

# **Punir ou educar? O papel da medida socioeducativa na visão do Poder Judiciário<sup>1</sup>**

*Eduardo Gutierrez Cornelius (Universidade de São Paulo)*

## **Introdução**

O presente trabalho reflete sobre a atuação do poder judiciário na punição de adolescentes. Tal tema é relevante no debate público atual, haja vista as inúmeras propostas em tramitação no Congresso para alterar o sistema de responsabilização de adolescentes, sobretudo a partir da afirmação de sua leniência (CAPPI, 2013). Mais especificamente, propõe-se a verificar como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) interpreta o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), com enfoque em três questões: o papel da punição; os fundamentos jurídicos de suas decisões e o aumento ou diminuição do controle penal de jovens. Assim, busca-se visibilizar a compreensão do Tribunal em relação à matéria, de modo a levantar questões para investigações mais aprofundadas e a promover interlocução com teorias atuais sobre o controle penal.

## **O Estatuto da Criança e do Adolescente e o debate jurídico sobre a medida socioeducativa**

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), de 1990, legislação que estabelece a resposta jurídica ao cometimento de crimes por pessoas entre 12 e 17 anos, é frequentemente celebrado como legislação de referência (MENDEZ, 1998). Inspirado na Convenção Internacional da Criança e do Adolescente, o ECA prevê medidas socioeducativas a adolescentes que cometam atos infracionais, impostas após um procedimento de apuração de ato infracional. Esse modelo jurídico é frequentemente percebido como um rompimento em relação ao do antigo Código de Menores de 1979, que pouco alterou seu predecessor, de 1927.

Baseado no chamado paradigma da situação irregular (MENDEZ, 1998), o Código de Menores previa uma intervenção estatal semelhante aos jovens em situação de dificuldade e aos que cometiam crimes. Ambos os grupos estariam em uma situação de irregularidade, na qual o Estado deveria intervir. No campo da punição, tal doutrina se apoia na ideia de “maior eficácia e poder de ação direta da esfera administrativa, desprovida de travas e formalidades próprias do

---

<sup>1</sup> IV ENADIR, GT. 11 – Adolescentes, punição e criminalidade urbana: problematizando os discursos jurídicos e institucionais e as práticas socioeducativas.

setor judicial” (MENDEZ, 1998, p. 29). Em contraponto a ela, o ECA – em complementariedade à Constituição de 1988 – teria estabelecido a doutrina da proteção integral, que considera os adolescentes sujeitos de direitos (ibid.).

Entre as modificações promovidas no âmbito punitivo, destacam-se: a possibilidade de detenção apenas com ordem judicial ou em caso de flagrante delito, a definição de prazo máximo para a imposição de internação (privação de liberdade), o estabelecimento de prazo e de requisitos para a internação provisória (decretada antes da sentença) e o arrolamento de garantias processuais. Além disso, estabeleceu-se que a medida socioeducativa deve ser breve e excepcional, podendo ter prazo máximo de 3 anos no caso da internação. Por outro lado, o Estatuto manteve a indeterminação do tempo de medida, submetendo este a decisão judicial mediante reavaliações periódicas da situação do adolescente, com o auxílio da equipe técnica que o acompanha. O ECA manteve, igualmente a proposição de que a resposta estatal tem cunho pedagógico, o que também era anunciado pelos Códigos de Menores.

Observadas essas características do ECA, é interessante verificar que, no âmbito dos trabalhos jurídicos, há debate sobre a natureza da resposta estatal (se, além de pedagógica, também punitiva) e sobre a possibilidade de o ECA ter estabelecido um direito penal juvenil ou uma espécie de ramo autônomo do direito. Saraiva (2006) e Costa (2005), por exemplo, sustentam que o reconhecimento de que o ECA estabeleceu um direito penal juvenil é fundamental para que se limite o poder do Estado. O argumento é o de que, se a medida é vista como algo que não pune, apenas educa, não seriam necessários limites a esse poder de educar, como, por exemplo, garantias processuais. Por outro lado, Rosa (2007) rejeita seu caráter penal, com receio de que tal afirmação traga ao sistema socioeducativo os problemas enfrentados no sistema penal, embora defenda que essa concepção não elimine garantias e direitos.

Independente da preocupação normativa – de se tratar ou não de um direito penal e de ter a medida um caráter penal ou não –, esse debate é importante para o presente trabalho, pois, é, entre outras questões, guiado por uma preocupação com os efeitos que uma ou outra concepção geram na atuação estatal.

### **A sociologia da punição e a proposição teórica de Loïc Wacquant**

Desse modo, o presente estudo pretende contribuir para o debate apresentado. Essa contribuição, porém, não será feita a partir de uma perspectiva normativa sobre a “verdadeira” natureza jurídica da medida socioeducativa, mas de uma sociologia da punição, proposta por David Garland (1993), compreendido o castigo como “o processo legal pelo qual violadores da

lei penal são condenados e sancionados de acordo com categorias e procedimentos legais específicos” (GARLAND, 1993, p. 17). Assim, entende-se que independentemente dos objetivos declarados do ECA, da forma como a discussão jurídico-doutrinária é colocada e até mesmo de como as medidas são executadas, compreende-se que o Estatuto estabelece uma forma de punição, já que apresenta uma resposta a indivíduos que infringem a lei penal.

Indo além, parte-se da perspectiva de que a punição atua não só como controle social físico, mas também como regulação de significados, pensamentos e atitudes mediante um processo de significação peculiar. Assim, essa concepção permite pensar a punição como instituição social mais ampla (GARLAND, 1993), que não está exclusivamente ligada ao controle do crime ou a um problema moral, mas a um conjunto de forças sociais e históricas que afetam não só aqueles que sofrem diretamente o controle penal (GARLAND, 1993).

Dessa forma, em *Punição e Sociedade Moderna*, o autor retoma diversos trabalhos que abordaram o controle penal a partir de diferentes perspectivas, sustentando tratarem-se de visões complementares, mas que não se excluem, e cujas análises podem ser úteis para compreender o fenômeno da punição (GARLAND, 1993) de maneira multidimensional.

De certo modo alinhado a essa proposição, Loïc Wacquant pretende expressamente reunir, sob o mesmo esquema teórico, o que chama de dimensões material e simbólica da punição. Preocupado em entender a passagem da punição centrada sobretudo na ideia de reabilitação dos criminosos a seu uso maciço como forma de neutralizá-los, o autor situa o marco explicativo desta modificação no neoliberalismo, fenômeno que deve ser entendido para além da esfera econômica (2010). Para tanto, retoma conceitos de Pierre Bourdieu ao mesmo tempo que pretende preencher uma lacuna deixada por este em relação ao tema da punição (ibid.).

Nesse intuito, Wacquant parte da noção de que o Estado funciona como um campo burocrático, no interior do qual haveria uma alta nobreza de Estado encarregada de promover reformas orientadas em favor do mercado e uma baixa nobreza, encarregada de governar. Esse governo, divide-se em duas funções, a de impor disciplina econômica (e penal) e a de promover o bem-estar social. O que ocorre a partir do neoliberalismo, é uma combinação da diminuição das funções sociais do Estado a uma regulação penal dos efeitos de tal diminuição. Essa regulação penal se dá no sentido do abandono da ideia de reabilitação dos criminosos, substituída por um ideal de neutralização. O bem-estar social (*welfare*) seria preterido a partir dos anos 70 por uma política de benefícios sociais com exigências disciplinares (*workfare*) e uma política penal neutralizadora (*prisonfare*) (WACQUANT, 2010).

Ao mesmo tempo que tais transformações conduzem a um hiperencarceramento – uma divisão material da população –, também impulsiona uma divisão de cunho simbólico. Os

aparelhos da justiça penal – entre eles o judiciário – produzem um discurso oficial do Estado sobre o papel da punição, conferem uma justificativa institucional para a situação das classes inferiores, baseada na responsabilidade individual (id., 2014), e diferenciam categorias de pessoas socialmente desonradas (ibid.) de acordo com concepções sobre valor moral (id., 2010).

A análise de Wacquant é interessante para se pensar o caso brasileiro devido às semelhanças e, principalmente, às diferenças entre a situação Brasileira e a dos Estados Unidos. A partir de sua análise sobre o Brasil (2003; 2008), inclusive, é possível pensar que o diagnóstico do autor coincide com a dos estudiosos locais em relação a muitos pontos, como o aumento do encarceramento a partir da década de 80 (TEIXEIRA, 2007), a violência policial e a dificuldade do aparato policial e judicial dar conta dos casos de violência (ADORNO, 2013). Contudo, o argumento de o Brasil ter importado uma política penal de tolerância zero (WACQUANT, 2003; 2009) e uma redução de políticas de bem-estar social (2008) pode ser questionado.

Nesse sentido, Cifali e Azevedo (2015) apontam para um crescimento nos gastos sociais no Brasil de 1995 a 2010, período no qual a desigualdade no país diminuiu muito (ibid.). Ao avaliar as políticas penais nos governos Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Roussef, os autores identificam uma política pós-neoliberal implementada a partir de 2002 que, apesar de não ter sido suficiente para conter a ampliação do controle penal, foi marcada pela defesa de um direito penal mínimo e por políticas públicas de prevenção dos delitos.

É visível, portanto, o contraste com o diagnóstico de Wacquant. Se por um lado os resultados da atuação das agências de controle penal no Brasil parecem seguir lógica semelhante à descrita pelo autor, o que se verifica sobretudo nos índices de encarceramento, por outro, coloca em dúvida a ideia de que o aumento do controle penal se explique, principalmente, para lidar com os efeitos do retrocesso das políticas sociais. Ainda que, no texto citado, Azevedo e Cifali não dialoguem com o autor francês, reconhecem a necessidade de se refletir sobre tal incongruência. Um dos fatores que sugerem para tal reflexão é a contribuição do Ministério Público e do Judiciário para a referida situação.

No caso da punição dos adolescentes, observa-se que o ECA não foi alterado no sentido de privilegiar a privação de liberdade como punição. Não obstante, verifica-se um aumento na taxa de internação (FBSP, 2014). Este trabalho, portanto, apesar de não poder avaliar a correção dos diferentes elementos trazidos por Wacquant, pode contribuir para o debate teórico proposto ao lançar luz sobre a atuação do Poder Judiciário. Nesse sentido, retornando à sociologia da punição, busca-se aqui refletir sobre a atuação do Poder Judiciário em relação à punição de adolescentes, tanto em uma dimensão simbólica (de percepção sobre o papel da punição) quanto

material (de aumento ou diminuição do controle), levando em conta, ainda, o debate jurídico mencionado e observando o tipo de fundamentação jurídica empregada nas diferentes decisões.

### **Problema de pesquisa e metodologia**

O problema de pesquisa pode ser resumido, portanto, da seguinte forma: a) o que as decisões dizem sobre o caráter da medida; b) quais os fundamentos jurídicos utilizados (se originários do direito penal ou não); c) qual a consequência estabelecida por estas decisões em termos de limitação ou de expansão do poder punitivo estatal?

Para responder a essa pergunta, buscou-se traçar um diagnóstico geral da jurisprudência da 5ª e 6ª Turmas (as quais decidem sobre o assunto) do STJ, órgão que costuma dar a última palavra em relação ao tema<sup>2</sup>, e cujas decisões, ainda que não obrigatórias, servem de orientação aos outros órgãos do judiciário brasileiro. Assim, por meio de revisão bibliográfica, selecionaram-se temas que foram suscitados<sup>3</sup> de maneira recorrente e que se consolidaram no entendimento do Tribunal. Ainda, destaca-se que os temas escolhidos dizem respeito à interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente, que independe do caso concreto.

A relevância de estudar esses casos reside no fato de que, ao contrário das questões levantadas no dia-a-dia da justiça juvenil (como qual punição deve ser conferida a determinado adolescente), os temas abordados exigiram uma espécie de criatividade dos julgadores em relação ao papel do ECA, tendo o potencial de ser bastante reveladores dos discursos sobre punição e criminalidade, haja vista terem sido objeto de disputa no interior do judiciário, em muitos casos com a modificação das decisões dos tribunais estaduais pelo STJ.

Quanto ao critério de escolha dos julgados e a sua representatividade em relação ao conjunto de decisões sobre a mesma temática, selecionaram-se acórdãos<sup>4</sup> obtidos por meio de busca no sítio eletrônico do Tribunal, de acordo com palavras-chave atinentes a cada tema. Para verificar se não houve mudança de entendimento, foram lidas ementas (resumo dos casos) de todas as decisões, de modo a identificar eventuais divergências, à exceção das decisões que originaram súmulas<sup>5</sup>. Do conjunto de decisões, escolheu-se a mais antiga de cada tema para

---

<sup>2</sup> Apesar de o Supremo Tribunal Federal (STF) representar a última instância hierárquica do Poder Judiciário, a maioria das questões relativas ao tema é decidida pelo STJ. Isso se deve, provavelmente, à demora para que os casos cheguem ao STF combinada à celeridade do procedimento de apuração de ato infracional.

<sup>3</sup> As questões são levadas por meio de recursos e da ação de *habeas corpus* contra decisões dos Tribunais estaduais.

<sup>4</sup> Decisão colegiada, em que um magistrado é designado para produzir relatório sobre o caso e expressar sua opinião, colocada em votação em sessão de julgamento, à qual os demais julgadores aderem ou não.

<sup>5</sup> As súmulas consistem em enunciados curtos que expressam entendimento consolidado pelo Tribunal.

trazer à análise<sup>6</sup>, a não ser quando a peculiaridade do tema exigiu outra estratégia, conforme indicado na análise. No caso das súmulas, analisou-se a decisão mais antiga entre as que o próprio Tribunal indicou como precedentes que as originaram.

Apesar da esperada uniformidade das decisões em relação ao resultado (ampliação ou contenção do controle de adolescentes) e a seu fundamento jurídico, é possível que as manifestações em relação ao caráter da medida socioeducativa em cada decisão analisada não sejam representativas das demais decisões sobre o tema. Isso porque o que se consolidou no entendimento do Tribunal é o resultado a ser aplicado às situações, não a retórica utilizada na fundamentação, o que pode ser objeto de estudos futuros mais detidos sobre a questão.

### **As decisões do Superior Tribunal de Justiça**

A pesquisa bibliográfica revelou a importância de 10 temáticas, cuja interpretação pelo Tribunal é exposta nesta seção. O tema que mais impacta o encarceramento de jovens é a discussão sobre em que situações estes podem receber a medida de internação, e, portanto, será abordado mais extensamente. Nesse sentido, o ECA estabelece que se trata de medida breve e excepcional, aplicável em casos de violência ou grave ameaça à pessoa (art. 122, I), reiteração no cometimento de infrações graves (art. 122, II) e descumprimento injustificado de medida (art. 123, III). O prazo máximo de tal duração é de três anos para as duas primeiras hipóteses e de três meses para a última. Em relação à internação, encontraram-se 4 temas paradigmáticos.

#### **a) Internação por tráfico de drogas**

O primeiro diz respeito à possibilidade de internação nos casos de tráfico de drogas, responsável por 27% dos casos de adolescentes em cumprimento de medida no país no ano de 2012 (FBSP, 2014). Mais especificamente, a celeuma se deu em relação à possibilidade ou não de se abrir uma exceção ao art. 122, I. O entendimento do STJ está expresso na súmula 492, segundo a qual “O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente”. Uma primeira leitura faz parecer que se trata de um enunciado que restringe a possibilidade de internação. Entretanto, a expressão “por si só” e “obrigatoriamente” comunica que é possível a internação nos casos de tráfico. Essa ambiguidade do texto da súmula foi reproduzida nas 13

---

<sup>6</sup> Pressupõe-se que decisões recentes são menos extensas em sua fundamentação, dado que a consolidação de uma interpretação ao longo do tempo pode fazer com que os magistrados se contentem em citar decisões mais antigas.

decisões apontadas como originárias, 2 delas indicando uma direção e as demais outra. Desse modo, foi necessária a análise mais aprofundada de 1 acórdão de cada tipo.

A maioria das decisões referiram que não há possibilidade de exceção ao art. 122, I. Dois julgados, porém, indicam que essa possibilidade reside na “gravidade concreta” do caso em oposição a uma ideia de gravidade abstrata. A decisão analisada referente ao primeiro tipo (HC 64.819) quanto ao fundamento jurídico, apenas indica não ser possível a internação no caso de tráfico de drogas, pois este não se enquadra na regra do art. 122, I, ou seja, por não ser cometido mediante violência ou grave ameaça, não se manifestando sobre o caráter da medida.

Já a decisão analisada do segundo tipo, não indicou quais seriam os critérios para se definir a gravidade concreta do ato. Alguns exemplos do que pode ser levado em conta são trazidos: “trabalhava como olheiro em boca de fumo” e ter sido apreendido na posse de arma de fogo (HC 173.636), não tendo sido mencionado fundamento legal. Quanto ao papel da medida socioeducativa, a decisão tampouco o avalia para decidir, mas ressalta que a exceção ao art. 122, I permite levar em conta as condições pessoais do adolescente. Observa-se, ainda, que o julgado do tribunal estadual, cuja legalidade o STJ teve de avaliar, foi fundamentado afirmando que o ECA foi promulgado antes de a legislação penal considerar tráfico de drogas crime equiparado a hediondo, não podendo o juiz ignorar, o tempo de pena previsto para adultos. Assim, o tribunal citado busca uma aproximação da sanção do adolescente à que adultos receberiam.

Conclui-se que tanto a súmula quanto as decisões que lhe originaram, emitem comunicação pouco clara aos demais órgãos jurisdicionais, cujo impacto deve ser estudado no nível dos tribunais estaduais. Destaca-se, todavia, que o entendimento de que há essa possibilidade parece derivar de uma tentativa de aproximação ao direito penal adulto, com foco na gravidade do ato cometido e pode refletir intensamente no número de adolescentes internados no país.

## **b) Internação por reiteração no cometimento de atos infracionais graves**

Em relação à interpretação do STJ do art. 122, II, que permite a internação em caso de “reiteração no cometimento de outras infrações graves”, não foi possível adotar a mesma forma de seleção dos casos utilizada em relação às outras temáticas. Isso porque apesar de a pesquisa bibliográfica revelar certa estabilidade na interpretação do dispositivo (SARAIVA, 2006), a verificação sobre eventuais modificações nesse entendimento apontou para uma tendência de mudança. Observa-se que o STJ interpretava “reiteração” como o ato infracional cometido posteriormente a, no mínimo, dois atos. Nesse sentido, diferenciava-a da reincidência, categoria própria do direito penal adulto, que requer a comissão de um delito prévio e não de dois (HC

15.082). A interpretação do Tribunal dava-se, portanto, no sentido de diferenciar as regras do direito juvenil das do direito penal, o que, nesse caso, acarretou constrição do controle estatal.

Todavia, no ano de 2013 passaram a surgir julgados da 5ª turma no sentido de interpretar reiteração como o cometimento de um segundo ato infracional por parte do adolescente<sup>7</sup>. A justificativa seria uma adequação a decisão do Supremo Tribunal Federal em tal direção. Chama atenção, porém, que a referida decisão do STF data de 2008. Ou seja, por 5 anos o Tribunal optou por não seguir tal orientação. Desse modo, percebe-se que o STJ apresentava interpretação que restringia a possibilidade de internação, embora atualmente a 5ª Turma tenha adotado o direcionamento de expansão dessa possibilidade.

A decisão analisada (AgRg no RHC 36892), porém, não mencionou fundamento jurídico para tal interpretação, tampouco se posicionou em relação à função da medida socioeducativa. Contudo, a decisão do STF citada afirma que a reiteração deve ser assim interpretada para que o juiz possa decidir de modo mais livre, de acordo com a necessidade de recuperação do adolescente, como “o meio social onde vive, o grau de escolaridade, sua família, suas ocupações, ou seja, tudo aquilo que permita uma análise mais subjetiva do jovem” (ibid.).

Desse modo, a interpretação mais antiga – ainda mantida pela 6ª Turma – restringe a possibilidade de internação a partir de uma diferenciação de categoria penal (reincidência) cuja aplicação aumenta a possibilidade de internação. Já a interpretação mais recente, proveniente da 5ª Turma promove um maior controle penal, ressaltando o caráter pedagógico da medida.

### **c) A possibilidade de regressão da medida sem a oitiva do adolescente**

A terceira hipótese legal de internação também foi objeto de debate. Segundo o art. 122, III do estatuto, a medida poderá ser aplicada “por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta”. Dessa forma, se o adolescente está em cumprimento de medida socioeducativa em meio aberto e não a cumpre, poderá ser internado. Todavia, discutiu-se se a internação pode se dar sem o adolescente ser ouvido, o que foi vedado pelo STJ na súmula 265.

O precedente analisado (HC 8.887) faz referências ambíguas à natureza da medida socioeducativa, ora negando, ora afirmando seu caráter punitivo. O julgador inicia sua argumentação anunciando o caráter educativo das medidas de maneira genérica, sustentando que é relevante para tal objetivo “o respeito à dignidade como pessoa humana e a adoção de posturas demonstrativas de realização de justiça”. Após, afirma que por se tratar de uma sanção, a imposição de medida mais grave pelo descumprimento de outra deve observar o princípio

---

<sup>7</sup> Não foram encontradas decisões da 6ª Turma nesse sentido.



constitucional da ampla defesa. Seguindo em sua argumentação, o magistrado compara a situação de adolescentes à de adultos, afirmando que se a oitiva antes da regressão é garantida, o mesmo se aplica àqueles. Em sua conclusão, porém, o magistrado volta a sustentar a natureza pedagógica da medida, afirmando que a oitiva de adolescentes é ainda mais importante no caso do ECA, pois suas medidas não têm caráter punitivo (o que contradiz a afirmação anterior), mas reeducador, embora não fundamente tal afirmação.

Nesse caso, a ideia de que a medida é punitiva parece ter sido mais impactante para o resultado, visto que o argumento jurídico utilizado foi o princípio da ampla defesa e que a comparação com o direito penal adulto pareceu reforçar a conclusão. Já a afirmação do caráter pedagógico da medida não parece ter sido mobilizada de maneira específica, isto é, demonstrando como o fato de a medida ser pedagógica conduz à conclusão de que a oitiva do adolescente é necessária em casos de regressão.

#### **d) Internação provisória por mais de 45 dias**

Quanto à internação provisória, isto é, aquela aplicada ao adolescente antes do processo se encerrar, o ECA estabelece prazo máximo de 45 dias. Contudo, há decisões de tribunais de justiça estaduais no sentido de que esse prazo pode ser flexibilizado. Na decisão do STJ selecionada (RHC 13.435), o Tribunal de Justiça do Acre prorrogou tal prazo por diversas vezes, pois o adolescente seria perigoso, teria cometido ato infracional grave e deveria ser, ele próprio, protegido. Contudo, a decisão do STJ, de maneira sucinta, declarou que tal prorrogação viola expressamente o ECA e que não condiz com o objetivo do Estatuto de estabelecer processos céleres e de considerar a medida de internação como excepcional. Em relação a essa temática, portanto, o STJ restringiu o controle penal. Não obstante, nenhum argumento jurídico ter sido levantado, é possível pensar que a ideia de que a legislação deve ser interpretada em sua literalidade, não comportando exceções, baseia-se, tradicionalmente, no que a doutrina jurídica chama de princípio da legalidade, associado ao direito penal.

#### **e) Avaliação do adolescente por equipe interprofissional para aplicação da medida**

O ECA prevê que, antes da definição de qual medida socioeducativa deve ser aplicada, seja feito um relatório interprofissional sobre o adolescente. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que se trata de procedimento facultativo ao magistrado (AgRg no AI 1.062.942). A justificativa jurídica para essa decisão foi a de que o ECA estabelece que o Magistrado pode

– e não deve – “solicitar opinião de profissional qualificado”, não tendo sido feitas considerações sobre o caráter da medida. Como consequência, é eliminado um instrumento que, em tese, informa o magistrado de maneira mais precisa sobre as características dos adolescentes. Chama atenção, porém, o fato de que a apreciação de tais características – considerada relevante em outras decisões – parece ter sido colocada em segundo plano, tendo como resultado maior celeridade do procedimento, questão também considerada importante pelo STJ em outros casos.

#### **f) Aplicação do princípio da identidade física do juiz**

O Código de Processo Penal (CPP) determina que o juiz que proferir a sentença deve ser o mesmo que acompanhou a instrução do processo (art. 399, § 2º). Essa regra é comumente chamada na doutrina jurídica de princípio da identidade física do juiz. Indagado sobre se tal regra teria aplicação no âmbito do ato infracional, o STJ concluiu que não (HC 135.496). O fundamento jurídico apresentado foi o de que o ECA estabelece a aplicação do CPP de forma subsidiária ao que estabelece o próprio Estatuto. Assim, tendo o ECA estabelecido etapas processuais fracionadas – com normalmente uma audiência para ouvir o adolescente e outra para instrução e julgamento –, a regra não se aplica.

No caso, portanto, o fato de um juiz ter ouvido o adolescente, outro acompanhado a instrução e um terceiro ter decidido qual a medida aplicável foi considerado de acordo com o ECA. O impacto de tal decisão, combinado com o julgado anterior, pode diminuir a chance de as características pessoais do adolescente serem consideradas, visto que a escolha da medida pode ser feita por magistrado que não ouviu pessoalmente o adolescente. Nesse caso, também, observa-se que não foram feitas considerações sobre a comparação a réus adulto, aos quais, em tese, aplicar-se-ia tal regra, embora a comparação tenha assomado em outros casos.

#### **g) Presença de defesa em oitiva perante o Ministério Público**

Antes de o Promotor de Justiça avaliar se acusará o adolescente, deve ouvi-lo informalmente, segundo o ECA. Nessa oitiva, contudo, o STJ decidiu que a ausência de defesa para o adolescente constitui irregularidade administrativa, mas não ilegalidade, não sendo, portanto, necessária (HC 105.238), salvo se for demonstrado prejuízo ao adolescente, caso em que o processo poderia ser anulado e iniciado novamente. Esse argumento denota que o STJ tratou da questão utilizando regra tradicional do direito processual (tanto no âmbito civil quanto

penal<sup>8</sup>) que considera o desrespeito a procedimentos que não prejudiquem a parte como mera irregularidade. Nota-se, ainda, que o Tribunal não avaliou a possibilidade de aplicação do princípio constitucional da ampla defesa, o qual foi utilizado como fundamento em outros casos.

#### **h) Desistência de outras provas em casos de confissão**

Outra situação que o Tribunal enfrentou foi a de caso em que, após o adolescente ter confessado o cometimento de ato infracional, tanto Ministério Público quanto defesa desistiram da produção de outras provas, passando imediatamente o juiz à escolha da medida. Nesse caso, o STJ emitiu a súmula 265, indicando que tal procedimento não é possível. O fundamento jurídico utilizado na decisão analisada (HC 15.258) foi a aplicação do direito constitucional ao devido processo legal e à ampla defesa, sem referências à função da medida socioeducativa e afirmando que a confissão não é suficiente para saber o que realmente teria ocorrido.

#### **i) Princípio da insignificância**

A aplicação do princípio da insignificância consiste no afastamento do controle penal para casos em que a ofensa cometida seja considerada ínfima. Por não estar previsto na legislação, sua aplicação pelos tribunais remete frequentemente a precedente do STF que estabeleceu sua possibilidade de aplicação para o direito penal adulto. Todavia, a pesquisa realizada demonstra que o STJ (Resp 573.488) afirmou incidir tal princípio no caso da punição de adolescentes, nos mesmos termos da decisão do STF. Embora não tenham sido tecidos comentários acerca da natureza da medida, o cerne da argumentação das decisões analisadas residiu no resultado do ato infracional para a vítima, ou seja, nas consequências do ato e não na reprovação da conduta dos autores ou em sua necessidade de reeducação, adotando conceitos da dogmática penal.

#### **j) Prescrição**

O instituto da prescrição constitui-se na impossibilidade de se punir um indivíduo devido à passagem de lapso temporal estabelecido na legislação penal. Apesar de o ECA não prever tal instituto, o STJ adota o entendimento de que a prescrição é aplicável aos atos infracionais, consolidado na súmula 338. A decisão analisada (Resp 241.477) inicia referindo que a não aplicação da prescrição é comumente justificada pela diferenciação da natureza da pena e da

---

<sup>8</sup> A aplicação da regra ao direito processual penal, porém, é controversa na doutrina jurídica.

medida. Contudo, afirma que uma “análise contextual e teleológica” (de acordo com a finalidade) do ECA não permitem tal conclusão. O magistrado, citando trecho doutrinário, refere que as medidas socioeducativas

Embora distingam-se das penas pela preponderância do caráter pedagógico sobre o punitivo, não deixam de lado o propósito intimidativo e expiatório próprio da pena, eis que autorizam a ingerência do Estado na liberdade individual do adolescente para lhe impor, coercitivamente, em programa pedagógico, seja em (sic) mediante privação de liberdade, seja pela iminência de reversão da medida em meio plena ou parcialmente aberto para internação-sanção (...) (Resp 241.477)

Trazendo novamente a comparação com o direito penal adulto, dessa vez com suas próprias palavras, o magistrado afirma que não se pode tratar um adolescente de maneira mais gravosa que um adulto seria tratado. Ou seja, se a prescrição é aplicada este, deve ser aplicada àquele. Seguindo em sua argumentação, cita decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo afirmando que não se pode deixar de aplicar a prescrição sob o argumento de que a medida tem cunho pedagógico, visto que a pena para adultos também tem essa característica. Concluindo, o magistrado afirma que tanto o papel de dissuasão como o de correção da medida deixam de fazer sentido tendo decorrido o prazo prescricional. Quanto a este tema, portanto, o Tribunal afirmou existir um aspecto punitivo e educativo da medida (embora o primeiro pareça ter prevalecido) para aplicar instituto de natureza penal no sentido de restringir o controle estatal, ao mesmo tempo que reforçou a ideia de celeridade do procedimento.

### **Considerações finais**

Após a breve análise das decisões, são propostas questões a serem elaboradas em pesquisas futuras. Em primeiro lugar, nota-se que não há uma direção clara no STJ no sentido de aumento ou diminuição do controle, dado que existem decisões em ambos os sentidos. Tampouco é possível observar claramente características comuns aos dois grupos de decisão quanto ao argumento jurídico e ao caráter da medida socioeducativa. Percebe-se que a comparação ao direito penal, figurou tanto para diminuir o controle penal, quanto para o aumentar, embora não tenha sido utilizada como argumento na maior parte das decisões (mesmo quando a comparação era possível), haja vista a pouca referência à legislação, Constituição e doutrina jurídica. Nota-se, porém, que, nos casos em que a Constituição foi invocada, o resultado foi uma constrição do poder punitivo. Nesse sentido, o principal princípio constitucional invocado foi o da ampla defesa, embora não tenha sido mencionado em outras decisões em que poderia ter sido discutido se o princípio é ou não aplicável.

Quanto à natureza da medida socioeducativa, não se pode observar uma hegemonia entre as concepções, tendo o Tribunal silenciado em relação à questão em diversas decisões, embora em outras, o argumento pareça ter sido decisivo. Uma das decisões, inclusive, chega a, simultaneamente, negar e afirmar seu caráter punitivo. Essa ambiguidade, que, no trabalho de Almeida (2010) a respeito da execução da medida em uma unidade de internação, foi percebida como uma tensão entre o discurso oficial da instituição e algumas de suas práticas no dia-a-dia, aqui é difícil de ser interpretada, visto que as decisões são fundamentadas de maneira sucinta.

Apesar disso, é possível perceber que alguns aspectos da punição aparecem com mais ou menos frequência, como a gravidade do ato infracional e as características dos adolescentes. Nesse sentido, uma das propostas que se lança aqui para pesquisas futuras é buscar compreender como as características individuais dos adolescentes são mobilizadas pelos demais órgãos em comparação com o que foi decidido pelo STJ, o que deve ser feito no âmbito dos tribunais estaduais, visto que o STJ não tem a tarefa de analisá-las nos casos concretos.

Isso porque a combinação da interpretação de que não é necessário o relatório de equipe interprofissional para auxiliar o magistrado a escolher a medida socioeducativa mais adequada, somada à de que o magistrado que sentencia não necessita ter ouvido o adolescente parece esvaziar a ideia de que as características do jovem devem ser levadas em consideração, argumento utilizado para justificar tanto a internação por tráfico de drogas como por reiteração após um ato infracional – e não dois –. Ou seja, o STJ parece enviar mensagem dúbia aos demais tribunais, comunicando que as características individuais são relevantes, mas não necessitam ser consideradas de maneira aprofundada na definição da medida mais adequada.

Esse estímulo a uma análise das características individuais, mas não com profundidade, pode indicar uma tendência à neutralização, sustentada por Wacquant (2010), vinculada ao que o autor chama de categoria de desonra social, associada sobretudo a questões raciais e territoriais, sobre a qual recai demérito moral individual. Como Feeley e Simon (1992) perceberam ao analisar a passagem do ideal ressocializador à neutralização, as características individuais do criminoso podem tanto ser avaliadas para indicar seu tratamento, como para traçar perfis de indivíduos perigosos, a serem incapacitados.

Ainda, observa-se que a hipótese de Wacquant (2010), de uma tendência à punição neutralizadora, parece se materializar na percepção da gravidade do tráfico de drogas, para o qual, apesar de o ECA não ter assim estabelecido, a sanção de internação deve ser uma possibilidade. Igualmente, a mudança de entendimento da 5ª Turma em relação à reiteração, pode significar uma tendência de menor tolerância com os reincidentes. Nota-se, também, que as decisões relativas a tal posicionamento são bastante recentes, (2010 e 2013), ao passo que a

maioria das decisões que restringem o controle são mais antigas, o que pode indicar um movimento atual no STJ no sentido de aumento do controle. Todavia, a verificação sobre se houve mudanças no entendimento do Tribunal em cada temática (realizada pela observação das decisões posteriores aos precedentes analisados) revela resistência dos tribunais estaduais em seguir o STJ nas decisões que restringem o controle, o que demonstra a necessidade de se avaliar como tais tribunais vêm decidindo em relação às mesmas questões aqui analisadas.

## **Referências Bibliográficas**

ADORNO, Sergio. Democracy in progress in contemporary Brazil: corruption, organized crime, violence and new paths to the rule of law. **International Journal of Criminology and Sociology**, 2, 409-425, 2013.

ALMEIDA, Bruna Gisi Martins de. A experiência da internação entre adolescentes: práticas punitivas e rotinas institucionais. 2010. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma: Elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal. **Civitas - Revista de Ciências Sociais**, [S.l.], v. 15, n. 1, p. 105-127, abr. 2015.

CAPPI, Ricardo. Pensando As Respostas Estatais às Conduas Criminalizadas: um estudo empírico dos debates parlamentares sobre a redução da maioria penal (1993 - 2010). **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, 1 (1), 10-27.

COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o direito penal juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA [FBSP]. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública** (8ª ed.), 2014.

FEELEY, Malcom, SIMON, Jonathan. The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications. **Criminology**, 30: 449-474, 1992.

GARLAND, David. **Punishment and modern society a study in social theory**. Chicago, University of Chicago Press, 1993.

MÉNDEZ, Emílio García. **Infância e Cidadania na América Latina**. São Paulo: Ed. HUCITEC, 1998.

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

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

TEIXEIRA, Alessandra. **Do sujeito de direito ao estado de exceção: o percurso contemporâneo do sistema penitenciário brasileiro**. 2006. Dissertação (Mestrado em

Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

WACQUANT, Loïc. Toward a dictatorship over the poor? Notes on the penalization of poverty in Brazil. **Punishment and Society**, Londres, Vol 5(2): 197–205, 2003.

WACQUANT, Loïc. 2009. Prisons of Poverty. Minneapolis: University of Minnesota Press.

WACQUANT, Loïc. Crafting the neoliberal State: workfare, prisonfare and social insecurity. **Sociological Forum**, 25 (2): 197-220, 2010.

WACQUANT, Loïc. The militarization of urban marginality: lessons from the Brazilian metropole. **International Political Sociology**, 2 (1): 56-74, 2008.

WACQUANT, Loïc. Marginalidade, etnicidade e penalidade na cidade neoliberal: uma cartografia analítica. **Tempo Social**, São Paulo , v. 26, n. 2, p. 139-164, Dec. 2014.

### **Decisões Analisadas**

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº 8.887-SP da 6ª Turma. Relator: Min. Vicente Leal, julgado em 13 de setembro de 1999.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 241.477-SP. Relator: Min. Felix Fischer, julgado em 08 de junho de 2000.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº 15.082-SP da 5ª Turma. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 6 de março de 2001.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº 15.258-SP da 6ª Turma. Relator: Min. Vicente Leal, julgado em 22 de maio de 2001.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 13.435-AC da 5ª Turma. Relator: Min. Gilson Dipp, julgado em 10 de dezembro de 2002.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 573.488-RS. Relator: Min. Gilson Dipp, julgado em 15 de junho de 2004.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.062.942-RS da 6ª Turma. Relatora: Min. Jane Silva, julgado em 25 de setembro de 2008.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº 105.238-SP da 5ª Turma. Relator: Min. Felix Fischer, julgado em 21 de novembro de 2008.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº 135.496-DF da 6ª Turma. Relator: Min. Og Fernandes, julgado em 25 de agosto de 2009.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº 173.636-PE da 6ª Turma. Relator: Min. Og Fernandes, julgado em 16 de setembro de 2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº 64.819-SP da 5ª Turma. Relator: Min. Jorge Mussi, julgado em 21 de setembro de 2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 36.892-RJ da 5ª Turma. Relator: Min. Marco Bellizze, julgado em 27 de agosto de 2013.