da formação para o trabalho, o respeito à ordem, e à disciplina, a tolerância das violações por parte do Estado, agindo na camada mais excluída da população para manter a tranquilidade ideológica de poucos. Justificando o uso da opressão em uma parcela cada vez maior de pessoas – adolescentes – com o enfadonho e cínico discurso de que a intervenção é um ‘bem para o adolescente’.

A pretensão de domesticar o povo jovem, normalmente ainda crente em mudar o mundo, lutar contra as injustiças, impondo medidas que o façam refletir e adquirir os hábitos da ordem burguesa, é das pomposas propostas pedagógicas que se perdem na teoria, deslizam no Imaginário. **A medida socioeducativa sem prazo determinado é a demonstração inequívoca de que ela não se vincula à conduta, mas sim ao**

**agente, na melhor acepção positivista (Lombroso). O manejo para recompor a ordem é mote da proposta que pretende impor ‘valores dominantes’ em jovens que nascem tolhidos no seu direito básico: a liberdade de escolha. Se há alinhamento, libera-se para viver em sociedade. Resistindo, exclui-se. Nada mais perfeito ideologicamente.** (ROSA, 2007, p. 201, GRIFO NOSSO);

Vale também comentar a lição do mencionado autor, ao propor uma compatibilização da visão garantista sobre a pena – o utilitarismo reformado - com a dinâmica de execução das medidas socioeducativas, discutindo, por tal ótica, as funcionalidades de tais medidas. A posição do autor endossa a perspectiva aqui defendida: refuta-se a atribuição de qualquer caráter de prevenção especial ou geral à privação de liberdade, impõe-se a necessidade de determinação do prazo da medida socioeducativa e seu rompimento com concepções moralizantes, rejeita-se a concepção de que o adolescente tenha que atender às expectativas de ressocialização a ele impostas para ser merecedor de ter restituída sua liberdade:

Existiria, portanto, uma dupla funcionalidade da medida socioeducativa. Primeiro, impedir a vingança privada (abusiva e espúria) eis que quem é Juiz em causa própria se vinga desmesuradamente – baluarte Iluminista e constante no pensamento do contratualista Locke. Em segundo lugar, restringindo a manifestação do poder político estatal, isto é, a medida socioeducativa se dê de maneira arbitrária (sem limites) e violando os Direitos Fundamentais, nos exatos limites da estrita legalidade. Nada absolutamente de retribuição ou prevenção (geral ou especial) (...)

Assim, longe de se poder analisar a alucinada pertinência pedagógica pelo cumprimento de suas ilusórias e totalitárias finalidades, a resposta, como tal, deve ser objetiva e certa, rompendo-se com a indeterminação da medida socioeducativa e com o processo de canonização que lhe informa. Ao adolescente deve ser aplicada a medida socioeducativa conforme a gravidade da conduta, consequências e causas, seu vínculo ao laço social, sem que se possa, democraticamente, impor-se a modificação interna. O adolescente, como o adulto, possui o Direito Fundamental de cometer atos infracionais e, comprovada sua responsabilidade, arcar com o ônus de sua resposta. Em nenhum sentido, todavia, pode ser acompanhado para que se normalize aos ditames da classe dominante, romanticamente adereçada pelos valores universalmente reconhecidos (ROSA, 2007, p.203/204)

A necessidade das mudanças evidenciadas no campo normativo, para que se alcance a adequação da dinâmica de cumprimento da internação às diretrizes garantistas é evidente. Contudo, o atual cenário político e social recomenda a prudência. Prosperam na opinião pública discursos de endurecimento punitivo, na contramão do que vem aqui defendido (um apelo pela ampliação de garantias no campo da punição infanto-juvenil). As pautas da redução da maioria penal ou da ampliação do tempo de cumprimento da medida de internação – a

exemplo do que propõe Saraiva (2015, p.146) –, lamentavelmente, tem ganhado cada vez mais destaque. Assim sendo, parece que propor a rediscussão estrutural da política de atendimento das medidas socioeducativas abriria espaço para mudanças na contramão das pretendidas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia central deste estudo é que a privação de liberdade exercitada a partir da medida socioeducativa de internação representa uma arbitrariedade intolerável, dada sua incompatibilidade com pressupostos fundamentais garantistas.

A medida em comento, para além de “encarcerar” por tempo indeterminado, exige do socioeducando a realização de atividades voltadas à construção de um projeto de vida a ele imposto – visando sua integração social. É dizer, impõe o desenvolvimento moral do indivíduo, pela absorção de valores tidos como necessários – obediência, ordem, comportamento lícito.

Em um modelo punitivo efetivamente democrático, a privação de liberdade não pode estar condicionada ao alinhamento do indivíduo a um projeto de vida, ao alcance de imaginários objetivos de ressocialização, que, ressalta-se, dificilmente serão alcançados, tendo em vista a condição de marginalização comum a este público.

Não se quer defender que o Estado não deva atuar sobre a efetivação de direitos e garantias fundamentais do adolescente privado de liberdade, em favor da sua reintegração social. Por óbvio que tal atuação é necessária e desejável. Contudo, condicionar o restabelecimento da liberdade do indivíduo ao sucesso desta intervenção é inadmissível.

Neste sentido, vale trazer a crítica de Rosa:

(...) não se pode querer impor qualquer processo de canonização ao adolescente submetido ao cumprimento de medida socioeducativa, por ser totalitário. Isto é, não se pode querer melhorar nem piorar o adolescente. Se houver demanda por parte do adolescente, em regra, na busca de um ideal de eu, na sua luta eterna com o romance familiar, pode-se indicar democraticamente alguns caminhos: educação, terapia, atividades, etc. Nesta hipótese, também, deve-se buscar a autonomia do sujeito e não a normatização, construindo-se um ‘projeto de vida responsável’ como quer Ramidoff. De qualquer forma é intolerável a estipulação de medidas socioeducativas com prazos indeterminados, mediante o cumprimento imaginário das finalidades pedagógicas. Esta, aliás, uma das primeiras modificações a se realizar. É necessário se fixar tempo máximo para cumprimento da medida socioeducativa, independentemente da participação do adolescente nas ditas atividades pedagógicas, porque o Estado não possui legitimidade democrática de as impor. O adolescente pode, é seu direito, não querer partilhar as atividades. E deve ser respeitado. Do contrário, a atitude é nazista, como se fazia com os presos nos campos de concentração que eram obrigados ao trabalho. (ROSA, 2007, p.227)

A adequação do sistema socioeducativo às diretrizes garantistas impõe, de maneira prioritária, a realização de reforma no sistema de cumprimento da medida de internação, com a extinção da previsão de medidas por tempo indeterminado. De certo que tal mudança exigiria a definição de critérios específicos para se executar a “dosimetria” do tempo de medida. Sem ingressar no debate sobre tais critérios, fica aqui apenas a manifestação em favor de que o prazo máximo de 03 anos para a medida seja mantido – caso contrário, a mudança que se pretende realizar a título de dotar de mais garantias o procedimento infracional representará agravamento punitivo, em desfavor do adolescente.

É de se considerar, contudo, que tal modificação no campo normativo não bastará para extinguir o caráter moralizante da medida, já entranhado na prática forense. Assim sendo, se levanta o questionamento sobre o que mais poderia ser feito para reverter esse panorama?

Fica claro que uma ação prioritária deve ser o investimento em reformas sociais, no combate às marginalizações socioeconômicas. Se o objetivo preponderante da medida socioeducativa de internação é atuar sobre a efetivação de direitos fundamentais do adolescente, é certo que tal intervenção não precisa ser pensada apenas no contexto da privação de liberdade. Ao contrário, deve ser concebida sobre a perspectiva de todo o Estado – atuando sobre as questões sociais – e também da sociedade como um todo, contemplando a atuação em rede preconizada nas legislações específicas.

Ademais, para se evitar que a privação de liberdade sirva ao propósito da moralização, é preciso reforçar as medidas de meio aberto, para que seja possível atender as disposições do ECA e utilizar a medida de internação como *ultima ratio*. Importante destacar que a gestão dos programas de cumprimento das medidas de meio aberto é atribuição dos municípios (enquanto que a internação e a semiliberdade são de atribuição dos Estados) e, na prática, muitas vezes a medida de internação é aplicada porque as medidas de meio aberto não estão bem desenvolvidas. Estas, vale destacar, favorecem a efetivação dos direitos fundamentais sem privar o indivíduo de liberdade e sua aplicação efetiva poderia contribuir para a diminuição da “sensação de impunidade”, que incentiva a prática infracional.

Como bem destaca Shecaira:

Historicamente já se comprovou que a punição, por si só, não muda a postura transgressiva do adolescente. Ela precisa vir acompanhada de um processo socioeducativo que lhe possibilite rever seu posicionamento diante da vida e respeitar as regras de convívio social. Esse processo de internalização das normas envolve uma mudança dos valores éticos e sociais, não se fazendo pela punição. (SHECAIRA, 2005, p.222)

E ainda: “Uma pena cumprida em meio aberto, com fiscalização estatal ou comunitária séria, pode ser mais eficaz do que uma privação de liberdade que se limita a ser um depósito de infratores” (SHECAIRA, 2005, p.223).

Por fim, também se destaca que é essencial esclarecer a opinião pública e propagar ideias comprometidas com a efetivação de direitos fundamentais.

O descompasso entre a perspectiva defendida no presente estudo, com grande amparo na literatura jurídica - em defesa das garantias fundamentais e em favor da ampliação dos instrumentos de proteção do indivíduo contra os arbítrios punitivos do Estado - e os discursos da opinião pública é motivo de grande preocupação. Fica então o desejo, e também o apelo à comunidade acadêmica, para que atue sobre a sociedade na tentativa de fazer com que “o discurso da efetivação dos direitos seja amplamente divulgado, e se torne o discurso oficial da opinião pública” (SILVEIRA, 2014, p.10).

Registre-se, por fim, a súplica, também endereçada à comunidade acadêmica, para que não apenas se defenda dos discursos de endurecimento punitivo, mas exercite de maneira mais significativa uma atuação propositiva, em favor de dotar de mais garantias o sistema de privação de liberdade – justamente a proposta deste singelo estudo.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Brasília, DF: Senado, 1990.

\_\_\_\_\_. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE). Lei. Nº 12.594 de 18 de janeiro de 2012**. Brasília, DF: Senado, 2012.

\_\_\_\_\_. Secretaria de Direitos Humanos. **Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei. LEVANTAMENTO NACIONAL 2011**. Brasília, DF: 2012. Disponível em <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/SinaseLevantamento2011.pdf>.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias: a crise do direito e do processo penal / o garantismo jurídico / as teorias da pena / os sistemas de execução / a lei de execução penal / os conflitos carcerários / os direitos (de resistência) dos presos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **El garantismo y la filosofía del derecho**. Tradução de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada e José Manuel Díaz Martín. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

\_\_\_\_\_. O Direito como sistema de garantias. In: **O novo em Direito e Política/ Org. José Alcebíades de Oliveira Júnior** – Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FÉLIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed. rev., atual. E ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. **Nota técnica sobre a PEC 171/1993**. 2015. Disponível em < [http://www.ibccrim.org.br/docs/PEC\\_171\\_93.pdf](http://www.ibccrim.org.br/docs/PEC_171_93.pdf)>.

MINATEL, Gustavo Rodrigues. Garantismo Penal Aplicado no Procedimento de Apuração de Ato Infracional. In: **Revista da Defensoria Pública**, São Paulo: Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. N. 2. p. 19-35, 2013.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVEIRA, Rafael Barros Bernardes da. **Emergência penal e garantias do Estado Constitucional de Direito: estudo sobre uma insuperável contradição a luz do ordenamento jurídico brasileiro**. Orientador: Luís Augusto Sanzo Brodt. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. 2017.

\_\_\_\_\_. “Senso comum criminal e o discurso da impunidade”. In: **Boletim IBCCRIM**, v. 264, p. 9-11, 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil**. 2. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.