

A Proteção Penal do Menor: Entre a Medida Socioeducativa e a Repressão ao Inimigo

Eduardo Saad Diniz

1 O Dilema da Repressividade Frente ao Menor

Se a fundamentação do exercício da autoridade estatal encontra *per se* problemas de legitimação e demandas efetivas de controle jurídico contra os abusos típicos da violência penal, o campo da repressividade – penal – dos menores é ainda mais delicado. Quer dizer a repressividade frente ao menor se dedica à compreensão de medidas sancionatórias, cuja repercussão não seja demasiado deletéria à personalidade juvenil, mas que tampouco cause maiores perturbações à segurança, dado que em casos mais delicados – e sobre tudo em centros sociais estruturalmente menos organizados, como no caso brasileiro –, a proteção do menor se converte na proteção *contra* o menor.

No primeiro caso, por um lado, a dogmática penal tende a reagir com um certo recrudescimento da intervenção punitiva, tomando as condições psíquicas do menor infrator como equivalentes funcionais da personalidade delinquente, ou seja, dedicando-se a ele todos os gravames do tratamento penal em lugar de medidas socioeducativas, que, por suposto, obstruem as possibilidades de realização da liberdade do menor infrator.

Por outro, critica-se a dogmática penal quando ela acende ao nível de medidas asseguradoras orientadas à proteção da sociedade contra o menor, baseadas em uma moralidade sobre as relações interpessoais que claramente atribuem virtudes ao menor no contexto em que ele definitivamente não as externaliza, abrindo as portas, em definitivo, para a impunidade e suas sérias repercussões na sociedade.

Aqui como ali, o paradoxo põe-se de manifesto, tanto em medidas drasticamente punitivas, como na insuficiência de sua reação quando realmente parece ser necessária. Em uma como na outra, a racionalidade da repressividade penal sucumbe frente ao *que fazer contra o menor infrator*. Desde a perspectiva de um clássico da literatura brasileira, em "Memórias Póstumas de Brás Cubas", de *Machado de Assis*, o paradoxo se colore com essa muita significativa metáfora ao narrar os anos de juventude de Brás Cubas: "Desta terra e deste estrume é que nasceu esta flor".

O dilema da repressividade típica dos menores consiste na elaboração de critérios racionais de atribuição de responsabilidade que veiculem a consciência da especialíssima condição do menor na sociedade, comunicando uma reação que seja efetiva, mas que esteja vinculada a medidas socioeducativas e também estabeleça parâmetros de proporcionalidade no combate contra o menor agressor, nas situações específicas em que sua conduta expõe a perigo a própria sociedade.

No outro extremo, assim como entende Sérgio Salomão *Shecaira* no Brasil, há certa relação de alternância na repressividade da delinquência juvenil entre os atos de infração e medidas socioeducativas, criando "um único sistema de controle social, com contato entre si, como vasos comunicantes".

Assim é que o estudo das tendências da proteção penal do menor então se estrutura da seguinte maneira: (1) exposição da compreensão teórico-sistemática de um direito de menores; (2) apresentação do ideário das medidas socioeducativas; (3) as modificações estruturais da segurança e a concepção do "menor como inimigo" (Miguel *Polaino-Orts*); (4) demonstração do estado da questão na normativa espanhola e brasileira; e, ao final, (5) prolegômenos para uma crítica ao direito penal juvenil.

2 A Compreensão Teórico-Sistemática de um Direito de Menores

A compreensão teórico-sistemática do direito de menores se dedica a determinar os espaços e qualificações jurídicas das respostas sancionatórias à delinquência juvenil. Sejam como crimes e penas ou sob a configuração de atos de infração e medidas socioeducativas presentes na evolução histórica e aquisição de sentido das ideias sobre a delinquência juvenil², o essencial aqui é conhecer os caminhos para evitar as manipulações e encontrar soluções razoáveis para "educar com responsabilidade"

Na doutrina argentina, Marcelo *Sancinetti* traz considerações de elevada acuidade e inteligência científica para a investigação da compreensão teórico-sistemática da *responsabilidade dos menores*. Vejamos o que se dá com respeito à finalidade das reações sancionatórias ao menor, a partir da problematização do caso hipotético seguinte: "Um menor travesso atirou uma pedra no para-brisas do automóvel de seu pai, que o observa à distância com atenção. A pedra atingiu a parte cromada de um dos ângulos superiores do para-brisa e apenas por isso não afetou nem o vidro nem a carroceria. Nem mesmo se distingue o lugar de impacto da pedra". Após este fato, o pai reage, "colocando-se na frente dele, perturbado, sacudiu seus braços e lhe diz: Se rompesse o para-brisas, não sairia o ano todo para brincar".

O "irmão do menor travesso", um tanto mais reflexivo do que seu pai, entendeu que o pai repreendeu o irmão travesso porque seguramente "haverá pretendido induzi-lo a que não tornasse a fazer o mesmo, justamente porque a pedra *poderia* atingir o para-brisas e *rompê-lo*", ou seja, que a sanção tinha um valor de ensinamento desde uma perspectiva preventiva contra uma criação equivalente de riscos futuros.

Nota-se, todavia, que o comportamento reativo do pai veicula um juízo sancionatório de duplo caráter. É certo que a reprimenda se pauta pela hipótese de *prevenir* que "algum dia se repita a situação com os resultados previsíveis" – como seguia refletindo o irmão –, mas também é certo que o raciocínio com que se repreende o travesso infrator *retribuiu* retoricamente a ação do menor: com violência real, ao "premir-lhe o braço" e ameaça simbólica de "não sair para brincar o restante do ano". Não foi capaz o pai de *dissuadir* o filho travesso para que não cometa infrações *futuras* sem o recurso retórico da violência retributiva, baseado no fato ocorrido.

Seja como for, no caso elaborado por *Sancinetti* se está por discutir, na verdade, as bases de fundamentação de uma teoria da responsabilidade penal. Quer dizer, que problematizar a finalidade da pena, a vista se lança a uma determinação do lugar ocupado pelo menor na racionalização da violência de Estado, mais precisamente: a reação penal pode – ou deve – comunicar algum ensinamento (1) à personalidade do menor e (2) à sociedade em que vive? E sob quais condiciones?

Em primeiro termo, essa busca por parâmetros de compreensão da repressividade contra o menor segue os contornos de interpretação doutrinária que objetivam a superação das representações do direito penal do menor como "subproduto do direito penal", tudo para que ao final seja viável a construção de modelos de legitimação de intervenção punitiva capazes de individualizar a personalidade do *menor*.

A aquisição histórica de sentido da reação penal à conduta de menores sugere um itinerário que esteja um tanto mais próximo de teorias da responsabilidade que implementem os procedimentos idôneos a uma adequada individualização pessoal de menores. A evolução de sentido da compreensão teórico-sistemática de um direito de menores pode ser traduzida, então, na evolução do "ideário educativo" (*Erziehungsgedanke*). Essa introdução dos códigos educativos no seio do discurso jurídico de menores provocou modificações sensíveis no comportamento decisório.

Desde então, a procedimentalização da tutela penal do menor foi largamente influenciada pelas práticas pedagógicas, e a finalidade educativa não foi recebida sem controvérsias, sobretudo pelas perspectivas de "emancipação" que se pretendiam somar à justiça penal juvenil. Sob essa orientação pedagógica, inclusive, a base racional para decidir sobre as infrações praticadas por menores foi alterada, implicando modificações estruturais da Justiça de menores "e com isso surgiu a exigência da união pessoal obrigatória entre o juiz de menores e o tutor"

3 As Medidas Socioeducativas

Graficamente, a procedimentalização da tutela penal do menor se realizou na transição dos modelos tradicionais de resposta penal estatal até modelos de intervenção e tratamento da personalidade do menor delinquente mais afeitos a uma "desjudicialização": "Entre as razões que justificam a tolerância de uma maior margem de flexibilidade no processo de menores deve ter-se em conta antes de tudo o interesse do menor e a vocação educativa do sistema, ademais dos custos que o processo pode ter para o menor (em termos de vitimização de tipo terciário)".

Os recursos técnicos de diminuição das respostas judiciais burocráticas cederam espaço à introdução de outras técnicas de aceleração e informalização do procedimento, integrando as práticas processuais à necessidade de intervenção punitiva menos danosa e individualizada à personalidade do menor, p. ex., especificações do impacto do transcurso do tempo: "assim como o distinto sentido do transcurso do tempo para quem se encontra em um acelerado processo de maturidade pessoal, o qual aconselha uma agilização dos trâmites e a conseguinte redução de alguns prazos, sem olvidar a maior compreensão social que normalmente suscitam as soluções menos formalizadas em relação a fatos protagonizados por menores".

Ainda sob esse ideário, parece que a resistência contra a violência penal prefere recorrer às vias reparatórias, civis ou administrativas, a partir da elaboração de alternativas extrapenais inspiradas pela novidade "justiça restaurativa".

Outra vez esquematicamente, Peter-Alexis *Albrecht* nos oferece uma síntese do estado da questão. Segundo ele, as alterações estruturais podem ser analisadas desde três distintos níveis analíticos: (i) estratégias de informalização processual

(diversificação); (ii) programa educativo estatal; (iii) tratamento executivo-terapêutico.

Todos esses níveis analíticos, sem embargo, padecem de uma certa instabilidade teórica frente às mudanças sociais. Seria de fato essa finalidade pedagógica o caminho teórico preferencial para a repressividade em relação ao menor? Antonio *Beristain* complementa a discussão com a ideia de que as práticas pedagógicas não se dão fora da sociedade, afirmando a natureza essencialmente penal das medidas socioeducativas. Da mesma forma se posiciona a leitura de Karyna *Sposato*, sob a qualidade de exercício do poder coercitivo do Estado e restrição de direitos ou da liberdade.

Isso por um lado. De forma paralela, como já pudemos afirmar, houve um movimento de determinação conceitual que dispensava as "preocupações pedagógicas" com o menor, estendendo a incidência da responsabilidade penal, uma vez que o "conteúdo violento do fato típico impede a adoção de soluções que seriam benéficas para o menor ou jovem, e por fim, que a presença deste elemento comporta consequências restritivas de direitos".

4 O Menor como Inimigo

É necessário, todavia, um excursão sobre os momentos teóricos determinantes do conceito de inimigo em matéria penal. Na bastante comentada exposição de maio de 1985, na cidade de Frankfurt am Main, Alemanha, Günther Jakobs introduz na querela das ideias penais a descrição do problema do inimigo. Esta problemática remonta originalmente a algumas noções do direito de emergência contra "fontes de perigo" ao bem jurídico.

Surge daí o que a convencional cisão entre o direito penal de tutela do cidadão e o direito penal de proteção do bem jurídico contra o inimigo. Apenas didaticamente, é possível estabelecer alguns marcos de compreensão da evolução de sentido do conceito: (i) em 2000, a descrição do conceito atinge a noção de "despersonalização" e reconhece a identidade de uma "não pessoa", sobre a qual deveria recair uma reação penal ostensiva; (ii) 2004, dá-se a especialização do direito penal contra o inimigo, a partir da diferenciação entre uma personalidade real e um potencial fático de perigo; (iii) estudos mais recentes, 2006 e 2008, *Jakobs* descreve de forma define o combate ao inimigo. Nesta evolução de sentido do conceito de inimigo, destaca-se como ideia reitora a *antecipação da reação penal* como combate ou defesa em face de perigos futuros, operando-se a destituição de qualidades essenciais do *status personae*.

No contexto do direito penal do inimigo, a reação penal constitui-se por meio de uma interação simbólica, em processo cognitivo. O procedimento de atribuição de responsabilidade penal dá-se, em regra, por estímulos captados do rompimento da fidelidade à vigência da norma, desencadeando um *combate*. A concepção da reação penal de combate vincula-se, em termos gerais, às mediações normativas com que *Jakobs* concebe o próprio direito penal, só que, nas especificações do direito penal do inimigo, a pena advém de avaliação comportamental, da atitude ou postura de assimilação e externalização da consciência na ação por determinada pessoa.

Por agora o que nos importa é apenas a ideia de destituição da personalidade, integrada a este sentido operacional de preservação da identidade social diante da cognição do perigo. Daí se deduz a função específica da segurança cognitiva, a dimensão temporal e abstrata do comportamento, que serve de referência para a construção de sentido do direito penal.

Miguel *Polaino-Orts* traz estes quadrantes do direito penal do inimigo para compreender os mais recentes desenvolvimentos da legislação espanhola. A interpretação doutrinária que ele aporta crítica à nova *Ley Orgánica 8/2006*, 04.12.07, por conta da "contradição do conteúdo legal que recebe na Espanha a delinquência juvenil". Bem indiferentemente do discurso garantista e (re-)socializador que se propõe na esfera pública, a mencionada lei introduz no ordenamento espanhol uma reforma do tratamento do menor que "é um exemplo desta *hipocrisia punitiva*: apresentar o menor como um *protegido* do sistema (...), quando a realidade da norma lhe dedica um tratamento tão repressivo como o correspondente aos adultos, e que inclusive chega ao extremo de equiparar-se à máxima repressão penal com que se combate os delinquentes mais perigosos".

De novo, repõe-se o paradoxo entre a defesa da liberdade e as medidas asseguradoras. Em *Polaino-Orts* se demonstra esse movimento conceitual com bastante acuidade científica: "com a consagração das medidas de afastamento – como no Direito penal do inimigo – *maximiza-se* a ideia de proteção de bens jurídicos das vítimas ou da sociedade (melhor dizendo: a *segurança cognitiva que se requer* para que o desenvolvimento da pessoa seja possível com um mínimo de fiabilidade normativa) às custas da *restrição* de alguns âmbitos da liberdade do acusado em juízo, neste caso, o menor".

Precipuamente a incorporação na normativa de menores espanhola do artigo 7.1.i introduziu as "medidas de afastamento", estrutura normativa típica da formação de um direito penal do inimigo. Discriminando as consequências de sua aplicação, *Polaino-Orts* enumera: (1) proibição de aproximar-se da vítima, dos seus familiares ou outras pessoas que o juiz determine; (2) proibição de comunicar-se com a vítima, com seus familiares ou com outras pessoas que o juiz estabeleça; (3) proibição de residência no domicílio familiar.

O caráter restritivo da liberdade veiculado pelas medidas asseguradoras é o que substancia a realização paradoxal da tutela penal dos menores, contrapondo o "interesse superior do menor ao interesse da vítima ou de terceiros pessoas". Uma vez mais com a interpretação doutrinária de *Polaino-Orts*, "para o legislador penal espanhol que previu estas medidas nas hipóteses citadas, o *preço da segurança cidadã* é o combate de *alguns sujeitos – os menores – como inimigos*". Quer dizer, como já foi *supra* apontado, a interpretação se orienta pelo fato de que se defende a liberdade quando se está por comunicar medidas de segurança que suprimem a liberdade de alguns; ou, dito de outra forma, a proteção da liberdade de uns se dá pela redução da liberdade de outros.

5 O Estado da Questão na Normativa Espanhola e Brasileira: A LORRPM e o ECA

De todos os modos, a dupla tendência trazida nas interpretações doutrinárias faz-se sentir de forma mesclada nos marcos normativos, tanto na experiência espanhola, quanto no caso brasileiro.

Na Espanha, a *LORRPM (Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores)* regulamentou o que antes era matéria do Decreto 11.06.1948 e das prescrições da *Ley Orgánica 4/1992*. Na interpretação doutrinária de *Cuello Contreras* pode-se encontrar elucidações de referida lei, basicamente sob as distinções analíticas seguintes: (i) proposta de ressocialização (exceção de alguns casos em que Tribunais comunicam mais punição do que propriamente uma finalidade terapêutica); (ii) reconhecimento do assim dito "grande êxito" do processo penal da LORRPM; e que todavia (iii) o art. 3º, 8, II, representaria *continuum* da intervenção penal; ficando ainda insuperados os (iv) problemas de intervenção do regime fechado e internação.

O estado geral das ideias de tutela penal do menor reside mesmo nas tentativas de superação das medidas retributivas para os reclamos de "necessidade de prevenção". Sem embargo, a doutrina espanhola segue cética, tomando por "duvidosa a forma habitual de reagir nos países de nosso entorno frente à conduta delitiva do menor".

No Brasil, de sua parte, é manifesta a influência da normativa espanhola. Karyna *Sposato* dedica-se monograficamente às críticas ao modelo repressivo adotado no Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei nº 8.069/90. Referida lei prescreve autênticas disposições penais, provocando equivalências funcionais entre a personalidade do menor e do adulto em suas medidas socioeducativas: (i) advertências; (ii) obrigação de reparar o dano; (iii) prestação de serviços à comunidade; (iv) liberdade assistida; (v) semiliberdade; (vi) medida de internação. São medidas que acabam por comunicar códigos de forte efeito "estigmatizante" no menor.

Sérgio Salomão *Shecaira* defende que a extensão das garantias constitucionais próprias da intervenção penal pode beneficiar o menor, assumindo posição incisiva sobre a temática desde o caso brasileiro e a interpretação doutrinária do ECA: "não há espaços para ambiguidades. Há a necessidade de um firme compromisso com a inclusão social dos adolescentes em conflito com a lei, de forma a permitir, com a adoção efetiva e plena da doutrina da proteção integral, sua contribuição crítica na constituição de um efetivo Estado Democrático de Direito".

Apoiando-se em estatísticas para defender as finalidades preventivas do assim chamado direito penal de menores: "a proporção de adultos que foi infratora na infância é demasiado elevada". A prevenção da criminalidade juvenil, assim como na Espanha aportado por *Beristain*, é fruto de "ação social", e, segundo *Shecaira*, "tem por objetivo evitar a aparição de fenômenos ou condutas potencialmente danosas à sociedade". Ainda segundo a percepção de *Shecaira*, a prevenção pode ser "individual", quando a intervenção é direcionada ao menor especificamente, ou "coletiva", "atuando sobre determinadas áreas de risco".

6 Prolegômenos para uma Crítica ao Direito Penal Juvenil

Os prolegômenos partem do pressuposto de que há uma nítida confrontação no âmbito da tutela penal do menor, desde, de um lado, as linhas de uma persecução penal do menor baseada em "medidas socioeducativas", até, de outro lado, o recrudescimento das estruturas normativas que conduzem o menor agressor como "inimigo".

A primeira é fortemente demarcada por uma crítica às amplas reformas sociais, que por agora em sede de prolegômenos poderíamos cunhar como reconhecimento de assimetrias sociais no âmbito da tutela do menor. Mas não se trata de um apelo retórico à educação; para além disso: qual educação pode a sociedade oferecer aos seus menores?

Enquanto isso, o dilema da repressividade ao menor segue sendo um problema crítico da racionalidade penal, exigindo dos estudiosos uma tomada de posição coerente de prevenção de perigos sociais que não perca de vista a proteção da subjetividade do menor, permitindo-lhe a realização de sua liberdade e constituição de sua personalidade.

A elaboração dogmática de uma *teoria da responsabilidade dos menores* exige novos parâmetros de imputação pessoal, sob a construção de sentido orientada pela centralidade do conceito de *pessoa*, assim como na interpretação doutrinária de Miguel *Polaino-Navarrete*, "fundamento de toda discussão jurídico-penal". Tudo o que agora foi desenvolvido são esforços de especialização do comportamento decisório no âmbito da tutela penal de menores, dedicado ao controle das arbitrariedades legislativas; debaixo de critérios racionais, a racionalização da repressividade deve ser norteadada pela preservação da personalidade do menor, com "medidas próprias e adequadas às características do menor, e não medidas importadas da legislação de adultos", vedando assim injustas, desproporcionais e pouco efetivas repressões de duvidosa conotação democrática.