



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Rosângela Martins Alcantara Zagaglia Paiva

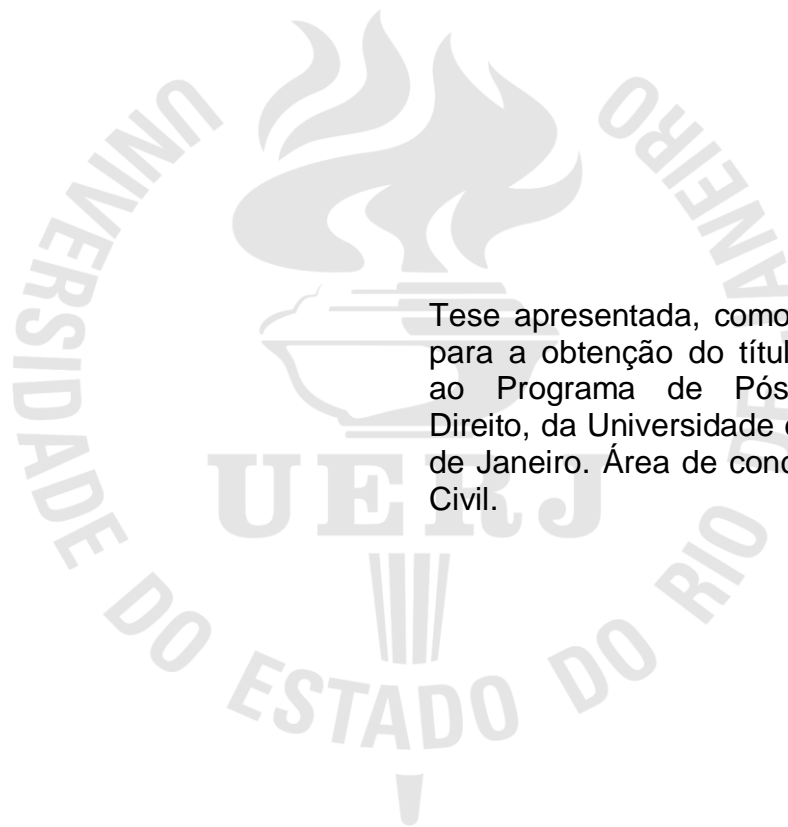
**Adolescente infrator:
as práticas restaurativas (mediação) e a nova Lei do Sistema
Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) na cidade do
Rio de Janeiro**

Rio de Janeiro

2014

Rosângela Martins Alcantara Zagaglia Paiva

**Adolescente infrator:
as práticas restaurativas (mediação) e a nova Lei do Sistema Nacional de
Atendimento Socioeducativo (SINASE) na cidade do Rio de Janeiro**



Tese apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor (a), ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino

Coorientador: Prof. Dr. Antonio Celso Alves Pereira

Rio de Janeiro

2014

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

P149

Paiva, Rosângela Martins Alcantara Zagaglia.

Adolescente infrator : as práticas restaurativas (mediação) e a nova Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) na cidade do Rio de Janeiro / Rosângela Martins Alcantara Zagaglia Paiva. - 2014.
245 f.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Tepedino.

Coorientador: Prof. Dr. Antonio Celso Alves Pereira.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direitos da criança e do adolescente- Teses. 2. Mediação - Teses. 3. Direito civil – Teses. I.Tepedino, Gustavo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.157

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Rosângela Martins Alcantara Zagaglia Paiva

**Adolescente infrator:
as práticas restaurativas (mediação) e a nova Lei do Sistema Nacional de
Atendimento Socioeducativo (SINASE) na cidade do Rio de Janeiro**

Tese apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor (a), ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Direito Civil.

Aprovada em 10 de junho de 2014.

Prof. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino (orientador)
Faculdade de Direito - UERJ

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Antonio Celso Alves Pereira (coorientador)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Ronaldo do Livramento Coutinho
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho
Faculdade de Direito – UERJ

Profª Dra. Andreia Teixeira
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Eduardo Boquimpani
Universidade Cândido Mendes

Rio de Janeiro

2014

DEDICATÓRIA

Meu amor Osório, sem seu carinho, cumplicidade, paciência, e incentivo não teria como levar essa grande responsabilidade a termo, pois sua teimosia amorosa me incentiva a ultrapassar os obstáculos.

AGRADECIMENTOS

À minha filha Joyce muito querida e especial. Desde bebê me ensinou o amor e a compreensão e sempre acalma a ânsia do meu coração, que busca para crianças e adolescentes um novo atuar social respeitoso, que garanta a vida digna e com liberdade de serem pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, em qualquer situação jurídica que estejam.

Aos meus orientadores, Prof. Gustavo José Mendes Tepedino e Prof. Antônio Celso Alves Pereira, agradeço o carinho de seus ensinamentos de ontem e de hoje, o incentivo e apoio, tornando meus momentos difíceis em espaço de crescimento.

Ao professor Ronaldo Coutinho que me ensinou que lutar é o melhor remédio para combater a insatisfação com a atuação na área do adolescente infrator.

Aos adolescentes que passaram pela experiência de cumprirem medidas socioeducativas de internação que depositaram confiança em meu trabalho.

A minha querida amiga Jaqueline, parceira nas leituras incansável do texto para rever, revisar e resistir as minhas novas buscas, é um carinho só realizado por quem sabe o sentido da verdadeira amizade.

Ao professor Jorge Coelho, grande mestre que me proporcionou alento em sua sabedoria científica nos momentos difíceis e inspiração para continuar.

À pesquisadora Livia Teixeira Leal, pelo muito que contribuiu com dados para o trabalho desenvolvido, e por todas as horas de incentivo e paciência na busca incansável de material, pesquisa, revisão e digitação.

A todos que, de uma forma ou de outra, colaboraram para a concretização desse trabalho e os amigos de todas as horas: Terezinha, Anderson, Eni.

A árvore que não dá frutos é xingada de estéril. Quem examina o solo? O galho que quebra é xingado de podre.

Mas, não havia neve sobre ele? Do rio que tudo arrasta, se diz que é violento. Ninguém diz violentas, as margens que o cerceiam.

Bertold Brecht

RESUMO

PAIVA, Rosângela Martins Alcantara Zagaglia. **Adolescente infrator**: as práticas restaurativas (mediação) e a nova Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) na cidade do Rio de Janeiro. 2014. 245 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

Este estudo, intitulado “Adolescente infrator: A mediação prevista na nova Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) na cidade do Rio de Janeiro” trata da mediação na vertente transformativa, com o objetivo de permitir nova ótica sobre a conduta infratora e as consequências dos atos no mundo social. Esta forma de atuação, dentre outros benefícios, pode evitar o desgaste jurisdicional, na medida em que os casos selecionados a partir de suas características passam a ser operados por especialistas em composição pacífica de conflitos, com a perspectiva de seres humanos que necessitam da inter-relação no convívio social. Os mediadores trabalham com os adolescentes em conflito com a lei, seus pais e as vítimas. Destarte, verificando as circunstâncias favoráveis à mediação, passa-se ao diálogo para alcançar um acordo, mantendo-se o centro da intervenção no conflito e na relação dos conflitantes, incentivando a capacitação para a negociação a partir do reconhecimento do direito do outro, produzindo a transformação interna dos litigantes que causará, como efeito desejado, a dissolução do conflito. A princípio os mediadores devem atuar apenas em fatos de menor potencial ofensivo, como agressões leves e outros conflitos entre adolescentes. Com o passar do tempo e o aperfeiçoamento da prática, é possível abarcar outras classes de prática infracional, a exemplo de pequenos furtos. Para tanto, na fase de pesquisa, tentando-se explicar a mediação transformadora a partir das referências teóricas publicadas em livros ou obras congêneres, utilizou-se a técnica bibliográfica; na fase da redação, ordenou-se o material coletado, segundo a lógica necessária à elaboração de um trabalho científico. O método a presidir este estudo foi o dedutivo, na medida em que parte da análise geral das crianças e dos adolescentes, em especial aqueles em conflito com a lei, para depois apresentar a teoria geral da mediação e em seguida, numa abordagem mais particular, enfrentar as questões envolvendo a mediação no Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) para, ao final, defender que é preciso desvendar o marco normativo que autoriza a prática da mediação como instrumento de resolução de questões relacionadas com o adolescente em conflito com a lei, para identificar a natureza jurídica desse modelo de mediação e, ao final, a título de sugestão, desenhar seu procedimento não estabelecido pela lei material que a prevê, qual seja, a Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. O grande desafio é estabelecer a metodologia adequada para que a autocomposição de conflito seja restaurativa ao adolescente infrator e aos integrantes desse conflito instaurado. O resgate do meio social abalado com a prática infracional é tão importante quanto a conscientização do adolescente. A pretensão é sugerir um marco normativo que posicione o procedimento da mediação como instrumento de ligação do indivíduo adolescente infrator, com o ambiente social onde está inserido, e com o formalismo processual

que vem afastando o Poder Judiciário de sua função social de dizer o direito e fazer justiça.

Palavras-chave: Adolescentes. Ato Infracional. SINASE. Postura Dialógica. Autocomposição. Medida Restaurativa. Mediação Transformadora.

ABSTRACT

PAIVA, Rosângela Martins Alcantara Zagaglia. **Young offender**: from the island of exclusion to the bridge of social re-integration based on the concept of mediation found in the new Act SINASE. 2014. 245 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

This paper entitled "*Young Offender: from the island of exclusion to the bridge of social re-integration based on the concept of mediation found in the new Act SINASE*" focuses on transformative mediation with a view to shedding new light on the conduct disorder and its consequences to society. This form of action, among some other benefits, may avoid taking such cases to Court, as they may be dealt with according to their features by experts in conflicts aiming at guiding the human beings in need of establishing bonds in social life. The mediators work with young offenders who are in conflict with the law, their parents and their victims. Having checked the circumstances favourable to the mediation, the mediator establishes a clear conversation with all of them, focusing primarily on the conflict itself and the relationship among them. The mediator encourages negotiation taking into account their different views, which provides appropriate conditions for the internal transformation of the litigants and hopefully produces the dissolution of the major conflict. The mediators should initially deal with only less serious cases, such as assaults and other minor conflicts among adolescents. As the mediators get more experienced, they may also focus on some other types of law infractions like petty thefts, for instance. In order to achieve satisfactory results, the mediation has been initially explained according to the Literature in this area and in a second phase the necessary data to write a piece of scientific work was collected. A deductive methodology has been adopted and to start with there is an overall analysis of children and adolescents, particularly those in conflict with the law. The general theory of mediation is then addressed followed by a particular approach on the issues concerning mediation in SINASE. Finally it is argued that it is necessary to unravel the regulatory framework which authorizes the practice of mediation as a tool for addressing issues related to adolescents in conflict with the law. The main objective is to identify the legal nature of this type of mediation and establish its use which has not been addressed in Law No. 12594 of January 18, 2002 which originally makes reference to it. The greatest challenge is to find the appropriate methodology and to guarantee that the way to conduct the conflict becomes restorative for both the young offender and the other members involved in it. The attempt to rescue the social environment affected by the law infraction is as important as the effort to raise the adolescent's awareness of the issue. It is intended to suggest a regulatory framework that sets the procedure of mediation as a tool to connect the young offender, the social environment and the procedural rules that have prevented the judicial system to perform its main duty which is to do justice to society

Keywords: Young offender. Conduct disorder. Mediation. Mediator. SINASE.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	011
1 O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA HISTÓRIA	017
1.1 A criança e o adolescente no âmbito mundial	017
1.2 A construção do direito da criança e do adolescente no Brasil	042
1.2.1 <u>Doutrina do direito penal do menor</u>	043
1.2.2 <u>Doutrina da situação irregular do menor</u>	046
1.2.3 <u>Doutrina da proteção integral</u>	048
1.2.4 <u>Síntese do desenvolvimento histórico-normativo dos direitos das crianças e dos adolescentes brasileiros</u>	056
1.3 A percepção doutrinária e jurídica da criança e do adolescente na atualidade brasileira	068
2 ADOLESCENTE E A PRÁTICA INFRACIONAL	075
2.1 Adolescência e fator violência	075
2.1.1 <u>Adolescência: construção social e cultural</u>	082
2.1.2 <u>Violência do adolescente</u>	090
2.2 Definindo adolescente infrator	096
2.3 Atos infracionais praticados por adolescentes	103
2.4 Responsabilidade penal do adolescente	108
2.5 Medidas socioeducativas	116
3 TEORIA GERAL DA MEDIAÇÃO E MEDIAÇÃO PENAL	129
3.1 Conceito de mediação	129
3.2 Arcabouço histórico-jurídico da mediação no Brasil	137
3.3 Métodos de solução de controvérsias	150
3.3.1 <u>Investigação ou perícia</u>	154
3.3.2 <u>Ajuste direto, negociação e transação</u>	155
3.3.3 <u>Renúncia</u>	157
3.3.4 <u>Conciliação</u>	158
3.3.5 <u>Mediação</u>	163
3.3.6 <u>Arbitragem</u>	163
3.3.7 <u>Decisão judicial</u>	168
3.4 Mediação penal e justiça restaurativa	169

4	MEDIAÇÃO PENAL/SOCIOEDUCATIVA RESTAURATIVA COM ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI	179
4.1	A prática restaurativa penal pela mediação para adolescentes infratores como socioeducação	181
4.2	Mediação na Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE)	197
4.2.1	<u>Práticas de mediação penal/socioeducativa restaurativa antes da sentença, como alternativas ao prosseguimento do processo judicial pelas vias convencionais</u>	204
4.2.2	<u>Práticas de mediação penal/socioeducativa restaurativa depois da sentença, quando da execução das medidas socioeducativas</u>	209
4.3	Roteiro básico para o procedimento da mediação de adolescentes infratores	211
	CONCLUSÃO	216
	REFERÊNCIAS	231

INTRODUÇÃO

Esta tese traz a lume a questão da reinserção social do adolescente infrator pela mediação, aplicada como instrumento democrático de autocomposição de litígios, que prioriza a prática da justiça restaurativa na resolução de conflitos com a lei, provocados por adolescentes em decorrência do cometimento de atos infracionais.

A pretensão é analisar a natureza jurídica do instituto da mediação previsto na nova Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), para verificar, dentre as três escolas clássicas existentes sobre as formas de se trabalhar com a mediação: o modelo tradicional-linear, o modelo transformativo e o modelo circular-narrativo, para verificar qual deles é o mais compatível com as peculiaridades dos direitos dos adolescentes, capaz de nortear a construção normativa de um procedimento que funcione como elo de ligação entre a individualidade do adolescente em conflito com a lei e seu entorno social com o formalismo dos procedimentos judiciais que afastam o Poder Judiciário de sua função social.

O modelo tradicional-linear de Harvard, desenhado pelo antropólogo Willian Ury professor da Universidade de Harvard, e seus alunos, visa o acordo puro e simples, independentemente do contexto do conflito, sem qualquer preocupação com a ligação das partes e, muito menos, com transformação dessa relação. Este modelo está centrado no acordo sem levar em conta as relações entre as partes, centrando-se no conteúdo da comunicação. Não tem a menor intenção de modificar as relações entre as partes. É um modelo extremista, centrado no acordo e que se encontra próximo ao campo da negociação.

O modelo transformativo de Robert A. Barush Bush (teórico da negociação) e Joseph F. Folger (teórico na comunicação), tem como meta alcançar um acordo com o melhoramento da situação das partes em comparação com a situação inicial. A abordagem transformativa desse modelo se propõe a desenvolver a capacitação para que as partes assumam suas responsabilidades; o reconhecimento da outra parte e a preocupação com o outro; e a conscientização sobre cada estágio do processo, conhecendo e desenvolvendo novas formas de trabalhar com a situação. O centro desse modelo não é o acordo, mas a transformação das relações entre as

partes em conflito. Pela capacitação, pelo reconhecimento e pela conscientização as pessoas em litígio resgatam a capacidade de resolver os conflitos. Também é um modelo extremista, porém colocado no sentido oposto ao linear, porque é centrado nas relações entre as partes, não se preocupando, fundamentalmente, com o acordo, aproximando-se mais do campo da terapia psicológica.

Por fim, o modelo circular-narrativo de Sara Cobb, da Universidad de Santa Bárbara, California, é o último dos modelos de mediação, apresentado à comunidade científica à partir de 1995, por meio de artigos e cursos sobre negociação e resolução de conflitos. Está interessado em ambos os aspectos, vale dizer, tanto no acordo quanto nas relações entre as partes. O objetivo que este modelo persegue é fomentar a reflexão, modificar os significados por meio da história trazida à mediação. O acordo é apenas um objetivo secundário. Trata-se de um modelo que se situa entre os dois anteriores, cujo objetivo está orientado tanto no sentido das modificações das relações quanto ao acordo, sempre por meio da reflexão sobre as narrativas do conflito.

O objetivo deste estudo é verificar a compatibilidade da mediação com as peculiaridades dos direitos dos adolescentes, para defendê-la como instrumento de mudança do paradigma retributivo pelo paradigma da justiça restaurativa, possibilitando a otimização dos resultados previstos para as medidas socioeducativas.

No escopo de nortear a linha de pesquisa proposta levanta-se o seguinte questionamento: é possível a mediação para resolver práticas infracionais por adolescentes? Qual o melhor procedimento para que a mediação, prevista na nova Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), funcione, na prática, como ponte da reinserção social do adolescente infrator?

Para tanto, é preciso analisar o que se entende por mediação e qual a natureza jurídica da mediação prevista na Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), para verificar se sua prática entra em conflito com os direitos dos adolescentes pela sua peculiar situação de indivíduos em desenvolvimento, bem como verificar quais os tipos penais possíveis de mediação e saber qual o momento certo de ser aplicada a mediação na adolescência, se extra-processual, pré-processual, ou processual, para, ao final, indicar um roteiro básico para o procedimento restaurativo/mediador de adolescentes infratores.

A mediação deve permitir à vítima explicar sua situação. Porém, ninguém pode obrigá-la a escolher a mediação para a resolução do conflito.

Trata-se de uma saída positiva porque se busca recuperar as crianças ou adolescentes em conflito com a lei e não simplesmente submetê-los a um processo sem tribunais especializados. Uma das principais consequências de se trabalhar com a mediação em matéria infracional é que a causa que se resolve por esta via não contará como antecedente no prontuário do implicado. Isso traz vantagens aos adolescentes porque se evita que cheguem à Justiça, que prestem declaração, entre outras circunstâncias. A mediação soluciona o conflito de outra maneira. Trata-se de um sistema mais eficaz do que o judicial, porque a recuperação do adolescente em conflito com a lei é abordada desde uma perspectiva integral, com valores que são necessários para viver em sociedade. Isso é salutar na personalidade do indivíduo, na medida em que terá a oportunidade de reconhecer a situação e pedir desculpas.

O artigo 40 da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, estabelece que os Estados-Parte tomarão medidas para promover o estabelecimento de leis, procedimentos e instituições específicos para todo o ser humano menor de dezoito anos em conflito com a lei.

Na forma o artigo 1º, da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, *in verbis*: “[...] criança é todo o ser humano menor de dezoito anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”¹.

Declara o artigo 40, da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, o reconhecimento dos Estados-Parte “à criança suspeita, acusada ou que se reconheceu ter infringido a lei penal”, o direito de receber tratamento capaz de favorecer o seu sentido de dignidade e valor”, além de “reforçar o seu respeito pelos direitos humanos e as liberdades fundamentais de terceiros” e que levem em consideração “sua idade e a necessidade de facilitar a sua reintegração social e o assumir de um papel construtivo no seio da sociedade”².

Um dos primeiros casos de mediação de adolescentes aconteceu no Canadá, por volta de 1974, quando dois adolescentes produziram atos de vandalismo, sob a influência de drogas, arranhando vários automóveis na cidade de Ontário. Como não

¹ INTERNACIONAL, Legislação. **Convenção sobre os Direitos da Criança**: adotada em Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em: 02 ago. 2012. p. 1.

² INTERNACIONAL, Legislação. *Op. cit.*, p. 1.

tenham antecedentes criminais, o juiz dispôs uma solução que não envolveu punição, mas levou-os a admitir os fatos e reparar os danos³.

Nesse caso evidencia-se o caráter educativo e responsabilizador do processo de mediação, assim como seu potencial para favorecer as condições de uma convivência pacífica quando a solução é fornecida pelas partes protagonistas do conflito.

É preciso enfatizar como o diálogo e o encontro com o outro são ferramentas inerentes ao processo de mediação, na medida em que se convertem em oportunidades de restituição e reparação, tanto para as partes envolvidas no conflito como para a sociedade. O processo de mediação significa restituição para possibilitar ao adolescente um encontro com a parte para a qual causou o dano, podendo explicar-se mediante o diálogo, tomando, assim, consciência de seus atos.

Definir a responsabilidade em termos educativos é conscientizar-se pela recapitulação de seus atos. O encontro com a vítima/lesado/ofendido se constitui num processo de aprendizagem para o adolescente infrator, que ao assumir sua responsabilidade ante abrir-lhe um espaço para superar suas dificuldades e oferecer alternativas para reparar o dano ou o mal injusto cometido.

Para a vítima/lesado/ofendido o processo de mediação se converte numa possibilidade de restituição, ao ouvir o causador de seu prejuízo, superando seus temores diante de sua presença e obtendo as respostas para suas perguntas. Assim mesmo, também mediante o diálogo, a mesma expressa como se sente e como deseja ser reparada, participando ativamente do processo educativo e responsabilizador do adolescente infrator, bem como na solução do conflito que lhe afeta.

Em relação à sociedade, a mediação contribui para criar um modelo de justiça afastado do caráter punitivo, no qual se devolve às partes implicadas no conflito sua capacidade para resolvê-lo, gerando confiança e segurança nos indivíduos e na comunidade.

Com efeito, o encontro entre as partes se converte na oportunidade de enriquecimento. Por isso é preciso primar pela vontade do adolescente infrator de se encontrar com a vítima como fator determinante para a viabilidade do processo autocompositivo/mediador.

³ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 150.

Nesse sentido esse estudo surge com a finalidade de compreender e difundir o valor da mediação na adolescência como processo educativo e responsabilizador, assim como seu potencial para favorecer as condições de uma convivência pacífica.

Para esta pesquisa, a mediação é compreendida como um processo gerador de dinâmicas restitutivas. A restituição, por sua vez, é compreendida como processo de aprendizagem continuado de superação das dificuldades, vale dizer, como oportunidade para reescrever uma nova história.

Projeto de Lei nº 4.827, de 10 de novembro de 1998. Situação atual: pronta para Pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Ementa: institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. No capítulo 1º consta que, para fins da lei em projeto, a mediação “é a atividade técnica exercida por terceira pessoa, que escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual previnam ou solucionem conflitos”. Ademais, considera “lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação, ou acordo de outra ordem, para os fins que consinta a lei civil ou penal”⁴.

Com base no texto normativo dos incisos II e II, do artigo 35, da Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), questiona-se: qual a natureza jurídica da mediação para o adolescente com prática infracional?

Como primeira hipótese testável tem-se que embora exista previsão legal autorizando a prática da mediação para resolver conflitos relacionados com a prática de atos infracionais por adolescentes, essa mediação possui a mesma natureza jurídica da mediação na Justiça do Trabalho, a qual possui previsão legal (Consolidação das Leis do Trabalho), cuja interpretação remete-se ao texto do *caput* do artigo 37, da Constituição Federal de 1988, com a redação da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, assegurando a todos a razoável duração do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, com a redação da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004), pressupõe que o Poder Judiciário só funcione nos casos nos quais a mediação ou a arbitragem não puderem resolver adequadamente os problemas suscitados.

⁴ BRASIL, Legislação. **Projeto de Lei nº 4.827, de 10 de novembro de 1998**. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03DEZ1998.pdf#page=71>>. Acesso em: 02 ago. 2012. p. 1.

Como segunda presunção ratificável tem-se que a mediação pode ser usada para resolver questões relacionadas com o adolescente em conflito com a lei, pois há previsão legal.

A previsão legal da mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional é de direito material, cujo procedimento ainda não foi desenhado pelo legislador. Este estudo pretende estabelecer tal procedimento como sugestão de marco normativo.

Para tanto, sugere-se o modelo de mediação penal restaurativa, capaz de permitir o posicionamento do procedimento da mediação como uma ponte entre a individualidade do adolescente infrator e seu entorno familiar e social com o formalismo do Poder Judiciário que impede o exercício básico fundamental de sua função social.

A mediação prevista na nova Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), é uma possibilidade inovadora que proporciona ao adolescente infrator a reflexão sobre o ato infracional que cometeu, no escopo de permitir-lhe uma nova ótica sobre sua conduta infratora e as consequências de seus atos no mundo social (família, ofendido/lesado e a comunidade).

O grande desafio deste estudo é estabelecer a metodologia adequada para que a autocomposição de conflito seja restaurativa ao adolescente infrator e aos integrantes desse conflito instaurado. O resgate do meio social abalado com a prática infracional é tão importante quanto a conscientização do adolescente sobre ele, principalmente, numa cidade das proporções da cidade do Rio de Janeiro.

Ao final, defende-se a mediação prevista na nova Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo como instrumento de reinserção social do adolescente infrator na cidade do Rio de Janeiro.

1 O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA HISTÓRIA

Com o intuito de apresentar o instituto da mediação previsto na nova Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) - Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012⁵ como instrumento de ligação e transposição da ilha da exclusão ao espaço da reinserção social, este primeiro capítulo da pesquisa trata dos aspectos conceituais sobre criança e adolescente, abordando-se análise histórica do desenvolvimento dos direitos a eles pertinentes, focalizando a questão dos princípios e garantias dos direitos fundamentais e da cidadania de pessoas cuja defesa e aplicabilidade dependem da representatividade política.

Objetiva-se apontar, dentro do sistema jurídico brasileiro, o melhor interesse do adolescente autor de ato infracional, no contexto de uma sociedade desigual e injusta.

Busca-se, nesta parte da investigação, comprovar a hipótese de que as acepções que envolvem a criança e o adolescente na atualidade representam legado histórico e dentro deste contexto é que devem ser investigados e analisados, para efetiva compreensão do tema proposto.

1.1 A criança e o adolescente no âmbito mundial

No contexto da história humana, o reconhecimento de direitos de crianças e adolescentes é relativamente recente. As iniciativas internacionais voltadas à proteção da criança tiveram início em 1919, com a Convenção nº 5, aprovada pela Conferência Internacional do Trabalho, que adotou a idade mínima de admissão nos

⁵ BRASIL, Legislação. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012.** Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); nº 7.560, de 19 de dezembro de 1986; nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990; nº 5.537, de 21 de novembro de 1968; nº 8.315, de 23 de dezembro de 1991; nº 8.706, de 14 de setembro de 1993; os Decretos-Leis nº 4.048, de 22 de janeiro de 1942, nº 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm>. Acesso em: 06 ago. 2012. p. 1.

trabalhos industriais⁶, seguida pela Convenção Internacional para a Supressão do Tráfico de Mulheres e Crianças, de 1921⁷, adotada pela Liga das Nações⁸.

Contudo, o primeiro documento amplo e geral com relação aos “direitos da criança” aconteceu na Declaração dos Direitos da Criança, elaborado em Genebra, em 1923, também conhecida como “Declaração de Genebra”, e intitulada “Carta da União Internacional de Proteção à Infância”, adotada pela Liga das Nações em 26 de setembro de 1924.

Por meio dessa Declaração de Genebra, os homens e mulheres de todas as nações passaram a reconhecer que a humanidade deve dar à criança o que possui de melhor e afirmaram como seus deveres:

- a) proteger a criança independentemente de qualquer consideração de raça, nacionalidade ou crença;
- b) auxiliar a criança respeitando a integridade da família;
- c) colocar a criança em condições de se desenvolver de maneira normal, tanto material, quanto moral e espiritualmente;
- d) a criança que tem fome deve ser alimentada; a criança doente deve ser tratada; a criança deficiente deve ser auxiliada; a criança inadaptada deve ser reeducada; o órfão e o abandonado devem ser recolhidos;
- e) a criança deve ser a primeira a receber socorros em tempo de infortúnio;
- f) a criança deve se beneficiar plenamente de medidas de previdência e de seguro sociais; a criança deve ser colocada em condições de, no momento oportuno, ganhar a sua vida e deve ser protegida contra qualquer exploração; e
- g) a criança deve ser educada no sentimento de que suas melhores qualidades devem ser postas ao serviço dos seus irmãos.

O problema é que esta Declaração dos Direitos da Criança de 1924, não obrigava os Estados aos itens descritos, pois tratava-se apenas de uma “declaração de obrigações dos homens e mulheres de todas as nações” (preâmbulo).

⁶ INTERNACIONAL, Legislação. **Idade Mínima de Admissão nos Trabalhos Industriais, de 1919**. Convenção nº 05, aprovada na primeira reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Washington - 1919), entrou em vigor no plano internacional em 13 de junho de 1921. Disponível em: <<http://www.oit.org.br>>. Acesso em: 07 ago. 2012. p. 1.

⁷ INTERNACIONAL, Legislação. **Convenção Internacional para a Supressão do Tráfico de Mulheres e Crianças, de 1921**. Adotada em Genebra, a 30 de setembro de 1921. Entrada em vigor na ordem jurídica internacional em 15 de junho de 1922. Disponível em: Acesso em: 07 ago. 2012. p. 1.

⁸ DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado (parte especial)**: direito civil internacional. V. 1 (a família no direito internacional privado); Tomo Segundo (a criança no direito internacional). Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 81.

Assim é que, apenas com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, a infância foi universalmente reconhecida como detentora de cuidados e assistência especiais: “artigo XXV: 1. [...]. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social”⁹.

No entanto, existem indícios históricos da preocupação com a infância antes da positivação normativa dos direitos da criança. Um dos estudos históricos mais importantes, embora também controverso, é o desenvolvido pelo historiador francês Philippe Ariès (1914 - 1984) a partir de 1960, segundo o qual, em grande medida, a infância, tal como se concebe na atualidade, é algo inventado nos últimos trezentos anos, explicando que “a arte medieval desconhecia a infância ou não tentava representá-la, demonstrando que, talvez, não houvesse lugar para a infância nesse mundo”¹⁰. Exemplo disso, tem-se uma pintura do estilo de arte denominado “otoniano” (Alemanha, séculos X e XI), cuja maior representação é o Evangelário de Oton III, que dentre suas figuras traz uma miniatura otônica pintada no século XI, representando a frase bíblica atribuída a Jesus “vinde a mim as criancinhas”¹¹, que traz a figura de Jesus cercado por oito verdadeiros adultos reproduzidos em escala menor, sem nenhuma das características hoje atribuídas à infância¹².

Outro exemplo citado por Philippe Ariès¹³ em seus estudos foi uma “miniatura francesa do fim do século XI onde “as três crianças que São Nicolau ressuscita estão representadas numa escala mais reduzida que os adultos, sem nenhuma diferença de expressão ou de traços”, explicando que:

O pintor não hesitava em dar à nudez das crianças, nos raríssimos casos em que era exposta, a musculatura do adulto: assim, no livro de Salmos de São Luís de Leyde, datado do fim do século XII ou do início do XIII, Ismael, pouco depois de seu nascimento, tem os músculos abdominais e peitorais

⁹ INTERNACIONAL, Legislação. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 12 ago. 2012. p. 1.

¹⁰ ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Tradução de Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC/Guanabara, 1981. p. 39.

¹¹ BÍBLIA Sagrada. **Novo Testamento (d.C)**. 8. ed. Aparecida: Editora Santuário, 1978. São Lucas 18,16.

¹² ARIÈS, Philippe. *Op. cit.*, p. 39.

¹³ *Idem, ibidem*, p. 39.

de um homem. [...]. Na Bíblia moralizadora de São Luís, as crianças são representadas com maior frequência, mas nem sempre são representadas por algo além do seu tamanho¹⁴.

Isso significa, segundo Philippe Ariès¹⁵, que os adultos dos séculos X e XI “não se detinham diante da imagem da infância, que esta não tinha para eles interesse, nem mesmo realidade” levando a pensar que também “no domínio da vida real, e não mais apenas no de uma transposição estética, a infância era um período de transição, logo ultrapassado, e cuja lembrança também era logo perdida”.

Nesta época normalmente os artistas pintavam as crianças apenas como adultos em escala reduzida, sem nenhuma diferença de expressões ou traços, indicando, provavelmente, que eram vistas como seres adultos em miniatura.

O século XII se manteve constante quanto a esse procedimento, apesar de seus artistas retratarem a infância com um pouco mais de sentimento. Somente em meados do século XII é que foram surgindo representações de crianças um pouco mais próximas da forma moderna. Os anjos são pintados com traços mais efeminados, arredondados e graciosos, representando meninos recém-saídos da infância, hoje denominados de “adolescentes”. Desse modo, já é perceptível o avanço em relação à concepção anterior de criança, na forma de adultos em miniatura.

A presença desses “anjos-adolescentes” passa a ser constante nas representações artísticas da época, principalmente a conhecida como “hagiografia” (dos termos latinos *hagios* - santo; *grafia* - escrita) que significa a biografia de pessoas santificadas, e animaram a pintura religiosa do século XV, sem grandes transformações, muito embora a categoria “juventude” seja uma construção toda industrial, que se afirma apenas no início do século XX¹⁶.

Na colação doutrinária de Domênico De Masi¹⁷, “a adolescência e juventude, como fenômenos de massa, são um lado histórico recente, devido ao desenvolvimento da industrialização”, explicando que:

Foi esse processo que provocou a exclusão de massa juvenis do mercado de trabalho e a instituição da escola secundária, a escola da adolescência, em resposta à dupla função de fornecer uma maior preparação profissional

¹⁴ ARIÈS, Philippe. *Op. cit.*, p. 39.

¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 40.

¹⁶ DE MASI, Domênico. **O futuro do trabalho**: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. Tradução de Yadyr A. Figueiredo. 3. ed. Rio de Janeiro: José Olympio; Brasília, DF: Ed. da UnB, 2000. p. 209-210.

¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 210.

e, junto, um “estacionamento” para todos esses jovens que não têm a possibilidade de encontrar uma ocupação.

Não se pode negar que muito tempo antes, quando do nascimento de Jesus Cristo houve certa compaixão e encantamento em relação à tenra infância, porém até o século XIV esse sentimento manteve limitado à pessoa do Menino Jesus. Não se pensava a criança da forma como se acredita hoje. Como pontua Philippe Ariès¹⁸, a morte dos filhos era encarada muito naturalmente, sem qualquer desespero, pois uma criança era facilmente substituída, uma aceitação comum na sociedade, tendo em vista que o conceito de negligência e abandono eram inexistentes. A partir de sua devolução pelas amas às famílias, eram consideradas adultas em miniaturas. Vestiam-se como adultos, e eram inseridas no mundo deles, sem restrições. Nessas sociedades não existia o “sentimento de infância”.

O século XVII teve sua importância na história da primeira infância. Foi neste período que surgiram retratos de crianças sozinhas, fora do grupo de adultos. Também se percebe a organização da família em torno da criança, que se tornou o centro da composição:

Afora as efígies funerárias, os retratos de crianças isoladas de seus pais continuaram raros até o fim do século XVI: lembremos o retrato do Delfim Carlos Orlando pelo Maitre des Moulins (outro testemunho da piedade sentida pelas crianças desaparecidas cedo). Por outro lado, no início do século XVII, esses retratos se tornaram muito numerosos, e sentimos que se havia criado o hábito de conservar através da arte do pintor o aspecto fugaz da infância. Nesses retratos a criança se separava da família como um século antes, no início do século XVI, a família se separava da parte religiosa do quadro do doador. A criança agora era representada sozinha e por ela mesma: esta foi a grande novidade do século XVII. A criança seria um de seus modelos favoritos (*sic*)¹⁹.

¹⁸ “Não se pensava, como normalmente acreditamos hoje, que a criança já contivesse a personalidade de um homem. Elas morriam em grande número. [...]. Essa indiferença era uma consequência direta e inevitável da demografia da época. Persistiu até o século XIX, no campo, na medida em que era compatível com o cristianismo, que respeitava na criança batizada a alma imortal. Consta que durante muito tempo se conservou no País Basco o hábito de enterrar em casa, no jardim, a criança morta sem batismo. Talvez houvesse aí uma sobrevivência de ritos muito antigos, de oferendas sacrificais. Ou será que simplesmente as crianças mortas muito cedo eram enterradas em qualquer lugar, como hoje se enterra um animal doméstico, um gato ou um cachorro? A criança era tão insignificante, tão mal entrada na vida, que não se temia que após a morte ela voltasse para importunar os vivos” (ARIÈS, Philippe. *Op. cit.*, p. 42).

¹⁹ ARIÈS, Philippe. *Op. cit.*, p. 48.

Do mesmo modo, Eronilda Maria Góis Carvalho²⁰ pontua que “a aparição da infância ocorreu em torno do século XIII e XIV”, ressaltando que “os sinais de sua evolução tornaram-se claras e evidentes, no continente europeu” somente “entre os séculos XVI e XVII no momento em que a estrutura social vigente (mercantilismo) provocou uma alteração nos sentimentos e nas relações frente à infância”.

Assim, segundo a tese desenvolvida a partir dos estudos de Philippe Airès, a descoberta da infância começou no século XIII, e sua evolução pode ser acompanhada na história da arte dos séculos XV e XVI, mas os sinais de seu desenvolvimento tornaram-se particularmente numerosos e significativos a partir do fim do século XVI e durante o século XVII. As crianças passam a receber novos nomes, como *bambins*, *pitchouns* e *fanfans*²¹. Os adultos interessaram-se também em registrar as expressões das crianças e em empregar seu vocabulário.

Em suas pesquisas, Philippe Ariès constatou que foi preciso um longo período de evolução para que o “sentimento da infância realmente se arraigasse nas mentalidades” das pessoas²². Tal cuidado, todavia, não denota ainda que a sociedade moderna reconheceu um lugar tão privilegiado dos infantes na família que faça dela o seu centro. O fato é que a família do século XVII, embora diferente da medieval, ainda não é o que se denomina de “família moderna” caracterizada pela ternura e a intimidade que ligam os pais aos filhos²³. Conforme Jadir Cirqueira de Souza²⁴, “a comunidade infanto-juvenil, nos períodos mais antigos da história humana, sempre foi objeto de diversificadas formas de maus-tratos”.

A filósofa francesa Elisabeth Badinter²⁵, nascida em 1944, uma das vozes contemporâneas mais importantes e controvertidas do movimento feminista francês, também trouxe questionamentos fundamentais sobre esse tema, porém do ponto de vista feminino. No seu pensar, o amor materno, como qualquer outro, é construído de acordo com as exigências sociais de cada época, e que o “instinto materno” é um

²⁰ CARVALHO, Eronilda Maria Góis. **Educação infantil: percurso, dilemas e perspectivas**. Ilhéus, BA: Editus, 2003. p. 47.

²¹ ARIÈS, Philippe. *Op. cit.*, p. 52.

²² Com base na iconografia relacionada ao tema (imagens ou formas representadas em obras de arte), na pedagogia e nos jogos infantis da época, Philippe Ariès chegou à conclusão que a “partir do início do século XVII, os adultos modificam sua concepção da infância e lhe concedem uma atenção nova, que não lhe manifestavam antes” (BADINTER, Elizabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998. p. 53).

²³ BADINTER, Elizabeth. *Op. cit.* p. 53.

²⁴ SOUZA, Jadir Cirqueira de. **A efetividade dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Pillares, 2008. p. 56.

²⁵ BADINTER, Elizabeth. *Op. cit.* p. 138 e ss.

mito. A entrega dos filhos a amas de leite era um fenômeno generalizado em todas as camadas sociais, revelando verdadeiro abandono moral e afetivo por parte da mãe, do pai e de toda a sociedade, deixando as crianças em situações catastróficas. Moralistas do século XVIII ressaltam que os pais eram mais exigentes na escolha de uma criada ou de um serviçal de estrebrias do que com as amas de leite.

Segundo a citada autora, havia uma concordância maternal em certas sociedades de matarem as filhas mulheres. Tinha, também, o que Elizabeth Badinter²⁶ chamou de “amor relativo”. Amava-se mais o menino que a menina, mais o primogênito que o caçula. Aliás, o filho mais velho era amamentado e cuidado pela mãe. Segundo a autora, até início do século XVII o comportamento da mãe oscilava entre a indiferença e a rejeição.

A partir do século XVII, a aprendizagem passa a ser ministrada fora de casa, nas escolas. A criança deixa de ser misturada aos adultos e de aprender a vida diretamente através do contato com eles. Começou um grande processo de enclausuramento das crianças, que hoje se chama de “escolarização”²⁷.

No século XVII, a escola tornou-se um lugar de produção de ordem e homogeneização das crianças da elite, cujo sistema ainda incipiente de aprendizagem buscava práticas e mecanismos que acolhessem e protegessem os infantes, numa atmosfera europeia em que a tônica era a ilegitimidade dos filhos e de crianças enjeitadas, principalmente nas famílias pobres.

A Igreja, tentando diminuir esse flagelo, procurava exercer certo controle social através dos sacramentos, legitimando o casamento como forma de combate à ilegitimidade da prole e do abandono dos infantes. Em Portugal, no entanto, era alto o índice de ilegitimidade e de enjeitados, ao contrário da Itália e da França, países em que havia algumas medidas de socorro às famílias para evitar que enjeitassem seus filhos. Na França antes do século XVIII as leis sempre endossaram o “patrio poder absoluto”, com os pais exercendo poder incontestável sobre os filhos, podendo agir sobre eles da forma que melhor lhes aprouvesse, sem que houvesse qualquer punição por excessos ou violência.

²⁶ BADINTER, Elizabeth. *Op. cit.*, p. 140.

²⁷ “A escola substituiu a aprendizagem como meio de educação. Isso quer dizer que a criança deixou de ser misturada aos adultos e de aprender a vida diretamente, através do contato com eles. A despeito das muitas reticências e retardamentos, a criança foi separada dos adultos e mantida à distância numa espécie de quarentena, antes de ser solta no mundo. Essa quarentena foi a escola, o colégio. Começou então um longo processo de enclausuramento das crianças (como dos loucos, dos pobres e das prostitutas) que se estenderia até nossos dias, e ao qual se dá o nome de escolarização” (ARIÈS, Philippe. *Op. cit.*, p. 05).

A escola prepara a criança para o mundo adulto, e se converte desse modo, num importante fator de separação entre o adulto e a criança. Esta nova instituição para as crianças foi acompanhada de métodos de educação bastante severos. Na realidade, nesses tempos se observam duas tendências que talvez persistam até os dias atuais: por um lado, alguns pais demasiadamente apaixonados por seus filhos, se deslumbram com essa nova criança, a quem o consideram mais esperto e maduro, e dão mais importância à afetividade; de outro os moralistas, que denunciam que a complacência com a que os pais e as mães educam seus filhos pode degenerar facilmente em excessiva indulgência, sendo o mimo, então, as causas das debilidades.

De fato, Agostinho de Hipona (354 a 430 d.C), conhecido como Santo Agostinho, escritor, filósofo e teólogo cujo pensamento reinou por muito tempo na história da pedagogia, constantemente retomado até o fim do século XVII, opunha a imperfeição infantil à perfeição a que todo adulto deve tender. Para ele, a infância não somente não tinha nenhum valor, nem especificidade, como seria indício da corrupção humana, ensinando que a redenção passa pela luta contra a infância, vale dizer, “a anulação de um estado negativo e corrompido”. Para o adágio agostiniano, a natureza na criança é tão corrompida que o trabalho de recuperação é penoso, justificando previamente todas as ameaças, as varas e as palmatórias²⁸.

Por isso é que nunca a palavra “educação” foi mais justamente utilizada do que nesta época. Destaca-se que a palavra “educação” vem da expressão latina “*educare*, que originalmente significa: endireitar o que é torto ou malformado”²⁹.

Nas informações trazidas por Elizabeth Badinter³⁰, “no século XVII, a sociedade monarquista ainda não reconheceu o reinado do Menino-Rei, centro do universo familiar”, explicando que “é esse reinado da criança que começa a ser ruidosamente celebrado nas classes ascendentes do século XVIII, por volta dos anos 1760-1770”.

Este novo modelo de infância foi acompanhado de disposições jurídicas que respondiam às preocupações de natureza pública, que constituíram as bases da política de proteção à infância, com a intervenção do Estado em questões sociais e demográficas.

²⁸ BADINTER, Elizabeth. *Op. cit.*, p. 54; 55.

²⁹ *Idem, ibidem*, p. 55 e nota 07.

³⁰ *Ibid*, p. 53.

Aqui é preciso abrir parêntesis para informar que a tese quase hegemônica³¹, de Philippe Ariès, de que as crianças das eras medieval (século V a XV) e moderna (XV até XVIII) não passavam de adultos em miniatura. Uma fase humana com pouca importância principalmente afetiva foi contestada, recentemente, pelo historiador brasileiro Augusto de Carvalho Mendes³², que baseou seus estudos nas obras de “Gonzalo de Berceo, primeiro poeta conhecido a escrever em castelhano”.

Segundo Augusto de Carvalho Mendes, a bibliografia crítica à tese de Philippe Ariès vem aumentando nas últimas décadas, e destaca, no Brasil, o livro intitulado “um monge no divã: a trajetória de um adolecer na Idade Média Central”, do psicanalista David Leo Levisky, que enfrenta questões como “teria a adolescência existido em outras épocas da civilização humana? Como seria esta fase do desenvolvimento no homem de mil anos atrás?”, tudo isso na visão da psicanálise.

Augusto de Carvalho Mendes³³, sem negar a influência das condições econômicas sobre os sentimentos e a ação humana nos seus mais variados desdobramentos, entende que o surgimento de um sentimento favorável à infância não está condicionado exclusivamente ao desenvolvimento socioeconômico da Europa ocidental como quer Philippe Ariès, mas se situa no plano religioso.

Não se sabe ao certo quando nasceu Gonzalo de Berceo. Provavelmente foi em 1195, na Espanha. Seus escritos na forma de poema é que contam o pouco que se sabe de sua biografia. Foi autor de nove livros, todos em verso. Seus relatos religiosos sobre a Virgem Maria e seu Filho Jesus “é de uma afetividade muito enraizada e humanizada, que nasce da maternidade da Virgem”³⁴. Nas suas palavras: “[...] da Virgem gloriosa viram a figura com seu Filho nos braços, a sua

³¹ A tese de Philippe Ariès “ganhou a adesão de grandes historiadores como Jean Delumeau, Jacques Le Goff e Jean-Claude Schmitt acabando por se tornar bastante divulgada e mesmo predominante entre os especialistas. As ideias de Philippe Ariès não ficaram apenas no âmbito acadêmico dos estudos históricos, mas rapidamente conquistaram espaço, sobretudo, entre psicólogos e sociólogos norte-americanos. [...]. No Brasil a situação não é diferente. Não é raro encontrar adesão à teoria de Philippe Ariès em estudos históricos, pedagógicos, literários, psicológicos e sociológicos, sendo que em muitos cursos seu livro é leitura obrigatória. Pode-se afirmar que a tese de Philippe Ariès é hegemônica. O autor é citado até mesmo por jornalistas como Hélio Schwartsman (2004), da *Folha de São Paulo*, para explicar que os sentimentos dos adultos pelas crianças datam do fim do século XVIII, dando a entender que, caso a morte de 156 crianças na escola russa de Beslan, em 2004, tivesse ocorrido mil anos antes, passaria em brancas nuvens” (MENDES, Augusto de Carvalho. **Gonzalo de Berceo e a infância medieval**. In: *Cadernos de História*, nº 14, vol. 11, p. 79-103. Belo Horizonte, 1º sem. 2010. p. 79; 80).

³² MENDES, Augusto de Carvalho. *Op. cit.*, p. 79 e seguintes.

³³ *Idem, ibidem*, p. 81.

³⁴ *Ibid*, p. 85.

doce criatura. [...]. Pararam-se diante do Menino coroadado, o que estava com sua Mãe docemente abraçado”³⁵.

Segundo Augusto de Carvalho Mendes³⁶, “nos escritos berceanos os pais são bastante zelosos”, alimentando seus filhos, preocupando-se com suas vestes e com sua educação. Destaca que um adereço hoje mal-compreendido são as ataduras frequentemente vistas na pintura medieval, que apesar de parecerem incômodas, demonstram a preocupação dos pais com seus filhos, como sinônimo de bons tratos, “para manter a criança numa temperatura adequada, para fortalecer seus membros, evitar deformações e para impedir que ela se arranhasse ou caísse do berço”.

Desse modo, percebe-se, pelos poemas de Gonzalo de Berceo, que os pais da Idade Média não eram brutais com seus filhos, ao contrário, eram bastante bondosos. A visão da displicência do pai em relação a seus filhos, alheio à sua criação, segundo Augusto de Carvalho Mendes³⁷, “foi construída por historiadores do século XIX e XX, pouco afeitos a prestar atenção em homens que cozinhavam, davam banho e brincavam com suas crianças”.

Conforme Gonzalo de Berceo, os pais ensinavam seus filhos a rezar o “Pai Nosso”, porque segundo a teologia medieval, conhecer a referida oração e praticá-la tornava as pessoas dignas de alcançar o céu. Os pais, então, faziam com que seus filhos se comportassem bem porque entendiam que os costumes da infância seriam os de toda a vida adulta. Essa visão permanece contemporânea “pois não é gratuito o fato de que ao reclamar do comportamento de uma pessoa, mesmo que ela seja adulta, podemos falar que ela é malcriada”³⁸.

Outra situação curiosa, além do trabalho das crianças da Idade Média ser permitido, na maioria dos casos, moderado e proporcional à capacidade das crianças, é a quantidade dos milagres dos Santos Cristãos envolvendo crianças. No século XIII esses relatos são abundantes, principalmente porque as crianças precisavam de milagres já que estavam expostas a riscos de morte desde o parto, sendo que nas obras de Gonzalo de Berceo são encontrados diversos deles, a exemplo do que segue:

³⁵ Gonzalo de Berceo *apud* MENDES, Augusto de Carvalho. *Op. cit.*, p. 85.

³⁶ MENDES, Augusto de Carvalho. *Op. cit.*, p. 91.

³⁷ *Idem, ibidem*, p. 92.

³⁸ *Idem, ibidem*, p. 92-93.

[...] um menino judeu ia à escola dos cristãos. Certa vez, vendo seus colegas tomarem a Sagrada Comunhão na Missa, o menino também comungou. Chegando a casa contou para seu pai o ocorrido, não imaginando quão grande seria a ira dele: “pegou o menininho o falso que não tem crido, assim como estava, calçado e vestido; jogou-o no fogo furiosamente ardido: mal venha a tal pai que faz isso com filho”. A mãe do menino, vendo-o no ardente forno de fundir vidro, de imediato entra em completo desespero: “a mãe muito chorou, lamúrias gritadas, havia com suas unhas as faces rasgadas; muitas pessoas foram de chofre chegadas, por tão dura queixa estavam pasmadas”. Não são apenas ações extremadas - chorar, gritar, arranhar o próprio rosto - devidas a uma situação tão dramática. A eminente morte do filho poria fim ao relacionamento terno dele com sua mãe já que: “jazia em paz o menino no meio da fundição, No colo da mãe, em paz, não ficaria mais não”. A tensão do relato é focada no par mãe-filho, que o salvam. Ao sair do forno ileso o menino, com a inocência de quem não percebe a gravidade da situação vivida, diz: “a Senhora que estava na sela honrada com seu filho nos braços sobre o altar repousada. Ela me defendeu, assim não senti nada”.³⁹

Com base nesses dados, Augusto de Carvalho Mendes⁴⁰ se sente autorizado a afirmar que “sem cair numa visão romântica da Idade Média, não vemos como sustentar a tese de Philippe Airès”.

De qualquer modo, a infância como a etapa de desenvolvimento da personalidade humana é uma invenção recente, que nasce como produto das mudanças no modelo de produção, organização e divisão do trabalho, dos novos valores e crenças. Apenas na Idade Contemporânea, cujo marco é as revoluções burguesas do século XVIII, especialmente a Revolução Francesa de 1789, é que as pessoas com menos de dezoito anos passam a obter *status* próprio como grupo social e o Direito não poderia deixar de acompanhar essa mudança.

Com o auge da Revolução Industrial, entre os séculos XVIII e XIX, a infância recebeu um novo olhar dos adultos. Foram descobertas como detentoras de importante valor econômico a ser explorado, principalmente em face da carência de mão de obra. Nesse sentido são as palavras de Jadir Cirqueira de Souza⁴¹:

Após o evento histórico para os direitos humanos (Revolução Francesa), o segundo movimento mundial que interferiu na crescente importância e na conseqüente necessidade de proteção dos direitos minoristas foi a Revolução Industrial ocorrida na Inglaterra. Uma ressalva precisa ser registrada: pela primeira vez, no plano científico, foram percebidos, com maior carga de nitidez, os nefastos efeitos dos penosos trabalhos desenvolvidos por crianças ou por adolescentes.

³⁹ MENDES, Augusto de Carvalho. *Op. cit.*, p. 97-98.

⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 92.

⁴¹ SOUZA, Jadir Cirqueira de. *Op. cit.*, p. 56.

De fato, a necessidade de mão de obra barata e acessível para contratação por parte dos empregadores ingleses forçou o ingresso prematuro e ilícito de crianças nas perigosas e insalubres atividades executadas nas fábricas e seus galpões industriais. Esse foi um dos mais importantes retrocessos no desenvolvimento da defesa das crianças, que estava lentamente começando a trilhar os primeiros passos. Assim, ao lado dos avanços econômicos creditados à Revolução Industrial, também foi a responsável pelo surgimento do trabalho infantil irregular.

Destarte, se a vida em comum com os adultos, antes da Revolução Industrial, tratava a criança com descaso, agora, o seu valor enquanto geração de braços para a indústria e cabeças para o comando lhe traz o exílio do seu tempo. Viver a infância passa a ser um período dominado por modelos de preparação para ser o futuro adulto. Contudo, a criança, como tal, com identidade específica, continua desrespeitada e desumanizada⁴².

A par disso, a visibilidade do trabalho irregular e dos abusos das crianças em idade precoce fez aflorar movimentos de defesa das crianças, sobretudo no tocante aos aspectos trabalhistas, com destaque para “a erradicação do trabalho infantil, inclusive com a necessidade de fixação da idade mínima e a própria seleção do tipo de trabalho que poderia ser desenvolvido pela comunidade infantil”⁴³.

É nesta mesma época que surgem os estabelecimentos escolares como espaço de produção de ordem e homogeneização da infância. A par disso, a urgência por mão de obra retira da escola as crianças mais pobres, que são levadas ao mercado de trabalho, submetidas às explorações e opressões em nome dos ditames econômicos⁴⁴. É nesse cenário que as crianças e os adolescentes, embora ainda tratados como meros objetos, passam a ser consideradas como categoria autônoma no tecido social.

Na verificação de Jadir Cirqueira de Souza⁴⁵, foi durante o século XVIII que se pode defender a ideia do surgimento dos direitos individuais das pessoas privadas em relação ao Estado “e perceber, embrionariamente, o início ou a constatação dos direitos das crianças e adolescentes”. Desse modo, verifica que “o rompimento do

⁴² AMARILHA, Marly. **Infância e literatura**: traçando a história. In: *Revista Educação em Questão*, vols. 10-11, p. 126-137. Natal: EDUFRRN, 2002. p. 129.

⁴³ SOUZA, Jadir Cirqueira de. *Op. cit.*, p. 57

⁴⁴ AMARILHA, Marly. *Op. cit.*, p. 128.

⁴⁵ SOUZA, Jadir Cirqueira de. *Op. cit.*, p. 56.

absolutismo e o alvorecer das ideias iluministas colaboraram para o surgimento dos direitos infanto-juvenis”, embora, na prática, os direitos das crianças e dos adolescentes tenham avançado menos que os direitos dos adultos.

Apenas no decorrer do século XIX é que a humanidade começou a se preocupar e se ocupar, de fato, com o desenvolvimento de instrumentos que abriguem e protejam as crianças, os adolescentes e os jovens. O direito também se encarregou de tratar de forma diferenciada as pessoas menores de dezoito anos em conflito com a lei.

Na esfera penal, o primeiro antecedente moderno do tratamento diferencial no caso de “menores infratores”, que se tem notícias, é uma ordenança suíça datada de 1862, que tratava de modo diferenciado o caso de menores infratores, inclusive limitando a publicidade de fatos de natureza penal por eles praticados, e que fora transformada em lei especial em 1872, incluindo a imputabilidade penal aos menores de quatorze anos. Medidas parecidas relacionadas à imposição de idade limite à inimputabilidade podem ser localizadas no Código Penal alemão, de 1871 (RStGB - Código Penal do Reich), primeiro Código da Alemanha unificada⁴⁶.

Contudo, em se tratando de antecedentes diretos, o documento jurídico mais importante, na identificação de Emílio García Méndez e Antonio Carlos Gomes da Costa⁴⁷ é a Lei Norueguesa de Bem-Estar Infantil, de 1896, que entre outras disposições tratava da idade da responsabilidade penal para afastar pessoas em desenvolvimento do sistema penal dos adultos e das sanções específicas que deveriam ser impostas aos adolescentes autores de ato infracional.

Já no Brasil, por esse tempo, o que vigia era a doutrina do Direito Penal do Menor, em que se permitia a punição da criança a partir de nove anos de idade, desde que possuísse discernimento. É o que dispunha o artigo 27, do Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, primeiro Código Penal republicano:

Artigo 27: não são criminosos: Parágrafo 1º: os menores de nove annos completos; Parágrafo 2º: os maiores de nove e menores de quatorze, que obrarem sem discernimento; Parágrafo 3º: os que por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de imputação⁴⁸ (Código Penal de 1890).

⁴⁶ MÉNDEZ, Emílio García; COSTA, Antonio Carlos Gomes da. **Das necessidades aos direitos**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 17.

⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 17.

⁴⁸ BRASIL, Legislação. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Código Penal. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=847&tipo_norma=DEC&data=18901011&link=s>. Acesso em: 02 ago. 2012. p. 1.

Antes, porém, em 1875, ocorreu nos Estados Unidos da América, um caso que se tornou um célebre marco divisório em face da questão dos maus-tratos às crianças: o conhecido “caso Mary Ellen”, que comoveu a opinião pública. A menina Mary Ellen foi tomada de seus pais, aos nove anos de idade, pelas autoridades judiciais, em virtude dos intensos maus-tratos a que era submetida, graças ao trabalho da profissional responsável por sua defesa, Etta Wheeler, que invocou a legislação que inspirava a Sociedade Protetora dos Animais de Nova Iorque para salvá-la daquele jugo agressivo. Este caso inspirou a criação da Sociedade para Proteção e Prevenção da Crueldade às Crianças e, através da *Juvenile Court Act de Illinois*, levou ao estabelecimento do primeiro Tribunal de Menores em 1899⁴⁹.

Foi desse modo e por inúmeros fatores que aos poucos a família foi se tornando um lugar de afeto. Essa amabilidade se exprimiu, sobretudo, pela importância que se passou a atribuir à educação⁵⁰.

Embora por meio de práticas ancestrais parecidas, o sentimento sobre a infância já não era o mesmo. Enquanto que, no passado, não existia preocupação com a morte precoce de crianças, com o sentimento de importância da educação para os filhos, surgiu a necessidade de diminuir gestações, ou seja, limitar o número de filhos para melhor cuidar deles. Começa a acontecer, então, a prática da redução voluntária da natalidade. A consequência disso tudo foi a “polarização da vida social no século XIX em torno da família e da profissão e o desaparecimento da antiga sociabilidade”⁵¹.

O porvir do século XX trouxe consigo grandes mudanças de escala mundial, notadamente quanto aos direitos humanos e será objeto de análise incessante não somente neste capítulo, mas durante todo o desenvolvimento deste trabalho. É possível afirmar que se passou do descortino da infância e do seu isolamento do mundo dos adultos dos séculos XVI - XVIII, à descoberta da proteção à infância nos últimos anos do século XIX e início do século XX; à descoberta dos direitos humanos do século XVIII; e, principalmente, à descoberta dos direitos das crianças e

⁴⁹ MÉNDEZ, Emílio García. **Infância e cidadania na América Latina**. Tradução de Ângela Maria Tijiwa. São Paulo: Hucitec / Instituto Ayrton Senna, 1998. p. 51.

⁵⁰ ARIÈS, Philippe. *Op. cit.*, p. 11-12.

⁵¹ *Idem, ibidem*, p. 12.

dos adolescentes, como aplicação dos direitos humanos aos menores de idade, nas últimas décadas do século XX⁵².

Mas somente o século XX é que pode ser considerado como o início da construção, valorização e tutela dos direitos das crianças e dos adolescentes⁵³.

De fato, a positivação dos direitos dos menores de idade no âmbito mundial teve início apenas bem recentemente na história da civilização humana, com a Carta da União Internacional de Proteção à Infância, adotada pela Liga das Nações em 26 de setembro de 1924, na terceira década do século XX. Trata-se da primeira demonstração de preocupação das autoridades internacionais em assegurar os direitos de crianças e adolescentes, como foco de discussão entre as nações.

Esta Carta, que ficou conhecida como Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, foi formulada em 1923, por Eglantyne Jebb (1876-1928), fundadora da Organização Não-Governamental de defesa dos direitos da criança no mundo denominada “*Save the Children*” juntamente com a União Internacional de Auxílio à Criança, e foi aprovada em 26 de setembro de 1924 pela Assembleia da então Liga das Nações. Segundo Jason Albergaria⁵⁴, originariamente a Carta de Genebra de 1923 previa o seguinte:

I - o menor faminto deve ser alimentado; II - o menor enfermo deve ser assistido e o retardado deve ser estimulado; o extraviado deve ser conduzido; o órfão e o abandonado devem ser recolhidos e socorridos; III - o menor deve ser o primeiro a receber socorro em época de calamidade; IV - o menor deve ser dotado de meios para que possa ganhar a vida; deve ser protegido contra toda exploração; V - o menor deve ser educado no sentimento do que suas melhores qualidades devem ser postas a serviços de seus irmãos.

Na versão aprovada pela Assembleia da Liga das Nações em 1924, foram inseridos mais alguns princípios: de proteção da criança independentemente de qualquer consideração de raça, nacionalidade ou crença; de auxílio à criança respeitando a integridade da família; de colocar a criança em condições de se desenvolver de maneira normal, tanto material, quanto moral e espiritualmente; e de beneficiar a criança plenamente de medidas de previdência e de seguro sociais.

⁵² NICOLAS, Queloz. **Protecção, intervenções e direitos das crianças e dos jovens**. In: *Revista Infância e Juventude*, nº 04 (OCL 02.04.2), p. 39-60, Lisboa, out./dez., 1991. p. 55.

⁵³ SOUZA, Jadir Cirqueira de. *Op. cit.*, p. 57.

⁵⁴ ALBERGARIA, Jason. **Direito penitenciário e direito do menor**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999. p. 175.

O detalhe é que esta Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança não obrigava os Estados⁵⁵. Então, somente depois do fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e sua subsidiária específica para a criança - a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), ambas de 1945, é que os países, a partir da década de cinquenta, passaram a mais detidamente debruçar-se e a se obrigar de fato com a situação dos menores de idade.

Foi assim que em 1946, a Organização das Nações Unidas criou um Fundo Internacional de Ajuda Emergencial à Infância Necessitada; e no dia 11 de outubro de 1946 instituiu o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) que, a partir de 1954, tornou-se Órgão Permanente das Nações Unidas com o objetivo de socorrer as crianças dos países pobres.

Neste ínterim, em 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas aprova a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Fundada em fatos históricos e em doutrina precedente, esta Declaração visa atingir a humanidade como um todo e propugna por sua felicidade e seu bem-estar, buscando subordinar o privado ao público. Valoriza a família, a comunidade,

⁵⁵ Tratado é o gênero e Declaração e Convenção são espécies, como também Pacto etc. A Declaração acontece quando os Estados-membros apresentam apenas intenções sobre direitos, elenca-os, mas não se comprometem a exercitá-los. Na Convenção os Estados-membros se comprometem a implantar todos os direitos e fundamentos que concordam e não fazem ressalva. Por exemplo, no final da Convenção de Direito das Crianças existem cláusulas de controle e o não exercício gera sanção. Tratado é o “ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas internacionais” (ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Manual de direito internacional público**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 20). “No campo do Direito Internacional Público os tratados são sinônimos de convenções, assim como há outros, sem distinção científica. Há o uso indiscriminado de termos variantes do tratado e esses nomes alternativos, na França, chegam a trinta e oito e em língua portuguesa, a dezoito. Eis as variantes terminológicas de tratado em português: acordo, ajuste, arranjo, ata, ato, carta, código, compromisso, constituição, contrato, convenção, convênio, declaração, estatuto, memorando, pacto, protocolo e regulamento. Carta e constituição são os nomes preferidos para tratados constitutivos de organizações internacionais, enquanto ajuste, arranjo e memorando servem de denominação a tratados bilaterais de menor importância. O termo concordata é estritamente reservado a tratado bilateral firmado com a Santa Sé. Das diversas denominações dadas ao Tratado Internacional algumas recebem na prática conotações peculiares. A expressão ‘pacto’ tem sido usada para dar relevância a um tratado ou convenção como, por exemplo, ‘Pacto da Sociedade ou Nações’, ‘Pacto Internacional de Direitos Civis Políticos’, ‘Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais’. O estatuto básico das Nações Unidas tem o nome de Carta, o da Organização Internacional do Trabalho, ‘Constituição’; o da Corte Internacional de Justiça e Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ‘Estatuto’. A expressão ‘convenção’ denomina os tratados multilaterais adotados pela Organização Internacional do Trabalho. ‘Protocolo’ é também utilizado com o significado de tratado complementar como é o caso do ‘Protocolo Adicional ao Tratado de Itaipu Sobre Relações de Trabalho e Previdência Social’” (GONZALEZ, Ismal. **Tratados, convenções e declarações internacionais**. [s.d.]. Disponível em: <http://www.mp.am.gov.br/images/stories/TRATADOS_CONVENES_E_DECLARAES_INTERNACIONAIS.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2012. p. 03-04).

os interesses, as necessidades e aspirações sociais do povo⁵⁶, porém este texto não fez qualquer referência direta à infância e seus direitos.

Na sequência cronológica, em 1958, o Fundo das Nações Unidas para a Infância se estendeu a um novo espaço, o dos serviços sociais para crianças e suas famílias, criando um diretor-executivo, indicado pelo Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas com sede em Nova Iorque, contando, ainda, com cerca de trinta escritórios regionais e nacionais em todo mundo. Foi assim que em 1959 a Assembleia Geral das Nações Unidas promulgou a Declaração Universal dos Direitos da Criança, reafirmando a importância de se garantir a universalidade, objetividade e igualdade na consideração de questões relativas aos direitos da criança.

A Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral em 20 de novembro de 1959, apresenta o problema dos direitos da criança como uma especificação da solução dada ao problema dos direitos humanos. Se diz que “a criança, por causa de sua imaturidade física e intelectual, necessita de uma proteção particular e de cuidados especiais” deixando claro que os direitos da criança são considerados como um *ius singulare* com relação a um *ius commune*; o destaque que se dá a essa especificidade, através do novo documento, deriva de um processo de especificação do genérico, no qual se realiza o respeito à máxima *suum cuique tribuere*⁵⁷.

Sendo assim, pela primeira vez na história, a criança passa a ser considerada prioridade absoluta e sujeito de direito, “o que por si só é uma profunda revolução”⁵⁸.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança destaca a importância e a necessidade da intensificação dos esforços nacionais no sentido “da promoção do respeito dos direitos da criança à sobrevivência, proteção, desenvolvimento e participação. A exploração e o abuso de crianças deveriam ser ativamente combatidos, atacando-se suas causas”⁵⁹.

⁵⁶ MARCÍLIO, Maria Luiza. **A questão da liberdade e da democracia**. Discurso de Maria Luiza Marcilio no Congresso do Instituto Internacional Jacques Maritain - Roma - 2010. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Obras-recentemente-publicadas>>. Acesso em: 12 de junho de 2012. p. 1.

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlo Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: 2004, p. 34.

⁵⁸ MARCÍLIO, Maria Luiza. **A lenta construção dos direitos da criança brasileira - Século XX - 1998**. In: *Revista Universidade de São Paulo (USP)* - Dossiê Direitos Humanos no Limiar do Século XXI, nº 37, p. 46-57. São Paulo, mar./mai., 1998. p. 49.

⁵⁹ MARCÍLIO, Maria Luiza. *Op. cit.*, p. 49.

Apesar disso as novas doutrinas sobre o direito da criança não alcançavam a América Latina, comandada ainda por ditaduras militares e repressoras, egressas do modelo político da Guerra Fria entre Estados Unidos e a ex-União Soviética.

O paradigma “proteção-repressão”, vigente por décadas em quase todos os países latino-americanos, principalmente nos períodos ditatoriais durante a Guerra Fria de 1945 a 1989, ensejou práticas jurídicas de intervenção discricionária do poder estatal sobre “esta espécie de produto residual da categoria infância, constituída pelo mundo dos menores”⁶⁰.

No ano de 1966 são adotados: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Dentre outros assuntos, esses pactos advogam em favor da proteção da criança contra exploração e promovem o direito à educação⁶¹.

O artigo 24, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, dispõe em seus três parágrafos o que segue:

Artigo 24: 1º: toda criança, terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requerer por parte de sua família, da sociedade e do Estado. 2º: toda criança deverá ser registrada imediatamente após seu nascimento e deverá receber um nome. 3º: toda criança terá o direito de adquirir uma nacionalidade⁶².

Na forma dos parágrafos 3º, do artigo 10, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966:

Artigo 10: [...]. 3 : devem-se adotar medidas especiais de proteção e de assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção por motivo e de filiação ou qualquer outra condição. Devem-se proteger as crianças e adolescentes contra a exploração econômica e social. O emprego de crianças e adolescentes em trabalhos que lhes sejam nocivos à saúde ou que lhes façam correr perigo de vida, ou ainda que lhes venham a prejudicar o desenvolvimento normal, será punido por lei. Os Estados

⁶⁰ MÉNDEZ, Emílio García. 1998. *Op. cit.*, p. 88.

⁶¹ UNICEF, United Nations Children’s Fund. **Situação mundial da infância**. Edição Especial, celebrando 20 anos da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989. USA: UNICEF, 19 nov. 2009. p. 03.

⁶² INTERNACIONAL, Legislação. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966**. Adotado pela Resolução nº 2.200-A da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Aprovado pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991. Ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Em vigor no Brasil em 24 de abril de 1992. Promulgado pelo Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis/intern/pacto_dir_politicos.htm>. Acesso em: 05 ago. 2012. p. 1.

devem também estabelecer limites de idade sob os quais fique proibido e punido por lei o emprego assalariado da mão-de-obra infantil⁶³.

De acordo com a disposição da alínea “a”, do parágrafo 2º, do artigo 12, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, com o fim de assegurar o pleno exercício dos direitos à saúde física e mental de seus cidadãos, os Estados-Parte devem adotar todas as medidas necessárias, dentre elas “a diminuição da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento são das crianças”.

Em 1973, a Organização Internacional do Trabalho adota a Convenção nº 138, que trata da Idade Mínima para Admissão no Emprego, determinando em dezoito anos a idade mínima para o trabalho que pode comprometer a saúde, a segurança ou a moral do indivíduo⁶⁴:

Artigo 3º: 1. A idade mínima de admissão a todo tipo de emprego ou trabalho, que, por sua natureza ou condições em que se realize, possa ser perigoso para a saúde, segurança ou moralidade dos menores, não deverá ser inferior a dezoito anos. [...] ⁶⁵.

Durante as décadas de 1960 e 1970, o movimento internacional pelos direitos da criança esteve fundamentado no trabalho de Organizações Não-Governamentais (ONGs), que impeliram os grandes avanços que se seguiram. Foram as Organizações Não-Governamentais que instigaram as Nações Unidas a declarar o ano de 1979 como sendo o “Ano Internacional da Criança”, numa tentativa de avocar as questões que englobam a infância e para colocar em ação o grupo de trabalho que elaboraria a versão preliminar de uma Convenção sobre os Direitos da Criança que fosse legalmente vinculante⁶⁶.

⁶³ INTERNACIONAL, Legislação. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966**. Adotado pela Resolução nº 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/pacto-internacional-dos-direitos-economicos-sociais-e-culturais-1966.html>>. Acesso em: 05 ago. 2012. p. 01.

⁶⁴ UNICEF, *United Nations Children’s Fund*. *Op. cit.*, p. 03.

⁶⁵ INTERNACIONAL, Legislação. **Convenção da Organização Internacional do Trabalho nº 138, de 1973, sobre a Idade Mínima de Admissão ao Emprego**. Aprovada na 58ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra - 1973), entrou em vigor no plano internacional em 19 de junho e 1976. Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 4.134, de 15 de fevereiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4134.htm>. Acesso em: 05 ago. 2012. p. 01.

⁶⁶ UNICEF, *United Nations Children’s Fund*. *Op. cit.*, p. 04-05.

Além disso, neste mesmo ano de 1979 a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) adota a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que garante proteção para os direitos humanos de meninas e mulheres⁶⁷:

Artigo 1º: para fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo⁶⁸.

Depois de estabelecido o acordo para a elaboração de uma convenção de direitos da criança que fosse legalmente vinculativa, “o governo da Polônia submeteu à Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas um texto preliminar de convenção sobre os direitos da criança”. Logo se percebeu que a conclusão final do documento demandaria mais tempo e melhor preparação. Desse modo, a Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas “concordou que um grupo de trabalho assumisse a revisão do documento, sem prazo para a conclusão do trabalho”⁶⁹.

Em 1989, a Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos promoveu a Convenção, e, em novembro do mesmo ano, a Assembleia da Organização das Nações Unidas aprovou por unanimidade a Convenção sobre os Direitos da Criança⁷⁰, a qual é um tratado instituído para proteger as crianças e os adolescentes de todo o mundo (aprovado na Resolução nº 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989). No Brasil foi aprovada e ratificada pelo Decreto Legislativo nº 28, de 24 de setembro de 1990, e promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro do mesmo ano.

⁶⁷ UNICEF, *United Nations Children’s Fund. Op. cit.*, p. 03.

⁶⁸ INTERNACIONAL, Legislação. **Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979**. Adotada pela Resolução nº 34/180 da Assembleia das Nações Unidas, em 18 de dezembro de 1979. Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 93, de 14 de novembro de 1983. Ratificada pelo Brasil em 01 de fevereiro de 1984 (com reservas). Promulgada pelo Decreto nº 89.406, de 20 de março de 1984. Disponível em: <<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/ConvElimDiscContraMulher.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2012. p. 1.

⁶⁹ UNICEF, *United Nations Children’s Fund. Op. cit.*, p. 05.

⁷⁰ MARCÍLIO, Maria Luiza. 2010. *Op. cit.*, p. 1.

Com a aprovação, pelas Nações Unidas, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, esta passa a ser considerada titular de direitos⁷¹. Assim, é reconhecida com todos os direitos e liberdades inscritas na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Os mesmos direitos e liberdades dos adultos são, agora, desfrutados pelas crianças. Os direitos consagrados na Convenção Internacional, de 1989 são abrangentes e para tanto destaca-se a definição de criança como sendo “todo ser humano menor de dezoito anos de idade, salvo se, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”⁷².

Disso extrai-se que o ponto central da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, foi definir os direitos universais das crianças. Os princípios básicos de que trata esta norma internacional foram o reconhecimento dos direitos fundamentais, a proteção integral da criança, a prioridade imediata para a infância e o maior interesse da criança⁷³.

No que se refere à Administração da Justiça, a Convenção sobre os Direitos da Criança prevê o rápido acesso à assistência jurídica, bem como o direito de impugnar a legalidade da privação de sua liberdade:

Artigo 37º: o Estados-Parte garantem que: [...]; d) a criança privada de liberdade tem o direito de aceder rapidamente à assistência jurídica ou a outra assistência adequada e o direito de impugnar a legalidade da sua privação de liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial, bem como o direito a uma rápida decisão sobre tal matéria⁷⁴.

O artigo 40, parágrafo 1º, da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1989, estabelece que a criança a quem se impute “ter infringido as leis penais deve ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e

⁷¹ TOMÁS, Catarina Almeida. **Direito de menores**: período de transição em Portugal. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, II, nº 06, ago 2001. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5557&revista_caderno=12>. Acesso: 12 jun. 2012. p. 1.

⁷² “Artigo 1º: para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes” (INTERNACIONAL, Legislação. **Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989**. Aprovada na Resolução nº 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989. Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990 e Promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: Acesso em: 05 ago. 2012. p. 1).

⁷³ CAVALLIERI, Alyrio. **Direito do menor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. p. 12.

⁷⁴ INTERNACIONAL, Legislação. **Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989**. *Op. cit.*, p. 1.

de valor e a fortalecer o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros”.

Conforme Maria Luiza Marcílio⁷⁵, até 1996 os termos da referida Convenção já haviam sido ratificados por noventa e seis por cento dos países, obrigando-os, por lei, a tomar todas as medidas adequadas determinadas pela Convenção, que define como criança qualquer pessoa com menos de dezoito anos de idade, cujo melhor interesse deve ser considerado em todas as situações, visando proteger seus direitos à sobrevivência, ao nome e nacionalidade, à saúde, ao direito de brincar e a receber proteção contra exploração e abuso sexual, entre outros.

Destarte, aos poucos foi tomando forma a Doutrina da Proteção Integral, advinda, basicamente, da “Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral da Infância”, que engloba no seu bojo:

a) a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989;

b) as Regras Mínimas para a Administração da Justiça, da Infância e da Juventude (Regras de Beijing), recomendadas no Sétimo Congresso das Nações Unidas sobre prevenção de delito e tratamento do delinquente, realizado em Milão de 26 de agosto a 06 de setembro de 1985 e adotadas pela Assembleia Geral por meio da Resolução nº 40/33, de 29 de novembro de 1985;

c) as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad), recomendadas no Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção de Delito e do Tratamento do Delinquente, realizado em Riad, de 28 de fevereiro a 01 de março de 1988, com a colaboração do escritório das Nações Unidas em Viena, e adotadas pela Assembleia Geral por meio da Resolução nº 45/112, de 14 de dezembro de 1990; e

d) as Regras Mínimas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, sugeridas no Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e do Tratamento do Delinquente e adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 14 de dezembro de 1990.

Sob a égide apresentativa de Alyrio Cavallieri⁷⁶, as Regras de Beijing, de 1985, tem como objetivo básico promover o bem-estar da criança e do adolescente e de sua família. Entre os princípios gerais destas regras mínimas, encontra-se a

⁷⁵ MARCÍLIO, Maria Luiza. 1998. *Op. cit.*, p. 49.

⁷⁶ CAVALLIERI, Alyrio. *Op. cit.*, p. 13.

recomendação para que os sistemas jurídicos não fixem a imputabilidade penal em uma idade demasiadamente precoce.

Nesta primeira parte, ainda, estipula-se a definição de jovem, infração, jovem infrator. O jovem é considerado como toda criança ou adolescente que, de acordo com o sistema jurídico respectivo, pode responder por uma infração de forma diferente do adulto.

Também, faz-se menção a uma “justiça especializada”, que deverá contribuir para a proteção e manutenção da paz e da ordem social. Aos jovens infratores deverão ser aplicadas regras com imparcialidade.

O devido processo legal está previsto na regra 7.1, sendo que as regras 10 a 13 dizem respeito à investigação do ato infracional e o seu processamento, os quais têm como princípio norteador a regra 11.1 que prescreve: “examinar-se-á a possibilidade, quando apropriada, de atender os jovens infratores sem recorrer às autoridades competentes, mencionadas na regra 14.1 adiante, para que os julguem oficialmente”⁷⁷.

A terceira parte das Regras de Beijing de 1985 refere-se à decisão judicial e às medidas cabíveis, aos jovens infratores, às quais podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, e a título de exemplo, incluem-se, na forma das alíneas da regra nº 18.1:

18.1: [...]: a) determinações de assistência, orientação e supervisão; b) liberdade assistida; c) prestação de serviços à comunidade; d) multas, indenizações e restituições; e) determinação de tratamento institucional ou outras formas de tratamento; f) determinação de participar em sessões de grupo e atividades similares; g) determinação de colocação em lar substituto, centro de convivência ou outros estabelecimentos educativos; h) outras determinações pertinentes. 18.2: [...]”⁷⁸.

Essas regras recomendam que cada jurisdição nacional procure promulgar um conjunto de leis aplicáveis especificamente aos jovens infratores. Também determinam que aos jovens sejam respeitados o seu direito à intimidade, ao devido processo legal. Esse diploma internacional cuidou também do tratamento de jovens

⁷⁷ CAVALLIERI, Alyrio. *Op. cit.*, p. 13.

⁷⁸ INTERNACIONAL, Legislação. **Regras mínimas das Nações Unidas para administração da Justiça da Infância e da Juventude, de 1985**. Regras de Beijing. Recomendadas no Sétimo Congresso das Nações Unidas sobre prevenção de delito e tratamento do delinquente, realizado em Milão de 26 de agosto a 06 de setembro de 1985 e adotadas pela Assembleia Geral por meio da Resolução nº 40/33, de 29 de novembro de 1985. Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/infancia/internacionais/ato/regras_minimas_para_a_administracao_da_justica.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2012. p. 1.

em meio aberto e do tratamento e da capacitação dos jovens colocados em instituições⁷⁹.

As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad), por sua vez, determinam que a prevenção aos atos infracionais praticados por jovens é fundamental para a prevenção da criminalidade adulta na sociedade. Assim, necessário se torna o envolvimento do jovem com atividades e programas que favoreçam a socialização e a integração destes à comunidade. Além disso, determina que os Estados-Parte deverão desenvolver serviços e programas com base na comunidade para a prevenção da delinquência juvenil, recorrendo à órgãos institucionais ou não: “11.4: para facilitar a tramitação jurisdicional dos casos de jovens, procurar-se-á proporcionar à comunidade programas tais como orientação e supervisão temporária, restituição e compensação das vítimas⁸⁰.

Priorizando a educação determinam aos Estados que facilitem o acesso ao ensino público de qualidade, devendo ser ainda estabelecidos programas e serviços de caráter comunitário, de maneira que respondam às necessidades dos jovens e ofereçam, a ele e sua família, assessoria e orientação adequadas.

Por fim, as Regras Mínimas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, de 1990, tem como objetivo estabelecer as normas mínimas para a proteção destes, de maneira compatível com os direitos humanos e liberdade fundamentais⁸¹.

Dispõem as regras de número 1 e de número 2 que a privação de liberdade de um jovem deverá ser decidida apenas em último caso e pelo menor espaço de tempo possível, limitada a casos excepcionais e a duração máxima da punição determinada pela autoridade judicial antes que o jovem seja privado de sua liberdade. Além disso, os direitos civis dos jovens privados de liberdade permanecerão intocáveis, devendo ser garantidas atividades e programas úteis que

⁷⁹ CAVALLIERI, Alyrio. *Op. cit.*, p. 13.

⁸⁰ INTERNACIONAL, Legislação. **Regras Mínimas das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, de 1990**. Diretrizes de Riad. Recomendadas no Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção de Delito e do Tratamento do Delinvente, realizado em Riad, de 28 de fevereiro a 01 de março de 1988, com a colaboração do escritório das Nações Unidas em Viena, e adotadas pela Assembleia Geral por meio da Resolução nº 45/112, de 14 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.mp.am.gov.br/attachments/article/2252/diretrizes%20de%20riad%20_%20prevenção%20da%20delinquência%20%20juvenil.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2012. p. 1.

⁸¹ CAVALLIERI, Alyrio. *Op. cit.*, p. 12.

servam para fomentar e garantir o seu sadio desenvolvimento e seu sentido de responsabilidade⁸².

Os direitos individuais serão protegidos, no que diz respeito à legalidade da execução das medidas, pela autoridade judicial competente, enquanto que a integração social deverá ser garantida por órgão devidamente constituído para tal tarefa, na previsão das regras de números 13 e 14. As regras 17 e 18 dizem respeito aos jovens detidos ou em prisão preventiva.

Em relação aos centros de detenção, regras 19 a 87 inúmeros são os princípios que devem ser observados, dentre os quais, somente será admitido o internamento por ordem emitida por autoridade competente; os jovens privados de liberdade deverão sempre permanecer separados dos adultos; devem ser garantidas a educação e a formação profissional; garantia de apresentar, a todo momento, petições ou queixas ao diretor do estabelecimento.

Dispõem as regras, ainda, sobre atividades recreativas, religião, atendimento médico, verificação de doença, de acidente e morte, contatos com a comunidade em geral, limitações da coerção física e uso da força, reintegração na sociedade e outros.

Sobre as regras mínimas de proteção ao menor infrator, Tânia da Silva Pereira⁸³ conclui que a implantação destas regras deve refletir a proteção dada aos jovens privados de liberdade. Estes deverão estar em lugares que respeitem a sua dignidade humana, devendo sempre ter a oportunidade de se inserir numa vida normal, garantida a sua educação, a sua formação profissional e o seu trabalho.

Desta forma, quando livre o jovem terá plena capacidade de ter uma vida integrada no contexto social.

Desde o advento dessas regras que compõem a Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral da Infância, os direitos das crianças, assim consideradas as

⁸² “1. Declara que a colocação de um jovem numa instituição deve ser sempre uma decisão do último recurso e pelo mínimo período de tempo necessário; 2. Reconhece que, dada a sua alta vulnerabilidade, os jovens privados de liberdade requerem uma atenção e proteção especiais e que os seus direitos e bem-estar devem ser garantidos durante e depois do período em questão privados de liberdade;” (INTERNACIONAL, Legislação. **Regras Mínimas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, de 1990**. Sugeridas no Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e do Tratamento do Delinquent e adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 14 de dezembro de 1990. Disponível em: <<http://www1.direitoshumanos.gov.br/conselho/conanda/legis/link4/>>. Acesso em: 05 ago. 2012. p. 1.

⁸³ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 18.

peças com menos de dezoito anos de idade, foram sendo progressivamente adotados e aplicados nos diferentes países, por diversas razões:

Não somente porque os estados nacionais partilham o mesmo sistema interestatal, mas também porque as transformações políticas são em parte condicionadas pelo desenvolvimento econômico, o qual ocorre a nível mundial no âmbito da economia - mundo capitalista implantada desde o século XV. Mas, por outro lado, estas mesmas razões, sugerem que a evolução varia significativamente de Estado para Estado consoante a posição deste no sistema interestatal e da sociedade nacional a que respeita no sistema da economia - mundo⁸⁴.

A doutrina de proteção integral à criança, consagrada na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e pela Organização das Nações Unidas de 1989, foi incorporada pelo Brasil por meio da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, conhecida como “Estatuto da Criança e do Adolescente”, cuja finalidade foi regulamentar as conquistas em favor da criança e do adolescente brasileiros⁸⁵.

1.2 A construção do direito da criança e do adolescente no Brasil

São três as correntes doutrinárias de proteção da infância no Brasil, quais sejam: a doutrina do direito penal do menor, dos códigos criminal de 1830 e penal de 1890, a doutrina jurídica do menor em situação irregular, do Código de Menores de 1979, e a doutrina da proteção integral, da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.

⁸⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa e Marques; *et alli*. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**: O caso português. Centro de Estudos Judiciários/Centro de Estudos Sociais. Porto: Edições Afrontamento, 1996. p. 22.

⁸⁵ BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 06 ago. 2012. p. 1.

1.2.1 Doutrina do direito penal do menor

É no Código Criminal de 1830 (Lei de 16 de dezembro de 1830), que surgem as primeiras referências a um tratamento diferenciado às pessoas com menos de vinte e um anos:

Artigo 18: são circunstancias attenuantes dos crimes: [...]. 10. Ser o delinquente menor de vinte e um annos. Parágrafo único: quando o réo fôr menor de dezasete annos, e maior de quatorze, poderá o Juiz, parecendo-lhe justo, impôr-lhe as penas da complicitade (*sic*)⁸⁶.

O Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, que promulga o Código Penal do mesmo ano, dispõe no “artigo 27: não são criminosos: parágrafo 1º: os menores de nove annos completos; parágrafo 2º: os maiores de nove e menores de quatorze que obrarem sem discernimento; [...]” (*sic*). Mais adiante consta que, *in verbis*:

Artigo 30: os maiores de nove annos e menores de quatorze, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinaes industriaes, pelo tempo que ao juiz parecer, comtanto que o recolhimento não exceda á idade de dezessete annos (*sic*)⁸⁷.

Como se vê, tanto no Código Criminal de 1830 como no Código Penal de 1890 vigorava a teoria do discernimento, ou seja, aos menores de quatorze e maiores de nove anos a imputabilidade penal seria aplicada se o adolescente já tivesse capacidade de julgar suas atitudes.

Reportando-se àquele momento histórico, Tânia da Silva Pereira⁸⁸ escreve que:

Adotando a “teoria do discernimento”, determinava que os menores de 14 anos, que tivessem agido com discernimento, seriam recolhidos à Casa de Correção pelo tempo que o Juiz julgasse necessário e não podia passar dos dezessete anos. Entre quatorze e dezessete estariam os menores sujeitos à pena de cumplicidade (2/3 do que cabia ao adulto), e os maiores de dezessete e menores de vinte e um anos gozariam da atenuante da

⁸⁶ BRASIL, Legislação. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 05 ago. 2012. p. 1.

⁸⁷ BRASIL, Legislação. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 05 ago. 2012. p. 1.

⁸⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. 1996. *Op. cit.*, p. 15.

menoridade. O Código Penal de 1890, o primeiro da República, dentro da mesma linha do anterior, declarou a “irresponsabilidade de pleno direito” dos menores de 9 anos; ordenou que os menores de nove a quatorze anos que “agissem com discernimento” fossem recolhidos a estabelecimento disciplinar industrial pelo tempo que o juiz determinasse, não podendo exceder à idade de dezessete anos; tornou obrigatório e não apenas facultativo que se impusessem ao maior de quatorze e menor de dezessete as penas de cumplicidade; manteve a atenuante da menoridade

Importante salientar que na falta destas casas de correções, ou das instituições disciplinares industriais, os menores eram colocados com os adultos nas suas prisões.

Em 1924, tem-se a criação do primeiro Juizado de Menores do Brasil, na cidade do Rio de Janeiro, que na época era o Distrito Federal⁸⁹, tendo como titular o Juiz de Menores José Cândido Albuquerque Mello Mattos. Este magistrado foi elaborador do anteprojeto o qual originou o primeiro Código de Menores do país e também da América Latina⁹⁰, em 1927.

Com o Código Mello Mattos, como ficou conhecido o Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, que consolidou as leis de assistência e proteção a menores⁹¹, depois revogado pela Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979⁹², se inicia a implantação do primeiro sistema público de atendimento a crianças e adolescentes em circunstâncias especialmente difíceis. Havia a classificação genérica na categoria de “abandonados” que se referia tanto aos menores abandonados propriamente ditos quanto aos infratores: “artigo 1º: o menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de dezoito annos de idade, será

⁸⁹ A cidade do Rio de Janeiro foi a Capital do Brasil e Distrito Federal de 1763 a 1960.

⁹⁰ Conforme informação disponibilizada no sítio eletrônico oficial do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, “o Primeiro Juizado de Menores do Brasil e da América Latina foi criado em 20 de dezembro de 1923, no Rio de Janeiro (na época Distrito Federal), situado à Rua das Laranjeiras, nº 230 (onde atualmente funciona o Instituto dos Surdos e Mudos). No dia 02 de fevereiro de 1924 foi empossado o Dr José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, como primeiro Juiz de Menores do Brasil e da América Latina. A sede definitiva do Juizado de Menores foi inaugurada em 27 de outubro de 1924, na Praça Onze de Junho nº 403, pelo então Juiz de Menores Alyrio Cavallieri. Atualmente a Juíza Titular é a Doutora Ivone Ferreira Caetano, que assumiu a titularidade em 13 de dezembro de 2004” (PETIT, Juan. **Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro.** [s.d.]. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/inf_juv_idoso/cap_vara_inf_juv_idoso/cap_vara_inf_juv_idoso.jsp>. Acesso em: 06 ago. 2012. p. 1).

⁹¹ BRASIL, Legislação. **Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927.** Consolida as leis de assistência e proteção a menores (*sic*). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em: 06 ago. 2012. p. 1.

⁹² BRASIL, Legislação. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979.** Institui o Código de Menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6697.htm#art123>. Acesso em: 06 ago. 2012. p. 1.

submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código” (*sic*)⁹³.

Abandona-se, destarte, a postura de reprimir e punir por uma nova concepção de regenerar e educar e abordam-se as questões relativas à infância fora de uma perspectiva criminal.

Inicia-se à época o que Saul de Gusmão⁹⁴ chamaria de “Ação Social do Juízo de Menores”, na qual o juiz tinha a função de amparar, educar, proteger e punir os menores abandonados, atuando neste processo de proteção e educação de forma preventiva e repressiva.

Na informação do citado autor, a partir do Decreto-Lei nº 3.799, de 05 de novembro de 1941, o Instituto Sete de Setembro em Serviço de Assistência a Menores, criou o “Serviço de Atendimento aos Menores - SAM”, órgão do Ministério da Justiça que funcionava como um equivalente ao sistema penitenciário para a população menor de dezoito anos. A lógica do trabalho do SAM era a reclusão e a repressão das crianças e adolescentes abandonados ou autores de atos infracionais.⁹⁵

Emílio García Méndez e Antônio Carlos Gomes da Costa⁹⁶, ao abordar a questão, dispõem que o referido serviço de atendimento aos menores nada mais era do que “um órgão do Ministério da Justiça e que funcionava como um equivalente do Sistema Penitenciário para a população de menor idade”.

A orientação do Serviço de Assistência a Menores (SAM) direcionava-se ao tratamento correccional-repressivo do menor, e o sistema de atendimento baseava-se em internatos (reformatórios e casas de correção) para adolescentes autores de infração penal e de patronatos agrícolas e escolas de aprendizagem de ofícios urbanos para os menores carentes e abandonados.

Depois, criou-se a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), com a edição da Lei nº 4.513, de 01 de dezembro⁹⁷, a qual incorporou o patrimônio e

⁹³ BRASIL, Legislação. **Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927**. *Op. cit.*, p. 1.

⁹⁴ Saul de Gusmão *apud* PEREIRA, Tânia da Silva. 1996. *Op. cit.*, p. 17.

⁹⁵ BRASIL, Legislação. **Decreto-Lei nº 3.799, de 05 de novembro de 1941**. Transforma o Instituto Sete de Setembro em Serviço de Assistência a Menores e dá outras providências. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=87272>>. Acesso em: 06 ago. 2012. p. 1.

⁹⁶ MÉNDEZ, Emílio García; SIMONETTI, Cecilia; BLECHER, Margaret (orgs.). **Do avesso ao direito**. III Seminário Latino-Americano. São Paulo: Malheiros/UNICEF, 1994. p. 124.

⁹⁷ BRASIL, Legislação. **Lei nº 4.513, de 01 de dezembro de 1964**. Autoriza o Poder Executivo a criar a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, a ela incorporando o patrimônio e as atribuições do

as atribuições do Serviço de Assistência a Menores que visava substituir a repressão e a segregação por uma política de bem-estar. Porém, seus escopos originários desvirtuaram-se e sua atuação tornou-se, na realidade, um regime carcerário.

1.2.2 Doutrina da situação irregular do menor

A doutrina da situação irregular foi adotada pelo Código de Menores de 1979 - Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, que posteriormente veio a ser revogado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que adiante será abordado. Esta doutrina fundamentou o chamado “direito do menor”, que, no entendimento de Alyrio Cavallieri⁹⁸ era “um conjunto de normas jurídicas relativas à definição da situação irregular do menor, seu tratamento e prevenção”.

Extraí-se da literatura que tratou do tema na época, que o Código de Menores de 1979 nunca teve a pretensão de ser uma norma dirigida a todos os menores, mas somente aos que se enquadrassem dentro de uma situação irregular, vale dizer, aquele que se encontrasse numa situação de patologia social, ou seja, uma teoria voltada mais aos efeitos do que às causas. Alyrio Cavallieri continua expondo seu ponto de vista, dizendo que:

A verdade é que o juiz de menores nada, absolutamente nada deve nem pode fazer no campo da assistência direta. Ele é o homem dos efeitos e não pode ir às causas. Tal como o juiz criminal, condenado a esperar que os homens se tornem criminosos para se ocupar deles, o juiz de menores trata daqueles que chegaram à situação irregular, para dispensar-lhes o tratamento⁹⁹.

Desta forma, o Estado eximia-se da responsabilidade de atender as necessidades básicas de todas as crianças e adolescentes, restringindo-se na aplicação de medidas judiciais as que se encontravam naquela situação, tratando-as como objetos e não como legítimos sujeitos de direitos.

Serviço de Assistência a Menores, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1964/4513.htm>>. Acesso em: 12 ago. 2012.

⁹⁸ CAVALLIERI, Alyrio. *Op. cit.*, p. 09.

⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 19.

Paulo Lúcio Nogueira¹⁰⁰ define a situação irregular¹⁰¹ como sendo “a situação de perigo que poderá levar o menor a uma marginalização mais ampla, visto que o abandono moral ou material é um passo à criminalidade”.

O conjunto de medidas aplicáveis ao menor em situação irregular era único, e se destinava, indiferentemente, ao menor carente abandonado e ao infrator. Assim, pelo Código de Menores de 1979, os meninos pobres ou de rua eram apreendidos pela polícia ou ronda do comissariado, sem que nada estivessem fazendo além de exercitarem um direito fundamental de ir e vir, e desta apreensão, misturavam-se então, meninos sem qualquer desvio de comportamentos, com outros, já contaminados pela violência¹⁰².

Em relação aos autores de atos infracionais, o Código de Menores de 1979, se revelava muito injusto, porquanto a aplicação das medidas ditas tutelares, muito se assemelhavam com as penas impostas ao adulto infrator, sendo que este, estava resguardado pelo princípio do contraditório, enquanto que o menor encontrava-se a mercê do juiz menorista. Refletindo sobre estes aspectos, Josiane Rose Petry Veronese¹⁰³ salientou:

O processo em que o menor se submetia era inquisitorial, isto significava que a verdade material se sobrepunha aos direitos da pessoa humana, colocando a criança como mero objeto de análise investigatória. Em tais processos, não obrigava a lei menorista à participação do advogado. A intimidade dessa criança ou adolescente era desregradamente vasculhada, sendo que as medidas legais chegavam a intervir na família e no meio em que o mesmo vivia. Enquanto que para o adulto o processo tinha (e tem) por fundamento o princípio do contraditório, o qual é, inclusive, uma garantia constitucional, no qual o indiciado não era sujeito passivo, mas se defendia, sendo-lhe resguardado até mesmo o direito de permanecer em silêncio.

¹⁰⁰ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários ao código de menores**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 13.

¹⁰¹ O Código de Menores de 1979, por sua vez, dispunha sobre situações irregulares, da seguinte forma: “artigo 2º: para os efeitos deste Código de Menores de 1979, considera-se em situação irregular o menor: I. Privado de condições essenciais a sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsáveis; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável de provê-la; II. Vítima de maus-tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III. Em perigo moral, devido: a) encontrar-se em atividade contrária aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV. Privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V. Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI. Autor de infração penal” (ALMEIDA, Fernando H. Mendes (org). Decreto **Federal nº 17.913-A de 12 de outubro de 1927**. Código de Menores. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 44 e ss.).

¹⁰² AMARAL E SILVA, Antonio Fernando do. **Estatuto: o novo direito da criança e do adolescente e a Justiça da Infância e da Juventude**. São Paulo: Saraiva, 1995a. p. 15.

¹⁰³ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente: origem, desenvolvimento e perspectivas (uma abordagem sociojurídica)**. Trabalho para obtenção do título de professora da cadeira de Direito da Criança e Adolescente da UFSC. Florianópolis, setembro de 1996. p. 25.

A preocupação não era com a gravidade do ato infracional cometido, mas fundamentalmente com a personalidade do jovem infrator. Assim, as medidas ditas tutelares eram aplicadas em relação a inaptidão do menor em sociedade, podendo, desta feita, um jovem que diuturnamente furtasse carteiras de cigarros permanecer internado por mais tempo que um que cometesse um latrocínio, isto porque, a personalidade do adolescente é que era examinada, e não o ato praticado pelo delinquente.

No entendimento de Emílio García Méndez, Cecília Simonetti e Margaret Blecher¹⁰⁴, a doutrina da situação irregular estava longe de ser uma doutrina, e nada tem de jurídico, pois não prescreve regras claras e pré-estabelecidas de cumprimento obrigatório para os destinatários e para aqueles responsáveis pela sua aplicação. Constituíam-se numa “colcha de retalhos do sentido comum que o destino elevou à categoria jurídica. Sua missão consiste, na realidade, em legitimar a disponibilidade estatal absoluta dos sujeitos em situação irregular”.

Mais adiante, estes autores ainda afirmam ser a doutrina da situação irregular uma ideologia da compaixão/repressão, querendo dizer com isto que esta cultura não quis, não pôde ou não soube oferecer proteção a crianças e adolescentes, ou seja, o setor mais vulnerável da sociedade, a não ser lhes imputando algum tipo de incapacidade e lhes condenando a algum tipo de segregação estigmatizante.

1.2.3 Doutrina da proteção integral

A Constituição Federal de 1988 consagrou em seu artigo 227, a doutrina da proteção integral, demonstrando o resultado de toda esta luta em torno dos direitos da criança e do adolescente. No texto do aludido artigo o legislador constituinte adotou o termo “com absoluta prioridade”, ou seja, ele estabelece que esse dever sobrepõe-se a qualquer outro e transmite uma ideia de que é exercido a todo o tempo¹⁰⁵.

¹⁰⁴ MÉNDEZ, Emílio García; SIMONETTI, Cecilia; BLECHER, Margaret (orgs.). *Op. cit.*, p. 27.

¹⁰⁵ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.** Disponível em:

A doutrina da proteção integral objetiva elidir a regra que para estar sob a égide da norma legal a criança deve ter praticado ato contrário ao disposto na lei, tendo assim um desvio de conduta. Decididamente, o Estatuto vem firmar seu compromisso com crianças e adolescentes, por representarem o futuro do país, e, por essa razão, assegura-lhes todos os meios para que possam desfrutar de uma maior qualidade de vida, principalmente no que tange a direitos próprios e especiais de pessoas em desenvolvimento sendo assim considerados, ou seja, como sujeitos de direitos.

Pode-se dizer que com o advento do Estatuto o problema do infrator passou a ser encarado de forma mais compromissada, porém essa não foi a única categoria prevista no referido diploma legal, que se preocupou prioritariamente em elaborar um sistema de prevenção com a infância de uma maneira geral. Assim, toda criança e adolescente têm o amparo do Estado, qualquer que seja a sua situação jurídica, como dispõe o artigo 98, da Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990¹⁰⁶. Dessa forma, desde o seu nascimento, desfruta da cidadania e, conseqüentemente, da garantia de direitos.

Esta doutrina adveio da chamada “Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral da Infância”, que engloba no seu bojo a Convenção das Nações Unidas dos Direitos da Criança, as regras mínimas das Nações Unidas para a administração da Justiça da Infância e da Juventude (Regras de Beijing), as regras mínimas das Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade, e as diretrizes para a prevenção da delinquência juvenil (Diretrizes de Riad).

Posteriormente, se junta a estas regras internacionais, a declaração mundial sobre sobrevivência, a proteção e o desenvolvimento da criança nos anos noventa com plano de ação para a sua implementação¹⁰⁷.

Esta legislação internacional modifica totalmente a doutrina da situação irregular. Consagra todos os direitos inerentes às crianças e adolescentes, sendo seu ponto nevrálgico reconhecê-los como sujeitos plenos de direitos. Incorpora-se a esta doutrina todos os princípios fundamentais e constitucionais, destacando-se o da

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Avesso em: 06 ago. 2012. p. 1.

¹⁰⁶ “Artigo 98: as medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta” (BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. *Op. cit.*, p. 1).

¹⁰⁷ ALBERGARIA, Jason. *Op. cit.*, p. 175-176.

igualdade e da liberdade, sendo proibida as detenções ilegais ou arbitrárias. Para Emílio García Méndez, Cecília Simonetti e Margaret Blecher¹⁰⁸, “esta nova doutrina deslegitima a política e, sobretudo, juridicamente, o velho direito de ‘menores’ colocando-o paradoxalmente em situação totalmente irregular”. Para estes autores a doutrina da proteção integral considera política e juridicamente ilegítima e irregular o anterior direito dos então menores.

Sendo o Brasil signatário de todas estas convenções e declarações e seu texto constitucional dispondo sobre a doutrina da proteção integral (artigo 227), necessário foi elaborar uma lei ordinária que regulamentasse toda essa proteção à criança e ao adolescente, revogando definitivamente toda a legislação autoritária e repressiva que vigorava no país.

Este constitui, assim, momento oportuno para propor alterações nas diferenciações e distorções do antigo modelo.

Em 13 de julho de 1990, surge a Lei nº 8.069 que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Com o advento dessa norma legal, desaparece a figura do “menor”, expressão estigmatizada, e passa-se a falar em crianças e adolescentes, agora como sujeitos de direitos, protegidos juridicamente. Dessa forma, os destinatários do ECA passam a ter os mesmos direitos que os adultos, e ainda, contam com direitos especiais advindos da sua condição específica de pessoa em fase de desenvolvimento.

Deixa-se para o passado um direito que se dirigia somente a um tipo de jovem em situação irregular, para se dirigir e englobar toda a juventude.

Tal documento legal representa uma verdadeira revolução, na esteira dos desenvolvimentos das doutrinas internacionais, em termos de proteção integral e do reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direito e cidadãos. O Estatuto considera “criança”, para os efeitos da lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos e “adolescente” aquela entre doze e dezoito anos de idade.

O novo texto representou o abandono da “doutrina da situação irregular”, base do Código de Menores de 1979¹⁰⁹, que antecedeu o Estatuto da Criança e do Adolescente, representando uma verdadeira revolução na atuação do Sistema Judiciário que, aliado ao Ministério Público, como proposto pelo Estatuto, pode ser

¹⁰⁸ MÉNDEZ, Emílio García; SIMONETTI, Cecília; BLECHER, Margaret (orgs.). *Op. cit.*, p. 32.

¹⁰⁹ ALMEIDA, Fernando H. Mendes (org). *Op. cit.* p. 44 e ss.

considerado um dos mais evoluídos instrumentos de proteção à cidadania vigentes no país.

Ao revogar o discriminatório código anterior e a lei que criou a Fundação Nacional do Bem Estar do Menor (FUNABEM), o Estatuto proporcionou conquistas baseadas em dois polos fundamentais: a doutrina da “proteção integral da criança e do adolescente”, prevista na Declaração da Organização das Nações Unidas de 1959 e uma sistemática de aplicação municipalizada.

Tendo a Constituição brasileira de 1988 consagrado como prioridade absoluta a criança, o adolescente e o jovem, nos artigos 226 e 227 (de acordo com a Emenda Constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010¹¹⁰), vedando qualquer violação ou abuso aos direitos constitutivos da personalidade individual, ficou estabelecida a parceria no “dever de proteção” entre família, sociedade e Estado, além de deixarem de ser objetos passivos destes.

Ao fazer isto, o legislador inseriu, em definitivo, a criança e o adolescente no ordenamento jurídico, estabelecendo a igualdade de todos perante a lei, embora reconhecendo a condição especial das pessoas em peculiar desenvolvimento.

Dessa forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi editado com o intuito de proporcionar condições, garantias e direitos, visando à satisfação das necessidades das crianças e adolescentes, assegurando instrumentos processuais para o cumprimento dos seus direitos especiais e específicos, de acordo com o conteúdo do art. 6º da Lei nº 8.069/90.

Diversas são as mudanças paradigmáticas deste novo modelo, sendo que, sua base conceitual é totalmente antagônica à do modelo anterior. Mudam-se os padrões de objetivos, de atendimento, de proteção e outros.

Este novo ramo filia-se aos princípios gerais, às regras técnicas do direito e aos conceitos da Ciência Jurídica, tendo como escopo o bem comum, a justiça e a equidade.

Emílio García Méndez, Cecília Simonetti e Margaret Blecher¹¹¹, examinando o modelo da proteção integral e suas bases conceituais, afirmam que:

¹¹⁰ BRASIL, Legislação. **Emenda Constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010**. Altera a denominação do Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal de 1988 e modifica o seu artigo 227, para cuidar dos interesses da juventude. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc65.htm>. Acesso em: 06 ago. 2012, p. 1.

¹¹¹ MÉNDEZ, Emílio García; SIMONETTI, Cecilia; BLECHER, Margaret (orgs.). *Op. cit.*, p. 124-125.

Pela doutrina da proteção integral, a legislação deve dirigir-se ao conjunto da população infanto-juvenil, abrangendo todas as crianças e adolescentes, sem exceção alguma. [...] Supera o binômio compaixão/repressão, passando a considerar a criança e o adolescente como sujeitos de direitos exigíveis com base na lei. Os casos sociais e psicopedagógicos como a pobreza e a inadaptação passam a ser resolvidos na esfera administrativa, mediante o encaminhamento e a vigilância do Conselho Tutelar, órgão encarregado de receber, estudar e encaminhar casos, requerendo serviços e, quando necessário, peticionando ao Ministério Público, visando por as conquistas do estado de direito para funcionar em favor da criança e do adolescente. O Conselho Tutelar aplica as medidas de proteção às crianças violadas em seus direitos. Em relação ao adolescente autor de ato infracional, o Estatuto prevê, em primeiro lugar, a extensão às pessoas entre doze e dezoito anos, das garantias processuais básicas do direito penal de adultos, estabelecendo ainda medidas socioeducativas aplicáveis ao adolescente considerado responsável pela autoria de um determinado ato infracional.

Evolui-se de um código que não mencionava direitos nem garantias para um estatuto garantista e participativo. Todas essas mudanças fazem da doutrina da proteção integral um modelo de direito da criança e do adolescente compatível com o “Estado Democrático de Direito”.

Asseguram-se, assim, os direitos fundamentais à infância e à juventude, fornecendo-lhes, principalmente ao adolescente infrator, instrumentos processuais e materiais de proteção do direito à vida e liberdade. Desta forma, esse novo sistema se caracteriza pela jurisdicionalização dos seus atos.

Na prática, a proteção destes direitos da infância se faz através do respeito às garantias constitucionais e estatutárias, responsabilidade maior dos juristas e aplicadores do direito.

Dentre as inúmeras inovações trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pode-se enumerar as políticas sociais, assistenciais e de proteção especial. As políticas sociais básicas, previstas entre os artigos 53 e 59 do Estatuto em tela, incluem saúde, educação, esporte, cultura e lazer.

Dentre as assistenciais, citam-se: o atendimento pré e perinatal; o apoio alimentar à gestante e a nutriz do artigo 8º; o alojamento conjunto para neonato e mãe conforme o artigo 10, inciso V; o atendimento especializado aos portadores de deficiência do artigo 11; o fornecimento gratuito de medicamentos, próteses e outros recursos indispensáveis ao tratamento, habilitação e reabilitação, conforme disposição do artigo 11; os programas de capacitação e inicialização do trabalho, artigo 68; abrigo do artigo 92; e complemento alimentar, material didático escolar, transporte e assistência à saúde, da disposição do artigo 54, inciso VII.

Dentre as políticas de proteção especial, apresenta-se às medidas protetivas do artigo 101, as socioeducativas do artigo 112 e atendimento a crianças e adolescentes em circunstâncias especialmente difíceis, do artigo 98.

O Estatuto em análise procura substituir as políticas assistencialistas vigentes no passado por um conjunto de propostas de trabalho socioeducativo em que seja valorizada a cidadania dos brasileiros desde a tenra idade, através da atenção aos direitos e oportunidades, além da proteção especial às pessoas em condição peculiar de desenvolvimento.

Também substituiu o “poder cautelar genérico” apresentado na Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, pela fiscalização de entidades governamentais e não-governamentais, obrigações dos dirigentes e autoridades, e aplicação de medidas punitivas pelo descumprimento do Estatuto da Criança e do Adolescente¹¹².

Garantindo expressamente os direitos previstos no artigo 227, da Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente determina que as medidas aplicáveis aos adolescentes autores de atos infracionais tenham caráter eminentemente pedagógico e socioeducativo, dentre as quais, a obrigação da reparação do dano, a prestação de serviço à comunidade, o encaminhamento a tratamento médico-psicológico em hospital ou ambulatório e inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos¹¹³.

De acordo com a Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012 (artigo 1º, parágrafo 2º) essas medidas socioeducativas tem por objetivos: a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, incentivando sua reparação, sempre que possível; a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual

¹¹² Vide artigos 90 a 97, do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. *Op. cit.*, p. 1).

¹¹³ “Artigo 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 artigo 101, incisos I a VI”. Dispõe o referido artigo 101, incisos I a VI, o que segue: “artigo 101: verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; [...]” (BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. *Op. cit.*, p. 1).

de atendimento; e 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 lei¹¹⁴

Do ponto de vista da municipalização, o Estatuto da Criança e do Adolescente propugna pela organização de Conselhos Tutelares, como órgãos permanentes e autônomos não-jurisdicionais, na previsão dos artigos 131 a 140 e dos Conselhos Municipais de Direitos da Criança e do Adolescente, artigo 88, inciso II, como órgãos deliberativos e controladores das ações ao nível municipal na fixação das políticas de atendimento. Estabelece, também, a criação do Conselho Nacional, artigo 88, e do cabimento de ação civil pública para direitos difusos, artigos 208, 210 e 212, além das medidas aplicáveis aos pais e responsáveis, conforme artigos 129 e 130.

Modificando procedimentos vigentes há três décadas, o Estatuto da Criança e do Adolescente descentraliza as políticas administrativas de promoção e defesa de direitos, ampliando a competência e a responsabilidade dos municípios, através da participação de organizações governamentais ou não-governamentais representativas nos Conselhos Tutelares e Municipais, envolvendo decisões, deliberações, fiscalizações e normatizações.

Além disso, agrava as apenações de crimes praticados contra a criança e o adolescente, artigos 225 a 244, sistematizando infrações administrativas, artigos 245 a 258, não esquecendo as questões importantes como guarda, adoção e tutela, suspensão e perda do poder familiar e na mecânica legal a ser adotada em procedimentos e recursos.

Toda a descrição exposta acima, do Estatuto avançadíssimo que a sociedade brasileira tem à mão para mitigar e resolver os problemas complexos ligados à infância e adolescência pode ser toldada pela crítica de alguns setores, cujo objetivo é alertar para as incapacidades das instituições brasileiras de encaminhar as dificuldades originárias da própria estrutura da nossa sociedade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não é o responsável, ou melhor, o causador dos imensos problemas resultantes de uma sociedade injusta, com severa concentração de renda e desequilíbrios regionais. Por outro lado, existe uma sociedade individualista e neocapitalista que tornou também crianças e adolescentes “sujeitos de consumo”, o que enseja diversas transformações: crianças e

¹¹⁴ BRASIL, Legislação. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. *Op. cit.*, p. 1.

adolescentes “pretensamente cidadãos”, vale dizer, sem filtros protetores, partícipes do consumismo e de uma sociedade midiática e informacional apressada e produtora de frustrações psicológicas, abusos, opressões, violências e crueldades.

As crianças-cidadãs ou “adultos-mirins” passam a ter vontades a serem satisfeitas, às vezes de modo autoritário, invertendo completamente o papel histórico que, como visto, permeava o mundo infantil antes do século XVII. Em contrapartida, existe um enorme contingente de miseráveis e famintos entre crianças e adolescentes brasileiros, como demonstra um relatório do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) divulgado no dia 30 de novembro de 2011 e publicado no sítio eletrônico oficial da Agência de Notícias dos Direitos da Infância (ANDI):

No Brasil, a pobreza e a miséria têm rosto de criança e adolescente. É o que constatou o relatório do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) divulgado ontem, dia 30. De 2004 a 2009, o percentual de adolescentes de doze a dezessete anos vivendo em famílias extremamente pobres cresceu de 16,3% para 17,6%, o que representa 3,7 milhões de pessoas. Na população em geral, ao contrário, o percentual de extrema pobreza - renda per capita inferior a um quarto do salário mínimo (R\$ 128,50) - diminuiu de 12,4% para 11,9% no mesmo período. “O problema não é o adolescente, e sim a violação constante dos seus direitos”, avalia a representante do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) no Brasil, Marie-Pierre Poirier¹¹⁵.

Nesse contexto, a sociedade brasileira, que se desenvolve gigantesca e complexamente, produz um instrumento extraordinário como o Estatuto da Criança e do Adolescente, de estabilização e promoção social. No entanto, se comporta como se ele fosse impraticável ou, às vezes, o que é pior, quer ajustá-lo a condições involutivas, como a da repressão indiscriminada à adolescentes infratores, de tal modo que há um movimento para a redução da idade da responsabilidade socioeducativa, como se ele fosse o culpado pela selvageria das metrópoles e a violência onipresente nas áreas pobres.

Na verdade, o Estatuto da Criança e do Adolescente é o futuro e não o passado, cujas sequelas ainda estão aí, acusando, produzindo homicídios, sequestros, latrocínios e outras violências, não raro envolvendo crianças e adolescentes.

¹¹⁵ ANDI, Agência de Notícias dos Direitos da Infância. **O país jovem dos meninos miseráveis.** Notícia publicada em 01 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://www.andi.org.br/infancia-e-juventude/noticia-clipping/o-pais-jovem-dos-meninos-miseraveis>>. Acesso em: 12 jun. 2012. p. 1.

Do ponto de vista cronológico, várias outras iniciativas governamentais foram necessárias para que o Estatuto pudesse sobreviver à descrença de seus críticos. Por exemplo, em 12 de outubro de 1991, a Lei nº 8.242 cria o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), com o objetivo precípua de impulsionar a implantação do Estatuto no país. Em 1993, a Lei nº 8.642 criou o programa Nacional de Atenção Integral à Criança e ao Adolescente (PRONAICA), para articular e integrar, sob a coordenação do Ministério da Educação, ações de apoio aos infantojuvenis.

No início do ano de 1995, a presidência da República extinguiu o Centro Brasileiro para a Infância e Adolescência (CBIA), que havia sido criado em 1990 para substituir a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM) e ainda a Legião Brasileira de Assistência (LBA).

No lugar do Centro Brasileiro para a Infância e Adolescência (CBIA), implantou-se o Conselho da Comunidade Solidária para coordenação de ações no campo social a partir de iniciativas locais.

Todos esses esforços concentrados demonstram que o Estatuto em tela é um diploma que deve ser apoiado e corresponde a um coroamento de um longo caminho de transformação profundamente acidentado na evolução humana quanto à questão da infância e da adolescência.

A sociedade brasileira caminha, celeremente, para institucionalizar um sistema de proteção integral dos mais avançados do mundo, que, ao invés de legitimar juridicamente modificações já existentes no corpo social, provocará, em médio prazo, transformações revolucionárias no próprio modo de compreender o papel das crianças e adolescentes na evolução da sociedade e no funcionamento das instituições criadas para protegê-las e promovê-las em relação ao futuro.

1.2.4 Síntese do desenvolvimento histórico-normativo dos direitos das crianças e dos adolescentes brasileiros

No Brasil, a proteção aos direitos das crianças e adolescentes vem ganhando força, principalmente após o restabelecimento das franquias democráticas, meta que

parece plenamente alcançada após os avanços obtidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O diploma constitucional brasileiro, plenamente respaldado em convicções hoje translúcidas na cultura ocidental, espelha integralmente em seu artigo 227 o objetivo de:

[...] assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão¹¹⁶.

O referido dispositivo constitucional enseja a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, traduzido pela Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, uma lei alinhada aos princípios internacionais de direitos humanos, ainda desconhecidos da sociedade brasileira, o que vem ensejando um natural debate sobre a sua oportunidade e aplicação.

Ocorre que esse protagonismo histórico-jurídico, como quase todos os contextos da evolução humana, não foi obtido por geração espontânea ou facilidade de entendimento, nem foi envolvido por concepções ideológicas que abrangeriam uma evolução do menos para o mais ou do simples para o mais complexo, havendo a necessidade de se compreender as questões que envolvem o direito da criança sem os preconceitos de uma visão histórica e ideológica particular ou o singelo idealismo, popular hoje em dia, de perseguir por medo e a qualquer custo o “politicamente correto”.

Observando-se os antecedentes históricos, verifica-se que a Jurisdição de Menores demorou a ser implantada no Brasil, quando já era uma realidade nos Estados Unidos desde 1901, na Alemanha desde 1905, na Inglaterra desde 1908, em Portugal e Hungria desde 1911, na França e Bélgica desde 1912, e na Itália desde 1917. Inexistia um direito criminal de menores e a eles se aplicava o regime comum para adultos, responsabilizando-os de forma idêntica aos maiores reduzindo-se, tão somente, a quantidade da pena imposta, sem qualquer garantia.

¹¹⁶ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. *Op. cit.*, p. 1.

Muitas foram as tentativas por juristas eminentes, para modificar o sistema; nenhuma alcançou resultado positivo. O jurista Noé de Azevedo¹¹⁷, em 1920, em tese de doutoramento, proclamava a necessidade da criação de Tribunais Especiais para menores, afirmando: “conquanto tenham esses organismos o nome de juízo, são na realidade instituições protetoras, que, afastando-se da natureza jurídica das Varas Ordinárias, tomam um caráter eminentemente social”.

Alfredo Pinto Vieira de Melo¹¹⁸, em 1909, já havia tentado criar um regime jurídico especial relativamente ao assunto. Em 1921, então Ministro da Justiça no governo de Epitácio Pessoa, conseguiu introduzir dois capítulos do anteprojeto elaborado por Mello Mattos na Lei nº 4.242 de 5 de janeiro do ano citado, que fixava as despesas da República, na chamada “cauda orçamentária”. O artigo 3º autorizava o governo a organizar o Serviço de Assistência e Proteção aos Menores Abandonados e Delinquentes.

Porém, este serviço somente foi aprovado no governo de Artur Bernardes, sendo Ministro da Justiça João Luis Alves, ambos mineiros, pelo Decreto Executivo nº 16.272, de 20 de dezembro de 1923. Foram então criados os primeiros Juízos Privativos de Menores.

O primeiro se deu no Rio de Janeiro, instituído legalmente no dia 20 dezembro de 1923. Seu titular, José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, precisamente no dia 06 de março de 1924, prolatava a primeira sentença como Juiz de Menores, exercendo, assim, pela primeira vez no Brasil e na América Latina, a tutela jurisdicional sobre menores.

O segundo foi implantado em São Paulo, instituído pela Lei nº 2.059, de 31 de dezembro de 1924, sendo presidente do Estado Carlos de Campos, e primeiro titular Francisco Cardoso Ribeiro.

No dia 25 de janeiro de 1926 foi instalado o terceiro juízo privativo de menores, desta vez em Curitiba, sendo o seu primeiro titular Francisco da Cunha Pereira, e presidente do Estado, Caetano Munhoz da Rocha.

¹¹⁷ AZEVEDO, Noé de. **Socialização do direito penal e o tratamento de menores delinquentes e abandonados**. São Paulo: Biblioteca USP, 1927. Tese (Livre Docência) - FD/USP. Cópia disponível na biblioteca de direito da USP-SP. Localização FD DBC/H2-13-5.

¹¹⁸ MELO, Alfredo Pinto Vieira de (Min. Justiça e Negócios Interiores, no Governo Epitácio Pessoa e Joaquim Ferreira Chaves - interino). **Problemas de educação**. In: *Juizado da Infância e da Juventude de Belo Horizonte, Histórico*. Disponível em: <<http://netra.tjmg.gov.br/jij/presenca.html>>. Acesso em: 02 jun. 2012. p. 1.

Por seu turno, no dia 31 de agosto de 1926 instituiu-se o quarto juizado de menores, agora em Belo Horizonte, criado pelo Decreto Estadual nº 7.326, da mesma data, sendo presidente do Estado, Fernando de Melo Viana, e o primeiro juiz, Alarico Barroso.

Os referidos Juízos Privativos foram criados antes do primeiro Código de Menores, estabelecido pelo Decreto nº 5.083, de 01 de dezembro de 1926.

Posteriormente, as leis de assistência e proteção aos menores foram consolidadas pelo Decreto Federal nº 17.943/A, de 12 de outubro de 1927, surgindo cinquenta e dois anos depois, o novo Código de Menores, a Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, que vigorou até a promulgação da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, o atual Estatuto da Criança e do Adolescente.

A constitucionalidade do Código de 1926, posta em dúvida pelos tribunais, em virtude dos provimentos baixados por Mello Mattos, que não aceitava o pátrio poder na sua forma absoluta e sim com o caráter de “pátrio dever”, foi reconhecida, finalmente, pelo Supremo Tribunal, apreciando caso julgado pelo Tribunal de Minas. Por oito votos contra dois, a Suprema Corte decidiu pela aplicação do Código a outros menores que não os abandonados. Desde então, a Justiça de Menores, pela sua ação, reconhecidamente moralizadora de costumes, vem sendo acatada e respeitada.

No ano de 1911 foi realizado na França o primeiro Congresso Internacional de Menores, com a discussão de pontos básicos, como a necessidade de jurisdição especial para os menores e princípios e diretrizes de apoio para a obtenção do máximo de eficácia contra a criminalidade infantil.

Essa reunião com observadores de Cuba, El Salvador e Uruguai, inspirou a criação do Tribunal de Menores francês, em 1912, o do Japão, em 1922, e o da Espanha, em 1924. Posteriormente, esses tribunais surgiram na América Latina: na Argentina, em 1921, no Brasil, em 1923, no México, em 1927, e no Chile, em 1928.

Constata-se que, desde fins do século XIX e início do século XX, a palavra “menor” aparece frequentemente no vocabulário jurídico brasileiro, e tendo significado restrito aos abandonados, carentes e infratores. A partir de 1920, no entanto, as denúncias sobre o abandono e marginalidade das crianças, bem como a sua peculiar condição civil e jurídica passaram a serem ressaltados, além dos direitos que lhes eram correspondentes.

Paralelamente, observaram-se transformações importantes na estrutura da família brasileira. O modelo da família patriarcal, agrária, escravocrata e importada dos padrões portugueses, baseada na pessoa central do “coronel”, figura masculina cujo poder absoluto era capaz de controlar a sexualidade feminina e regularizar a procriação com a finalidade de herança e sucessão, começou a ser superada.

Com o início da industrialização e o processo de imigração, a família perde funções econômicas e políticas, disciplinando a procriação e o impulso sexual.

No final do século XIX, surge um novo tipo de família. A mulher começa a conquistar direitos se equiparando ao homem. A natalidade é mais controlada e o número de casamentos e de separações aumenta, embora ainda seja forte a dupla “moral sexual”.

Os casamentos passam a serem efetivados a partir de escolhas individuais e as mulheres começam a entrar no mercado de trabalho.

Em 1923 a *International Save the Children Union*¹¹⁹, uma organização americana não governamental, estabeleceu os princípios dos direitos da criança, incorporados em 1924 pela Liga das Nações que, reunida em Genebra neste mesmo ano, os expressa na Primeira Declaração dos Direitos da Criança, propugnando: 1º) que a criança teria o direito de se desenvolver de maneira normal, material e espiritualmente; 2º) a criança que tem fome deveria ser alimentada; 3º) a criança doente deveria ser tratada; 4º) a criança retardada deveria ser encorajada; 5º) o órfão e o abandonado deveriam ser abrigados e protegidos; 6º) a criança deveria ser preparada para ganhar sua vida e protegida contra todo tipo de exploração e 7º) a criança deveria ser educada dentro do sentimento de que suas melhores qualidades poderiam ser postas a serviço de seus irmãos.

¹¹⁹ A *International Save the Children Union* foi fundada oficialmente em janeiro de 1920, sob orientação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, e denominava-se “International Union for Child Welfare - IUCW”, cujos princípios dos direitos das crianças por ela adotados foram incorporados à Declaração de Genebra. Em 1924 a Declaração de Genebra foi adotada pela Liga das Nações Unidas, e em 1989 resultou na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. “*The International Save the Children Union was officially founded in January 1920, under the patronage of the International Committee of the Red Cross. The Union grew to become more than a co-ordinating body. It became a platform from which Eglantyne Jebb could launch some of her more forward-looking initiatives. Eglantyne Jebb drew up the first Charter of the Rights of the Child in 1923, it was adopted by the International Save the Children Union and given the title The Declaration of Geneva. In 1924 the Declaration was adopted by the League of Nations, and in 1989 became the United Nations Convention on the Rights of the Child*” (INFORMATION. **The International Save the Children Alliance**. September 2000. Disponível em: <<http://www.savechildren.org.uk/functions/aboutus/pdfs/Alliance00.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2012. p. 01).

Tais princípios manifestavam, pela primeira vez no plano internacional, a tendência universal com o desenvolvimento físico e espiritual das crianças.

É importante destacar que o Código Mello Mattos possuía uma visão “higienista”, absorvendo as ideias positivistas, em moda na época, sobre salubridade urbana, controle de endemias, epidemias e da saúde pública, protegendo o indivíduo do meio em que vivia e especificando para o menor uma visão jurídica representativa. Surgiu a vigilância da saúde da criança, dos lactantes e nutrízes, estabelecendo inspeção médica de higiene. Os menores infratores passaram a gozar do privilégio de prisão especial, longe dos adultos, e o menor tornou-se inimputável até os quatorze anos, isto é, não poderia mais ser submetido a processo penal de qualquer natureza, rompendo-se, em definitivo, a velha “questão do discernimento”.

Os infratores de quatorze a dezoito anos tinham um processo especial, definindo-se também a “liberdade vigiada”. O trabalho passou a ser proibido aos menores de doze anos. Aos menores de quatorze, enquanto não completassem a instrução primária, não poderiam trabalhar, fato que gerou a primeira iniciativa legal brasileira que priorizava a educação ao invés do trabalho. O trabalho noturno e o perigoso à saúde e à moral foram proibidos para menores de dezoito anos, sendo instituída multa aos infratores e intensificada a fiscalização nas fábricas, empresas e casas de espetáculos. As decisões do Juiz eram baseadas na “índole boa ou má” da criança ou do adolescente, ficando ao seu cargo e dos diretores de abrigos e casas de detenção a definição das trajetórias institucionais dos menores. A atuação do Juiz em relação à infância era vigilante e seu poder, indiscutível.

As indústrias reagiram ao Código Mello Mattos, principalmente no que se referia à fiscalização da aplicação de multas pela ultrapassagem do horário de trabalho dos menores, fixado pela lei em seis horas, o que levou a que mais de 500 fábricas fossem multadas, especialmente as de tecido. Apesar de recorrerem contra as multas, a Corte de Apelação reconheceu aos menores as seis horas de trabalho.

Posteriormente, em 1932, durante o governo Vargas, as indústrias conseguiram pressionar pela alteração do Código de Menores, sendo eliminada a proibição de atividade laborativa aos abaixo de quatorze anos, embora acrescida a exigência de que junto com esses fossem empregados, no mesmo estabelecimento, pessoas de suas famílias. Essa dificuldade foi, contudo, dirimida pela Constituição

da República Federativa do Brasil de 1934, que fixou a idade de quatorze anos como mínima para o exercício do trabalho.

Acentuou-se no mundo, depois do término da Segunda Guerra Mundial em 1945 e o advento da chamada Guerra Fria, a tendência de se resolver o problema da infância através do controle social, representado pelas instâncias repressoras mais comuns, a família e a escola.

Encarregadas das tarefas de socialização, tais instâncias atuavam como filtros repressores, formando o contingente de “incluídos” necessários ao funcionamento posterior da sociedade dos adultos. Para os excluídos, convertidos em “menores”, seria oferecida uma instituição diferenciada de controle, o “tribunal dos menores”, que os poderia reprimir, interpretando, à luz do controle sociopenal, sua específica “situação irregular”.

Fundada em 1945, a Organização das Nações Unidas por volta de 1946, resolveu criar, no ano seguinte, um Fundo Internacional de Ajuda Emergencial à Infância Necessitada, sendo que em 11 de outubro de 1946, é instituído o *United Nations International Child Emergency Found* (UNICEF).

Em 1958, o *United Nations International Child Emergency Found* (UNICEF) estendeu-se a um novo campo, o dos serviços sociais para crianças e suas famílias, possuindo um diretor-executivo, indicado pelo Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas e sede em Nova Iorque, contando, ainda, com cerca de trinta escritórios regionais e nacionais em todo mundo.

Em 1959, as Nações Unidas proclamaram a Declaração Universal dos Direitos da Criança, reafirmando a importância de se garantir a universalidade, objetividade e igualdade na consideração de questões relativas aos direitos da criança. Sendo assim, pela primeira vez na história, a criança é considerada prioridade absoluta e sujeito de direito e as novas doutrinas ainda não alcançavam a América Latina, comandada ainda por ditaduras militares e repressoras, egressas do modelo político da Guerra Fria entre Estados Unidos e a ex-União Soviética.

O paradigma “proteção/repressão”, vigente por décadas em quase todos os países latino-americanos, principalmente nos períodos ditatoriais durante a Guerra Fria de 1945 a 1989, ensejou práticas jurídicas de intervenção discricionária do poder estatal sobre “esta espécie de produto residual da categoria infância,

constituída pelo mundo dos menores”¹²⁰. Essa tendência foi corporificada no Código de Menores de 1979, Lei nº 6.697 de 1979, que revogou o de 1927 e assumiu *in totum* a doutrina da situação irregular.

Essa doutrina era apresentada, na prática, pelo artigo 2º do texto legal que revogava os dispositivos da Lei de Segurança Nacional e do Código Penal Militar, que permitiam punição para os menores de dezoito anos¹²¹. Tal artigo instituiu a prisão provisória para eles, sem audiência do Curador de Menores e determinava, ainda, que ato praticado em coautoria com adulto poderia fazê-lo permanecer detido, mesmo que o fato não fosse grave.

Essa permissão ampliava a função legislativa dos magistrados, através de medidas de ordem geral e portarias, além de facultar a qualquer pessoa a condução de menores em situação irregular ao Juizado, incluindo aí autoridades administrativas.

Por esses motivos, seus inúmeros críticos argumentavam que o Código concedia amplos poderes aos magistrados para praticar atos de ofício, cabendo ao Juiz de Menores uma ampla gama de operações: investigar os fatos, acusar, defender, sentenciar e fiscalizar o processo, somente se instaurando o contraditório quando a família designava um advogado.

Não é necessário dizer que as famílias da quase totalidade dos menores, constituída por pobres e miseráveis, não possuíam condições financeiras necessárias e suficientes para pagar um defensor particular e, assim, não podiam escapar da tutela quase absoluta do Estado e de sua autoridade coatora.

Conforme Paulo Lúcio Nogueira¹²², a doutrina de proteção ao menor em situação irregular foi adotada pelo Código de Menores (Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979) que reproduziu o modelo de repressão/proteção que já vigorava no país. Esta doutrina fundamentou o chamado “direito do menor”, definido como o conjunto de normas jurídicas relativas à definição da situação irregular deste, bem como seu tratamento e prevenção.

¹²⁰ MÉNDEZ, Emílio García. 1998. *Op. cit.*, p. 88.

¹²¹ PILOTTI, Francisco; RIZZINI, Irene. **A arte de governar crianças**: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano Del Nino, Editora Universitária Santa Úrsula, Anais Livraria e Editora, 1995. p. 158.

¹²² NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários ao código de menores**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 13.

Paulo Lúcio Nogueira define a situação irregular¹²³ como sendo “a situação de perigo que poderá levar o menor a uma marginalização mais ampla, visto que o abandono moral ou material é um passo à criminalidade”.

A doutrina da situação irregular estava longe de ser uma doutrina, e nada tinha de jurídico, pois não prescrevia regras claras e preestabelecidas de cumprimento obrigatório para os destinatários e para aqueles responsáveis pela sua aplicação. Visava “na realidade, [...] legitimar a disponibilidade estatal absoluta dos sujeitos em situação irregular”¹²⁴.

Em 1989, a Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos promoveu a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. Meses depois, em novembro de 1989, a Assembleia da Organização das Nações Unidas aprovou por unanimidade a “Convenção sobre os Direitos da Criança”, que foi ratificada pelo Brasil, em 1990, por meio do Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990, cujo texto foi adotado e reafirmado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no mesmo ano.

No Brasil, a Lei nº 8.069/90 é considerada o marco de consolidação do novo direito da criança e do adolescente, construído a partir da teoria da proteção integral e da doutrina da criança como sujeito de direitos. Esse processo teve início com a Constituição Federal de 1988, foi reafirmado com a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças de 1989, e solidificado por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.

Essa tríade consegue assegurar, em termos normativos, o cuidado que deve ser direcionado por todos os brasileiros às suas crianças e adolescentes, ainda mais depois de uma decisão do Supremo Tribunal Federal de que os documentos internacionais, como tratados e convenções, sobre direitos humanos, possuem *status* supralegal. Vale dizer que, em termos de hierarquia normativa, estão colocados entre as normas constitucionais e as leis complementares e ordinárias.

¹²³ O Código de Menores, por sua vez, dispunha sobre situações irregulares, da seguinte forma: “Artigo 2º: para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I. Privado de condições essenciais a sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsáveis; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável de provê-la; II. Vítima de maus-tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III. Em perigo moral, devido: a) encontrar-se em atividade contrária aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV. Privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V. Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI. Autor de infração penal” (ALMEIDA, Fernando H. Mendes (org.). *Op. cit.*, p. 44 e ss.).

¹²⁴ MÉNDEZ, Emílio García; SIMONETTI, Cecilia; BLECHER, Margaret (orgs.). *Op. cit.*, p. 27.

Durante muito tempo houve dúvida sobre a força normativa dos tratados e convenções internacionais, até que a insegurança jurídica decorrente levou o Legislador Constituinte derivado a se pronunciar sobre a matéria. Foi assim que em 2004, quando da reforma constitucional por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2005, o artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, recebeu novos dispositivos, dentre eles o parágrafo 3º, com a seguinte redação:

Artigo 5º: [...]. Parágrafo 3º: os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2005).

Desde então os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos vigoram e devem ser aplicados, no Brasil, com força normativa de norma constitucional. No entanto, nada foi dito acerca dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos já existentes antes da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2005 e que, quando da aprovação, não obedeceram ao processo que os equiparariam, em força normativa, às Emendas Constitucionais.

Diante do impasse, o Supremo Tribunal Federal, órgão brasileiro responsável pela interpretação do texto constitucional, foi convocado a se manifestar sobre o assunto. Isso aconteceu em 2008, por meio do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, julgado em conjunto do Recurso Extraordinário nº 349.703, do *Habeas Corpus* nº 87.585¹²⁵ e do *Habeas Corpus* nº 92.566, que ficou assim ementado:

Ementa: Prisão civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do artigo 5º, inciso LXVII e parágrafos 1º, 2º e 3º, da Constituição Federal de 1988, à luz do artigo 7º, parágrafo 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do Recurso Extraordinário nº 349.703 e dos *Habeas Corpus* nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito¹²⁶.

¹²⁵ “Ementa: Depositário infiel. Prisão. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel” (STF, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 87.585/TO**. Tribunal Pleno. Relator Marco Aurélio. Julgado em 03 de dezembro de 2008. Publicado no DJe-118, de 25 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 29 jun. 2012).

¹²⁶ STF, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343/SP**. Tribunal Pleno. Relator Cezar Peluso. Julgado em 03 de dezembro de 2008. Publicado no DJe-104, de 04 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 29 jun. 2012.

Na ocasião restou decidido, por maioria de votos, que a circunstância de o Brasil haver subscrito a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, assinado em 22 de novembro de 1969), por meio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, ao limitar a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do previsto no inciso LXVII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, preceito que, a toda evidência, não se mostra autoaplicável.

Em síntese, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, com a introdução da Convenção Americana sobre Direitos Humanos no cenário jurídico nacional, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da prisão do depositário infiel. Nesse caso, o documento internacional não está acima do texto constitucional. No entanto, como o inciso LXVII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, não é autoaplicável, sua prática depende de lei ordinária e esta, por sua vez, tem que estar de acordo com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que na hierarquia das normas está acima das leis ordinárias, inclusive aquelas disciplinadoras de preceitos constitucionais.

Desse modo, segundo Valério de Oliveira Mazzuoli¹²⁷, em face do entendimento do Supremo Tribunal Federal:

[...] os tratados internacionais ratificados pelo Brasil situam-se em um nível hierárquico intermediário: estão abaixo da Constituição e acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior, posto não se encontrarem em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais.

O Supremo Tribunal Federal decidiu que os tratados ou convenções sobre direitos humanos aprovados antes da inclusão do parágrafo 3º, ao artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, “ostentam *status* supralegal”¹²⁸. Dito de outro modo:

¹²⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **A opção do Judiciário brasileiro em face dos conflitos entre tratados internacionais e leis internas**. In: *Revista CEJ*, nº 14. p. 112-120. Brasília-DF, mai./ago. 2001. p. 118.

¹²⁸ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 46.

O Supremo Tribunal Federal criou mais um degrau na pirâmide normativa kelseniana. Entre as normas constitucionais e as leis complementares e ordinárias, passaram a constar os tratados e convenções de direitos humanos aprovados antes da inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004¹²⁹.

Com essa decisão o ordenamento jurídico brasileiro foi significativamente alterado, com repercussão também no direito da criança e do adolescente, por força da Convenção Internacional dos Direitos das Crianças de 1989, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, portanto antes da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, e de muitos outros documentos internacionais relacionados com os direitos das pessoas em desenvolvimento e que foram ratificados no Brasil.

Portanto, toda convenção ou tratado internacional versando sobre direitos das crianças e dos adolescentes que for anterior à Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, possui status supralegal. Vale dizer, possui força normativa superior ao Estatuto da Criança e do Adolescente, embora não seja equiparado às normas constitucionais como aqueles que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, como manda o novel parágrafo 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

Grande parte da literatura jurídica brasileira vai mais longe, defendendo o entendimento de que os tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos deveriam ter, naturalmente, *status* constitucional. É este o pensamento, por exemplo, de Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépore e Rogério Sanches Cunha¹³⁰, a saber:

Ainda que o posicionamento doutrinário majoritário¹³¹ seja no sentido de que esses tratados deveriam ostentar *status* constitucional (tese à qual nos filiamos) [...]. A maioria da doutrina entende que todos os tratados de direitos humanos tem *status* Constitucional, independentemente de serem anteriores ou posteriores à inclusão do parágrafo 3º, ao artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, ou seja, de terem sido ou não aprovados com

¹²⁹ *Idem, ibidem*, p. 46.

¹³⁰ Celso Duvivier de Albuquerque Mello *apud* ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Op. cit.*, p. 46 e nota 1.

¹³¹ Discussão doutrinária sobre o *status* normativo dos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos: a) o posicionamento que reconhece a natureza supraconstitucional dos Tratados e Convenções em matéria de direitos humanos; b) a vertente que atribui caráter constitucional a esses documentos internacionais; c) a tendência que reconhece o *status* de lei ordinária a esses diplomas internacionais; e d) a interpretação que atribui caráter supralegal aos Tratados e Convenções sobre Direitos Humanos.

procedimento legislativo de Emenda Constitucional. Esse posicionamento encontra fundamento no originário parágrafo 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, que expressamente determina que os direitos expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de tratados internacionais.

De qualquer modo, em termos normativos e de aplicação prática pelo Supremo Tribunal Federal, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança tem força normativa maior que o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Contudo, como o legislador brasileiro se inspirou tanto na Constituição Federal de 1988 quanto na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que lhe antecederam, o Estatuto da Criança e do Adolescente encontra-se perfeitamente harmonizado com essas normas, não correndo risco real de ter algum de seus preceitos declarados inválidos por incompatibilidade ou afronta aos textos normativos que lhe são hierarquicamente superiores em termos de força normativa.

Com efeito, além dos direitos fundamentais de todo ser humano, as crianças são detentoras de direitos próprios e especiais, por se tratar de uma fase peculiar da vida, onde o desenvolvimento físico e psíquico é imensamente mais significativo se comparado com as demais fases da vida humana. Como sujeitos de direitos, ao invés de meros objetos de proteção como se dava no passado, as crianças e os adolescentes contemporâneos “além de serem titulares das garantias expressas a todos os brasileiros, também ostentam direitos especiais, como é o direito de brincar”¹³².

1.3 A percepção doutrinária e jurídica da criança e do adolescente na atualidade brasileira

Neste ponto da pesquisa chega-se ao crucial momento da definição dos termos “criança” e “adolescente”, até porque, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 2º distingue o atendimento socioeducativo em função desses conceitos.

¹³² ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Op. cit.*, p. 45.

Segundo Wilson Donizeti Liberati¹³³, “para a norma, criança é aquela pessoa que tem doze anos incompletos; adolescente, dos doze aos dezoito anos de idade”.

Ressalta-se que muitos autores fazem restrições à determinação do limite de doze anos para o início da adolescência, por entenderem que a distinção pretendida pelo legislador não coincide com a evolução biológica de uma fase para outra.

Na verdade, sejam quais forem as justificativas desses autores para seus entendimentos, o que ocorre é que cada criança tem seu momento individual de mudanças, deixando uns a infância com mais tenra idade que outros. Todavia, em termos legais, há a necessidade de se definir um período satisfatório para que tal determinação não fique à mercê da subjetividade dos julgadores.

Outro aspecto, de particular importância, que deve ser abordado, refere-se à terminologia empregada quando se trata de direitos e deveres da criança e do adolescente.

O novo Estatuto aboliu do texto legal o termo “menor”, face ao sentido utilizado pelo antigo Código de Menores, sempre o relacionando à carência, abandono, delinquência, infração, trombadinha, pivete etc.

A expressão “menor” passou a reunir essa gama de rótulos pejorativos, colocando as crianças e adolescentes sempre sob o estigma da situação irregular, causando traumas e marginalização nesses indivíduos.

Assim, com a expressão “criança e adolescente”, pretendeu o legislador não particularizar, de forma preconceituosa, esses seres que tanto precisam da proteção legal para garantir seus direitos e formarem-se cidadãos adultos, dignos de viverem em sociedade.

De ressaltar, também, que o artigo 2º, do Estatuto¹³⁴ em tela, permite que o atendimento aos adolescentes ultrapasse o limite dos dezoito anos, idade legalmente estipulada para o fim da adolescência¹³⁵, como acontece, por exemplo,

¹³³ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. ISBN 85-7420-187-1. p. 14.

¹³⁴ “Artigo 2º: considera-se criança, para efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescentes aquela entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único: nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto a pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade” (BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. *Op. cit.*, p. 1).

¹³⁵ “Artigo 36: a tutela será deferida, nos termos da lei civil, a pessoa de até dezoito anos incompletos (redação dada pela Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009). Parágrafo único: o deferimento da tutela pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do ‘poder familiar’ e implica necessariamente o dever de guarda (expressão ‘pátrio poder’ substituída por ‘poder familiar’ pela Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009)” (BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. *Op. cit.*, p. 1).

com o parágrafo 5º, do artigo 121¹³⁶ que permite a internação até os vinte e um anos e, por fim, a emancipação, na falta dos pais, pelo artigo 148, parágrafo único, alínea “e”¹³⁷.

O crescente aumento da criminalidade envolvendo adolescentes, como assaltos, roubos, homicídios, latrocínio, veiculados todos os dias pelos meios de comunicação, trouxe à tona a polêmica discussão sobre a redução da idade penal de dezoito para dezesseis anos.

É difícil visualizar, como solução à problemática que envolve o adolescente infrator, a redução da idade da responsabilidade penal de dezoito para dezesseis anos, pois, o sistema penitenciário existente no Brasil não permite tornar estes adolescentes adultos cidadãos. Neste momento, também se discute as penas alternativas para o adulto. Então, porque retroceder para com o adolescente? Não caberia cobrar do poder público, e por que não da sociedade, a implementação das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente? Reduzir a idade penal poderá significar um golpe ao artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV no que diz respeito aos direitos e garantias individuais da Constituição Federal de 1988¹³⁸ e um golpe aos princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para muitos, privar de liberdade aqueles que cometeram um ato infracional seria insuficiente. Esta opinião vem sendo reforçada por veículos de comunicação sensacionalistas.

Todavia, privar um adolescente de sua liberdade traz sérias implicações, dificultando ainda mais a sua inserção na sociedade. No período de sua privação de liberdade, na solidão de sua cela, muitos são os fatores que implicam em violências psicológicas, como acontece com a abordagem policial inadequada e permeada por humilhações físicas e emocionais; discriminação e preconceito por parte da sociedade; o próprio encarceramento que inclui o convívio em grupo desviante que, muitas vezes, não podem ser mensurados em uma simples análise. Muitos querem punir o adolescente que comete um ato infracional. Porém, ao ser preso, torna-se

¹³⁶ “Artigo 121: [...]. Parágrafo 5º: a liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade” (BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. *Op. cit.*, p. 1).

¹³⁷ “Artigo 148: [...]. Parágrafo único: [...]; e) conceder a emancipação, nos termos da lei civil, quando faltarem os pais” (BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. *Op. cit.*, p. 1).

¹³⁸ “Artigo 60: a Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]. Parágrafo 4º: não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...]; IV - os direitos e garantias individuais. [...]” (BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. *Op. cit.*, p. 1).

mais um nas estatísticas, não mais querendo saber o quê será feito para reintegrá-lo à sociedade.

O que muitos desconhecem é que todos os adolescentes que são apreendidos, autores de atos infracionais, são submetidos a um processo, na Vara da Infância e Juventude, e a todos são aplicados, mediante sentença, uma medida socioeducativa, e o não cumprimento desta implica em internação por até três meses, conforme previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente¹³⁹.

Portanto, pode-se observar que, no Estatuto da Criança e do Adolescente, estão previstas medidas que vão desde uma advertência, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e, em último caso, internação, a qual é privação de liberdade que pode durar por até três anos. Demonstrando desta maneira, percebe-se que o Estatuto não compactua com a impunidade, mas apresenta meios que, se aplicados com seriedade, trarão benefícios significativos na recuperação do adolescente¹⁴⁰.

A Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional, enumera, em seu artigo 35 e incisos, nove princípios que devem nortear a execução das medidas socioeducativas. São eles:

a) o princípio da legalidade, segundo o qual o adolescente “não pode receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto”¹⁴¹;

b) o princípio da excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas socioeducativas, com o intuito de favorecer a prática de meios de autocomposição de desavenças. Este princípio é contemporâneo e encontra-se

¹³⁹ “Artigo 122: a medida de internação só poderá ser aplicada quando: I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. Parágrafo 1º: o prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a três meses, devendo ser decretada judicialmente após o devido processo legal (redação dada pela Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012). Parágrafo 2º: em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada” (BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. *Op. cit.*, p. 1).

¹⁴⁰ No desenvolvimento deste trabalho, serão utilizados os termos “criança e adolescente” e “menor infrator”, apenas para efeitos didáticos.

¹⁴¹ Inciso I, do artigo 35, da Lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012 (BRASIL, Legislação. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. *Op. cit.*, p. 1).

atrelado à ideia da desjudicialização baseada na idealização e implementação de meios alternativos de solução de conflitos humanos fora do Poder Judiciário¹⁴²;

c) o princípio da priorização das práticas ou medidas restaurativas e que atendam às necessidades das vítimas. Além de responsabilizar o adolescente pelos seus atos e de conscientizá-lo para que não volte a praticar infrações, a execução de medidas socioeducativas precisa das respostas às vítimas, no sentido de que se sintam recompensadas, em alguma medida, pelo dano que sofreram em decorrência da prática de uma ato infracional¹⁴³;

d) o princípio da proporcionalidade em relação à ofensa cometida. Significa que a medida socioeducativa deve ser proporcional à ofensa cometida pelo adolescente. José Joaquim Gomes Canotilho¹⁴⁴ denomina o princípio da proporcionalidade de “princípio da proibição do excesso”, explicando que este princípio significa, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada, razoável), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida)¹⁴⁵;

e) o princípio da brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito aos limites e à excepcionalidade no caso da medida de internação (artigo 122, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente). Por esse princípio a medida socioeducativa aplicada ao adolescente infrator tem que ser breve na igual medida de sua eficácia enquanto medida de caráter educativo¹⁴⁶;

f) princípio da individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente infrator. Trata-se da menção específica da conduta individualizada de cada um dos adolescentes antes da imposição de medidas socioeducativas. O princípio da individualização é um princípio do direito penal dirigido à proteção subsidiária de bens jurídicos individuais, presente na

¹⁴² Inciso II, do artigo 35, da Lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012 (BRASIL, Legislação. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012.** *Op. cit.*, p. 1).

¹⁴³ Inciso III, do artigo 35, da Lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012 (BRASIL, Legislação. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012.** *Op. cit.*, p. 1).

¹⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 266 e seguintes.

¹⁴⁵ Inciso IV, do artigo 35, da Lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012 (BRASIL, Legislação. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012.** *Op. cit.*, p. 1).

¹⁴⁶ Inciso V, do artigo 35, da Lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012 (BRASIL, Legislação. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012.** *Op. cit.*, p. 1).

individualização da responsabilidade penal e, conseqüentemente, na ação, na imputação objetiva e subjetiva, na culpa e na autoria também puramente individuais. Aos adolescentes são aplicados todos os princípios relativos ao devido processo legal, regentes a qualquer indivíduo, bem como outros, em razão da discriminação positiva¹⁴⁷;

g) princípio da mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida. Este também é um princípio geral de direito penal. O direito penal, à luz do Estado Democrático de Direito, traz em seu conceito o caráter da fragmentariedade, que o conduz à intervenção mínima e subsidiária (*ultima ratio*). A norma penal incriminadora tem como objetivo proteger os bens jurídicos fundamentais da sociedade. Portanto, em decorrência de sua especialidade, o direito penal somente deve agir quando os demais ramos do direito, os controles formais e sociais, tenham perdido a eficácia e não sejam capazes de exercer essa tutela, ainda mais em se tratando de adolescentes¹⁴⁸;

h) o princípio da não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou *status*. Segundo esse princípio norteador das ações socioeducativas, os adolescentes precisam ser respeitados nas suas peculiaridades, enquanto pessoas em desenvolvimento, mas também devem ser educados para a cidadania e a civilidade, conscientizados de suas responsabilidades¹⁴⁹; e

i) o princípio do fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo. Esse princípio visa resgatar o adolescente de seu estado de “vulnerável social” decorrente da vivência em contextos marcados por frágeis vínculos familiares, comunitários e de pertencimento. O fortalecimento dos laços familiares e comunitários quanto transformação de base funciona como barreira à violação de direitos nos contextos familiar e social¹⁵⁰.

Portanto, da interpretação dos princípios da excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas socioeducativas, com o intuito de favorecer a

¹⁴⁷ Inciso VI, do artigo 35, da Lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012 (BRASIL, Legislação. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. *Op. cit.*, p. 1).

¹⁴⁸ Inciso VII, do artigo 35, da Lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012 (BRASIL, Legislação. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. *Op. cit.*, p. 1).

¹⁴⁹ Inciso VIII, do artigo 35, da Lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012 (BRASIL, Legislação. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. *Op. cit.*, p. 1).

¹⁵⁰ Inciso IX, do artigo 35, da Lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012 (BRASIL, Legislação. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. *Op. cit.*, p. 1).

prática de meios de autocomposição de desavenças, combinada com a exegese do princípio da priorização das práticas ou medidas restaurativas e que atendam às necessidades das vítimas, é possível concluir pela possibilidade da prática da mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional.

Como decorrência da doutrina da proteção integral, adotada pelo legislador pátrio quando da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, o fato de ser um adolescente com prática infracional não lhe retira a possibilidade da extensão dessa proteção de forma integral e absoluta como quer o artigo 227, da Constituição Federal de 1988:

Artigo 227: é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010)¹⁵¹.

Depois da análise histórica e conceitual sobre a criança e o adolescente, abordando-se o desenvolvimento dos direitos a eles pertinentes, passa-se a analisar, no capítulo seguinte, o adolescente e a prática infracional.

¹⁵¹ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. *Op. cit.*, p. 1.

2 O ADOLESCENTE E A PRÁTICA INFRACIONAL

Trata-se nesse capítulo do adolescente e a prática infracional, no intuito de suplantar o ideário de que o adolescente carente é naturalmente infrator, independentemente de quem seja, do que faça e de onde viva.

Destaca-se que o estereótipo do adolescente “marginal”, “trombadinha” e violento, dentre outras formas popularmente usadas, decorre de vários fatores, dentre os quais a própria colonização brasileira no que diz respeito à chegada dos “miúdos” ao Brasil e do tratamento dispensado aos nativos.

Para tanto, aborda-se a adolescência e o fator violência, o conceito de adolescente infrator, os atos infracionais praticados por adolescentes, a responsabilidade penal do adolescente e as medidas socioeducativas.

2.1 Adolescência e fator violência

A concepção de que o adolescente, principalmente aquele oriundo da classe menos abastada, é portador de distúrbios “naturais” da violência, decorre de três razões simples e básicas: primeiramente porque fica mais fácil fantasiar o imaginário como “verdade”, quando não se quer ver a realidade da forma como se apresenta; em segundo lugar, porque é preciso apresentar uma justificativa para as debilidades e ineficiência na resolução efetiva dos problemas sociais existentes, mormente no que diz respeito ao combate à violência como um todo; por fim, porque a sociedade humana construída nos moldes atuais é exclusivista. É muito mais fácil excluir a parcela excedente de pessoas do que criar formas de inserção social.

Talvez as mudanças socioeconômicas dos últimos anos venham a exigir mais mão de obra e, destarte, repercutir na preocupação social com os brasileiros procedentes das camadas sociais menos favorecidas.

A associação da criança abandonada com a violência remonta o Brasil-Colônia (1530 - 1815). O objetivo que levou à descoberta do Brasil e sua colonização foi o extrativismo. Então, naturalmente, o Governo de Portugal não tinha nenhum interesse nas crianças órfãs que aqui aportaram; ou nas mestiças

abandonadas pelos portugueses e espanhóis que não reconheciam como filhos os que nasciam da união de um homem branco com uma “selvagem”; ou, ainda, filhos mestiços de mães indígenas.

Nesse grupo de crianças socialmente excluídas, desde quando o Brasil foi descoberto, foram acrescidas as enjeitadas e os filhos da Lei do Ventre Livre (1871), forçosamente separados das mães. Na virada do século XIX os filhos gerados por essas, que haviam sido excluídas, já viviam, desde o nascimento, nas ruas das cidades em processo de urbanização, juntamente com as evadidas das instituições e as exploradas no trabalho infantil¹⁵².

Até o século XX não fez parte da agenda do governo brasileiro o assunto “proteção da infância e da juventude”. Quem se ocupou com isso foram as instituições não-governamentais, a exemplo das irmandades, das confrarias e das santas casas de misericórdia¹⁵³.

No entanto, a primeira discussão sobre o que se entendia como “problema da criança” aconteceu ainda em 1823, logo depois da Declaração da Independência do Brasil (07 de setembro de 1822). Nessa época vigorava no Brasil o sistema escravocrata e José Bonifácio defendia que a escrava, depois do parto, teria um mês de convalescência, sendo que durante o primeiro ano da criança a mãe não poderia trabalhar longe dela. No entanto, a preocupação não era com a criança em si, mas com a “força de trabalho gratuita” que significava o filho escravo¹⁵⁴.

Com a decretação da Lei do Ventre Livre, em 1871, decorrente dos movimentos abolicionistas, os senhores de escravos delinearão duas alternativas quanto aos filhos libertos: receber uma indenização do Estado, deixando as crianças no abandono enquanto os pais permaneciam como escravos; ou sustentar as crianças para depois cobrar pela generosidade, forçando-as a trabalhar até completar vinte e um anos de idade¹⁵⁵.

Durante os períodos colonial e imperial existiam instituições que prestavam serviços de assistência às crianças carentes e abandonadas, então definidas como “menores”. Isso se dava por três frentes: 1. caridade: pela Igreja, por meio das

¹⁵² ROSA, Miriam Debieux. **O discurso e o laço social dos meninos de rua**. Psicol. USP, vol.10, nº 2, São Paulo, 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-65641999000200013&script=sci_arttext>. Acesso em: 26 jun. 2012. p. 1.

¹⁵³ *Idem, ibidem*, p. 1.

¹⁵⁴ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**: construindo o conceito de sujeito-cidadão. p. 31-50. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Os “novos” direitos no Brasil**: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 33.

¹⁵⁵ *Idem, ibidem*, p. 33.

ordens religiosas e pelas associações civis; 2. filantropia: pela aristocracia mercantilista e rural; e, 3. algumas poucas realizações da Coroa portuguesa¹⁵⁶.

Em decorrência das mudanças econômicas, sociais e políticas sofridas pela sociedade, depois da abolição da escravidão de 1888 e da Proclamação da República em 1889, a proteção e assistência aos menores de idade foi se tornando cada vez mais necessária. A sociedade exigia uma manifestação positiva do Estado nesse sentido, até que em 1920 já estava consolidada a ideia de que a assistência à criança carente e abandonada, definida na época como “menor”, deveria ser prestada pelo Estado e não pela iniciativa privada. Por isso é que se começou a trabalhar na elaboração de uma lei de proteção aos menores brasileiros, que acabou consolidada na forma do Decreto nº 17.043-A, de 12 de outubro de 1927, e que foi batizado de “Consolidação das Leis de Assistência e Proteção a Menores” ou, simplesmente, “Código de Menores de 1927”.

O Código de Menores de 1927, primeiro texto normativo especial a tratar da matéria em toda a América Latina, adotou a tese de que a assistência aos menores (carentes, abandonados, delinquentes) deveria acontecer por meio da educação e que, quanto mais cedo houvesse tal intervenção, no sentido de tratamento, maiores seriam as chances de sua recuperação e reintegração social.

Destaca-se que a definição do menor obrigatoriamente delinquente apenas por ser pobre não é uma construção brasileira. Um dos fatores que fortemente concorreram para a disseminação da ideia de que criança pobre é criança delinquente, também chamada de “menor”, segundo Jadir Cirqueira de Souza¹⁵⁷, consistiu na criação do Primeiro Tribunal para Menores de Illinóis, nos Estados Unidos da América, em 1899 que, depois, teve como consequência, a criação da doutrina do menor em situação irregular.

Outro importante acontecimento que reforçou a tese da pobreza como condição de marginalidade penal decorreu, paradoxalmente, do término da Primeira Grande Guerra Mundial, vale dizer, dos efeitos bélicos que deixaram grande número de crianças miseráveis e sem famílias que, para sobreviver, tiveram que praticar delitos patrimoniais e, ao mesmo tempo, era alvo fácil para serem usadas no

¹⁵⁶ *Ibid*, p. 33.

¹⁵⁷ SOUZA, Jadir Cirqueira de. *Op. cit.*, p. 58.

cometimento de infrações penais diversas¹⁵⁸. Foi assim que na Europa do Pós-Primeira Grande Guerra:

[...] ocorreu forte aumento no número de crianças envolvidas no cometimento de atos penalmente ilícitos. Esse foi, seguramente, um dos fatores concorrentes para o rótulo, ainda existente até hoje, entre o menor pobre e o praticante de ilícito penal. Assim, em decorrência da guerra, da ausência das famílias, da sociedade e do Estado, os menores pobres passaram a receber o rótulo de criminosos¹⁵⁹.

Esses fatores internacionais também refletiram e influenciaram a sociedade brasileira, na medida em que acrescidos aos diversos acontecimentos internos, provocaram também no Brasil a confusão conceitual entre as crianças pobres e as crianças praticantes de ilícitos penais. Esta visão distorcida sobreviveu ao tempo e ainda perdura na atualidade.

Apesar de alguns movimentos isolados no sentido da melhoria da defesa infantojuvenil no plano jurídico-legislativo devido à difusão dos princípios iluministas da Revolução Francesa de 1789 (*liberté, legalité, fraternité*), até o fim da Segunda Grande Guerra Mundial (1945), as ações protetivas tinham nítido conteúdo repressivo e autoritário. Ademais, até então as legislações internas da maioria dos países ainda não contemplavam a proteção infantojuvenil, nos termos da atual doutrina da proteção integral.

Isso se verifica no Brasil, pois em todas as Constituições brasileiras, exceto a de 1988, os direitos e interesses relativos às crianças e aos adolescentes foram fixados de forma esparsa, quase inexistente, sem nenhuma sistematização, voltados, principalmente, para os aspectos e medidas repressivas estatais da delinquência juvenil¹⁶⁰.

Por exemplo, as Constituições de 1824 e 1891 foram omissas em relação à criança, sendo que a primeira a fazer referência ao assunto foi a Constituição de 1934 quando proibiu o trabalho para os menores de quatorze anos¹⁶¹ e incumbiu a

¹⁵⁸ *Idem, ibidem*, p. 58.

¹⁵⁹ *Ibid*, p. 58.

¹⁶⁰ SOUZA, Jadir Cirqueira de. *Op. cit.*, p. 24.

¹⁶¹ Artigo 121: [...]. Parágrafo 1º: a legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: [...]; d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres; [...]" (BRASIL, Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 06 ago. 2012. p. 1).

União, os Estados e os Municípios, do encargo de amparar a maternidade e a infância¹⁶². A Constituição de 1937 deu seqüência à constitucionalização dos direitos da criança, agora de forma mais sistêmica, num capítulo específico sobre a família¹⁶³. O parágrafo 4º, do artigo 167, da Constituição de 1967¹⁶⁴, repetido no parágrafo 4º, do artigo 175, Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969¹⁶⁵, dispunha que “a família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos”, sendo que “a lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência”.

Recorde-se que a palavra “menor” fora utilizada até a década de vinte do século passado como “categoria jurídica” caracterizadora da criança ou adolescente carente e envolvido com a prática de infrações penais. Com o Código de Menores de 1927, o termo foi utilizado para designar aqueles que se encontravam em situação de carência material ou moral, além das infratoras. Depois surge o Código de Menores de 1979 que traz uma nova categoria, a do “menor em situação irregular”, vale dizer, o menor de dezoito anos materialmente abandonado, vítima de

¹⁶² “Da Família. Artigo 138: incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar; b) estimular a educação eugênica; c) amparar a maternidade e a infância; d) socorrer as famílias de prole numerosa; e) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual; f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis; g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais” (BRASIL, Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.** *Op.cit.*, p. 1).

¹⁶³ “Artigo 124: a família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos. Artigo 125: a educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular. Artigo 126: aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais. Artigo 127: a infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral. Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole” (BRASIL, Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.** Disponível em: Acesso em: 06 ago. 2012. p. 1).

¹⁶⁴ BRASIL, Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 06 ago. 2012. p. 1.

¹⁶⁵ “Artigo 175: a família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. [...]. Parágrafo 4º: lei especial disporá sôbre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sôbre a educação de excepcionais” (*sic*) (BRASIL, Constituição (1969). **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 06 ago. 2012. p. 1).

maus-tratos, em perigo moral, juridicamente desassistido, com desvio de conduta ou autor de infração penal¹⁶⁶.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, as crianças e os adolescentes foram significativamente beneficiados, a começar pela expressão “menor”, substituída por “criança e adolescente”. Adotou-se, de forma definitiva no cenário brasileiro, a doutrina jurídica da proteção integral, que passou a representar um novo marco na proteção da infância e da adolescência. Na visão dessa teoria, a criança e o adolescente devem ser protegidos e seus direitos garantidos em qualquer situação, além de terem reconhecidas prerrogativas idênticas às dos adultos.

Com o termo “doutrina da proteção integral dos direitos da infância” se faz referência a um conjunto de instrumentos jurídicos de caráter internacional, que expressam um salto qualitativo fundamental na consideração social da infância. Nas palavras de Felício Pontes Júnior¹⁶⁷:

O resultado da mobilização popular em favor dos direitos da criança, que tinha como argumento os fatores objetivos (realidade brasileira) e subjetivos (normativa internacional), foi a inclusão na Constituição Federal de 1988 de uma verdadeira Declaração dos Direitos e Garantias Infanto-Juvenis Fundamentais (artigo 277) cujo conteúdo inaugurou a nova concepção sociojurídica sobre infantes e jovens, denominada de “doutrina da proteção integral” e, ainda, consagrando o princípio da prioridade absoluta no atendimento de seus direitos. Entretanto, essa inovação não se resume ao aspecto de uma Constituição possuir uma declaração específica para crianças e adolescentes. Nela estão incluídos, também, os modos pelos quais os direitos são assegurados, ou seja, as garantias dos direitos - daí a denominação de “Declaração de Direitos e Garantias Infanto-Juvenis Fundamentais”.

Recorde-se que a Constituição Federal de 1988 foi elaborada logo depois do encerramento do período ditatorial, como “instrumento legítimo de consagração, com força jurídica, das aspirações por justiça social e proteção da dignidade humana”. Não se pode perder de vista que foi em resposta a esses anseios que o Legislador Constituinte de 1988 fez consignar, no texto constitucional, “os direitos fundamentais da pessoa humana” inovando ao prever, também, “os meios de garantia desses direitos e fixando responsabilidades por seu respeito e sua promoção”¹⁶⁸.

¹⁶⁶ VERONESE, Josiane Rose Petry. 2003, *Op. cit.*, p. 35.

¹⁶⁷ PONTES JÚNIOR, Felício. **Conselhos de direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 10.

¹⁶⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 115.

Na sequência cronológica, a partir das exigências da Constituição Federal de 1988 e em substituição ao Código de Menores de 1979, em julho de 1990 o legislador infraconstitucional criou o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), que insere a questão dessas pessoas nos parâmetros Constitucionais e internacionais, de forma a considerar sua peculiaridade de “pessoa em desenvolvimento”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 solidificou e disciplinou a nova postura desenhada na Constituição Federal de 1988 de que cabe à família, à escola, às entidades de atendimento, à sociedade e ao Estado resguardar os direitos das crianças e adolescentes e zelar para que não sejam sequer ameaçados.

Com a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, que adotaram a doutrina da proteção integral, desaparece a figura do “menor”, expressão estigmatizada, e passa-se a falar em crianças e adolescentes, agora como sujeitos de direitos, protegidos juridicamente, devendo estes possuir os mesmos direitos que os adultos e, ainda, contando com direitos especiais advindos da sua condição específica de pessoa em fase de desenvolvimento.

Sinteticamente, o direito da criança e do adolescente contemporâneo se estrutura a partir do direito internacional público e privado, dos tratados e convenções internacionais, do direito constitucional contemporâneo, do direito civil, do direito trabalhista, do direito processual e, também, de certas leis extravagantes como a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985), imprescindível quando o assunto é tutela dos interesses difusos e coletivos e a recente Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012 que, basicamente, regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional e institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE).

Além de todo este arcabouço normativo, o direito da criança e do adolescente se entrelaça com outras áreas não-jurídicas do conhecimento, a exemplo da sociologia, da psicologia, da pedagogia e da criminologia, dentre outras.

Esta nova ordem representa uma verdadeira revolução, na esteira dos desenvolvimentos das doutrinas internacionais, em termos de proteção integral e do reconhecimento da criança e do adolescente como cidadãos e sujeitos de direitos. Significa que as crianças e os adolescentes não podem mais ser tratados como meros receptores de garantias. Como sujeitos, são elevados a autores da própria história, enquanto atores sociais.

Para tanto, o direito da criança e do adolescente faz uso de uma importante ferramenta: a educação, considerada um dos mais eficazes instrumentos para o surgimento do sujeito-cidadão. Nas palavras de Josiane Rose Petry Veronese¹⁶⁹:

O verdadeiro projeto pedagógico é aquele que se assenta neste elemento fundamental: suscitar seres autônomos, com capacidade de criticar, de transformar, enfim, de realmente fazer este momento histórico em que estamos temporariamente situados.

Apesar da evolução em termos teóricos e normativos, no ideário comum, as crianças e os adolescentes carentes brasileiros ainda são concebidos como “delinquentes”.

Neste diapasão, se destaca a necessidade de se definir o que vem a ser adolescência para então analisar o fator violência, pois que a relação adolescência e violência é muito mais grave do que quando envolve adultos, já que se trata de um grupo especial que se sustenta psiquicamente nesta fase de transição entre a infância e o mundo adulto, como se passa a observar no tópico seguinte.

2.1.1 Adolescência: construção social e cultural

A adolescência é um período imediatamente posterior à infância, que começa com a puberdade e se caracteriza por ser um momento de grande mudança e desenvolvimento biológico ou físico, psicológico, sexual e social. Seu tempo de duração pode variar dependendo de cada pessoa e do ambiente onde vive. Alguns psicólogos chegam a considerar que a adolescência abarca até os vinte e um anos, sendo que estudos mais recentes já estenderam a adolescência aos vinte e cinco anos. Na definição de Evelyn Eisenstein¹⁷⁰:

Adolescência é o período de transição entre a infância e a vida adulta, caracterizado pelos impulsos do desenvolvimento físico, mental, emocional, sexual e social e pelos esforços do indivíduo em alcançar os objetivos relacionados às expectativas culturais da sociedade em que vive. A adolescência se inicia com as mudanças corporais da puberdade e termina quando o indivíduo consolida seu crescimento e sua personalidade, obtendo

¹⁶⁹ VERONESE, Josiane Rose Petry. 2003. *Op. cit.*, p. 32.

¹⁷⁰ EISENSTEIN, Evelyn. *Op. cit.*, p. 6.

progressivamente sua independência econômica, além da integração em seu grupo social.

Os adolescentes formam um grupo portador de um coletivo cultural em que cada membro se sente plural, define suas ações, estabelece uma ordem, coloca limites. Assim:

O adolescente faz o grupo e se faz no grupo, que é composto por diversas subjetividades individuais, muitas vezes conflitantes entre si, gerando mágoas, angústias, ameaça de perda de identidade, mas simultaneamente gerando proteção para a solidão, o constrangimento ou a repressão. Por tudo isso, o isolamento faz com que o adolescente se sinta inseguro e revoltado, levando-o a tentar burlar as regras estabelecidas. Quando, contudo, não consegue êxito, acaba por ficar sujeito a maiores mecanismos de repressão institucional¹⁷¹.

Não é fácil definir adolescência nem mesmo estipular uma idade quando começa e quando termina. Porém, para que os direitos dessas pessoas em especial fase de desenvolvimento tenham eficácia, a ordem jurídica precisa determinar uma idade limite para mais e para menos.

Foi assim que a Convenção sobre os Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, em seu artigo 1º dispôs que “para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes”¹⁷².

A Organização Mundial da Saúde (OMS) estabelece que a idade da adolescência é de dez a dezenove anos, período que se subdivide em pré-adolescência (puberdade ou adolescência inicial¹⁷³) entre dez e quatorze anos e a adolescência tardia dos quinze aos dezenove anos. Para as ciências da saúde a idade da adolescência não é definitiva, como acontece no direito, porque a

¹⁷¹ LEITE, Ligia Costa. **Meninos de rua**: o rompimento da ordem - 1554/1994. Rio de Janeiro: UFRJ/IPUB, 1998. p. 196.

¹⁷² INTERNACIONAL, Legislação. **Convenção sobre os Direitos da Criança**: adotada em Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989. *Op. cit.* p. 1.

¹⁷³ “Puberdade: fenômeno biológico que se refere às mudanças morfológicas e fisiológicas (forma, tamanho e função) resultantes da reativação dos mecanismos neuro-hormonais do eixo hipotálamico-hipofisário-adrenal-gonadal. Estas mudanças corporais conhecidas como os fenômenos da *pubarca* ou *adrenarca* e *gonadarca* são parte de um processo contínuo e dinâmico que se inicia durante a vida fetal e termina com o completo crescimento e fusão total das epífises ósseas, com o desenvolvimento das características sexuais secundárias, com a completa maturação da mulher e do homem e de sua capacidade de fecundação, através de ovulação e espermatogênese, respectivamente, garantindo a perpetuação da espécie humana” (EISENSTEIN, Evelyn. **Adolescência**: definições, conceitos e critérios. *In: Revista Adolescência & Saúde*, vol. 02, nº 02, p. 06-07. Núcleo de Estudos da Saúde do Adolescente - NESA - UERJ, jun. 2005. p. 6).

maturação tanto física quanto psíquica de um indivíduo depende de diversos fatores tanto internos quanto do mundo exterior ao qual faz parte. Nesse particular, para fins estatísticos e políticos geralmente é considerado adolescente quem tem entre treze e vinte e cinco anos de idade. Conforme a verificação de Evelyn Eisenstein¹⁷⁴:

Atualmente usa-se, mais por conveniência, agrupar ambos os critérios (adolescente e jovem) e denominar *adolescência e juventude* ou adolescentes e jovens (*adolescents and youth*) em programas comunitários, englobando assim os estudantes universitários e também os jovens que ingressam nas forças armadas ou participam de projetos de suporte social denominado de *protagonismo juvenil*. Nas normas e políticas de saúde do Ministério de Saúde do Brasil, os limites da faixa etária de interesse são as idades de dez e vinte e quatro anos.

O Ministério da Saúde brasileiro, em consonância com a Organização Mundial da Saúde (OMS), circunscreve a adolescência à segunda década da vida (dez a dezenove anos) e considera juventude o período dos quinze aos vinte e quatro anos de idade¹⁷⁵.

Na ordem jurídica brasileira, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 2º, diz que criança é toda pessoa de até doze anos de idade incompletos e adolescente é aquele indivíduo entre doze e dezoito anos de idade. Para este estudo importa apenas o adolescente, mais especificamente aquele envolvido com alguma prática infracional¹⁷⁶.

Segundo Samue Pfromm Neto¹⁷⁷, o termo “adolescente” deriva de *adolescere*, palavra latina que significa crescer, desenvolver-se, tornar-se jovem. A palavra “adolescência” tem uma dupla origem etimológica e caracteriza muito bem as peculiaridades desta etapa da vida, oriunda do latim *ad* (a, para) e *olescer* (crescer), significa o processo de crescimento.

Adolescência também deriva de *adolescere*, origem latina da palavra “adoecer”. Assim, nesta dupla origem etimológica, existe um elemento para pensar esta etapa da vida: aptidão para crescer (não apenas no sentido físico, mas também

¹⁷⁴ EISENSTEIN, Evelyn. *Op. cit.*, p. 6.

¹⁷⁵ “É importante enfatizar que, devido às características de variabilidade e diversidade dos parâmetros biológicos e psicossociais que ocorrem nesta época, e denominadas de *assincronia de maturação*, a idade cronológica, apesar de ser o quesito mais usado, muitas vezes não é o melhor critério descritivo em estudos clínicos, antropológicos e comunitários ou populacionais” (EISENSTEIN, Evelyn. *Op. cit.*, p. 6).

¹⁷⁶ BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. *Op. cit.*, p. 1.

¹⁷⁷ PFROMM NETO, Samuel. *Op. cit.* p. 1.

psíquico) e para adoecer (em termos de sofrimento emocional, com as transformações biológicas e mentais que operam nesta faixa da vida)¹⁷⁸.

Desta forma, quando se fala em adolescência, é forçoso pensar em dois elementos básicos: o primeiro é considerar que existem distintas experiências adolescentes, e estas, embora com elementos em comum, dependem dos aspectos psicológicos e sociais de onde vive o adolescente; o segundo é compreender que a adolescência tem diferentes fases e que estas têm características muito particulares.

É nesse período em que o indivíduo sofre as principais mudanças psicossociais e é quando se manifestam os maiores questionamentos e indignações. O indivíduo começa a sentir uma necessidade de autossuficiência e de buscar sua própria identidade. Principia a aprender com suas experiências e a procurar as próprias respostas. É por isso que nessa fase da vida emergem as diferenças e conflitos com os pais, especialmente quando não há comunicação e confiança.

Trata-se de um momento difícil porque o adolescente inicia uma busca pela independência, porém, apesar de se mostrar resolvido em suas decisões, sofre de insegurança que o coloca frente a inúmeros fatores de risco. É nesta etapa da vida que muitos tomam caminhos equivocados. O querer provar coisas novas, movidos pela impulsividade, pode levar o adolescente ao consumo de substâncias ilícitas, à delinquência, à gravidez precoce, à contaminação por doença sexualmente transmissível, enfim, a uma série de situações cujos efeitos terão que suportar a vida toda.

Neste ponto é fundamental o apoio, a orientação e a educação, ao lado de uma alimentação saudável e de exercícios físicos, além de regras e limites para que descubram a vida sem surpresas e excessos.

Apesar de a adolescência apresentar tantas mudanças e problemas pessoais, também é uma etapa maravilhosa em que se vivem experiências de gozo e satisfação que unidas às experiências não tão prazerosas servem em conjunto para viver um processo de amadurecimento. Com orientação sábia, apoio perseverante e uma boa educação, a adolescência é uma das melhores e mais ricas etapas na vida de uma pessoa.

A humanidade sempre comemorou de algum modo as passagens das fases da vida. Conforme Albertina Takiuti Duarte¹⁷⁹, nos tempos mais antigos o transição

¹⁷⁸ OUTEIRAL, José Ottoni. *Op. cit.*, p. 6.

de uma fase para outra era simbolizada por diferentes ritos de passagem. A saída da infância e entrada à adolescência acontecia por meio de rituais de puberdade, que para os homens eram competições envolvendo provas de poder, figuração simbólica da troca de personalidade e, para as mulheres, rituais íntimos, como pintar o corpo e cobri-lo de pólen, ouvir cantos sagrados e banhar-se com água de cedro. Essas iniciações significavam para ambos os sexos, um período de aprendizado, como se fossem ritos protetores com o propósito de assegurar a felicidade na nova condição social.

Mais tarde, nas sociedades pré-industriais os meninos eram retirados do “mundo das mulheres” ao atingir sete ou oito anos de idade, e, sem restrição, introduzidos no mundo dos homens adultos. Começam a trabalhar no campo, nas oficinas, acompanham caçadas, viagens e até mesmo guerras. Já as meninas permaneciam no mundo doméstico e ali começavam a se preparar para serem mães e mulheres. Crescem então, as proibições e os *tabus*.

No início da sociedade industrial, os jovens dos meios populares também seguiam o caminho dos campos, do pastoreio, das minas e das fábricas. A aprendizagem então se desenvolvia no próprio local de trabalho e seus ritos de passagem confundiam-se com o recrutamento militar e o casamento.

Já na sociedade em que a transmissão da aprendizagem se fundamenta na escrita, a adolescência alonga-se e a escola assume o papel de transmissora de regras sociais e culturais, surgindo, aí, o período de transição.

Na sociedade contemporânea, quando acontece à concentração urbana, as contradições e os conflitos nas interações sociais, a massificação, a mídia, o consumismo, o isolamento e o anonimato tornam a vida em sociedade cada vez mais complexa. Já não existem rituais definidos para a passagem da adolescência para a vida adulta.

A transição da infância para a vida adulta é excepcionalmente demorada. Ao longo da história da humanidade e particularmente nos dois mil anos de civilização ocidental, não existia o conceito de adolescência, e sim de crianças mais velhas e jovens adultos.

¹⁷⁹ DUARTE, Albertina Takiuti. **Sexualidade e plano de vida na adolescência**: bases para intervenções preventivas. In: *Tratado de Ginecologia*. Org. Hans Wolfgang Halbe. 3. ed. São Paulo: Roca, 2000. p. 146.

Na verdade, a adolescência foi uma invenção do século XX, útil para a psicologia, mas prejudicial para a formação da personalidade, na medida em que se criou uma falsa identidade para o jovem. Nesse sentido, Jana Gonçalves Zappe e Ana Cristina Garcia Dias¹⁸⁰ entendem que:

[...] a adolescência é um processo que se tornou possível a partir de condições socioculturais específicas da sociedade moderna ocidental; enfim, o conceito, assim como a compreensão desse período da vida do indivíduo, é uma construção social. Não se observa o processo adolescente nas sociedades pré-modernas ou não ocidentais.

Quando a tradição se perdeu, os ritos de passagem da infância para a vida adulta deixaram de existir. A passagem passou a ser vivenciada subjetivamente.

O desenvolvimento humano começa antes do nascimento e segue um processo contínuo durante toda a vida, no sentido da dependência para a autonomia. No início acontece uma adaptação ampla e profunda da mãe com seu filho, permitindo a satisfação das necessidades básicas do recém-nascido. Na sequência ocorre um processo de desapego gradual. Para que o indivíduo consiga suportar emocionalmente, sem nenhum trauma, de forma natural, a experiência da separação, precisa de um “quadro de referência” construído no seio familiar. É por isso que “a qualidade das primeiras relações da criança com a família é determinante do desenvolvimento futuro”¹⁸¹.

A adolescência é um dos momentos do desenvolvimento humano e, como tal, “se caracteriza como mais um passo do sujeito no sentido da conquista de independência”. É na adolescência que o indivíduo abre mão dos cuidados familiares e se prepara para assumir a si próprio como adulto independente. Com efeito, a adolescência “situa-se entre o fim da infância e o início da vida adulta, como um período de transição marcado por rupturas e novas ligações”¹⁸².

É na adolescência que o sujeito perde o lugar de criança que ocupava dentro da família para conquistar um espaço no contexto social mais amplo. O quadro de referência familiar é ultrapassado e o adolescente vai à busca de um novo quadro de referência na escala social. No lugar da prática dos rituais do passado, a

¹⁸⁰ ZAPPE, Jana Gonçalves; DIAS, Ana Cristina Garcia. **Adolescência, violência e uso de drogas:** um estudo de casos múltiplos. *In: Revista Revista Adolescência & Saúde*, vol, 09, nº 02, p. 30-36. Rio de Janeiro, abr./jun. 2012. p. 32-33.

¹⁸¹ ZAPPE, Jana Gonçalves; DIAS, Ana Cristina Garcia. *Op. cit.*, p. 33.

¹⁸² ZAPPE, Jana Gonçalves; DIAS, Ana Cristina Garcia. *Op. cit.*, p. 33.

adolescência significa a passagem da infância para a vida adulta e, como tal, se caracteriza pela insegurança subjetiva, já que não se trata de uma criança, e ainda não um adulto. Tal situação é assim demonstrada por Jana Gonçalves Zappe e Ana Cristina Garcia Dias¹⁸³:

Considerando algumas características da sociedade pós-moderna, entende-se que vivenciar o processo da adolescência nos dias atuais torna-se ainda mais complicado e complexo, pois muitas características da própria organização social intensificam as dificuldades que o adolescente precisa enfrentar para realizar essa passagem do mundo infantil para o adulto. Estas características seriam: a instabilidade, o enfraquecimento das referências simbólicas, a intensificação do presente e a reflexividade, as quais têm sido apontadas por diferentes autores das ciências sociais, como sociólogo polonês Zygmunt Bauman ou do sociólogo francês Alain Ehrenberg, por exemplo.

Em seus estudos, o sociólogo polonês Zygmunt Bauman¹⁸⁴ descobriu que a expressão contemporânea do que se entende por “mal-estar” é alcunhada de “insegurança”. Explica que a pós-modernidade, quando rompeu com a moralidade tradicional, ofereceu maior liberdade aos sujeitos, mas no contraponto tornou-os inseguros. Desse modo, tem-se o quadrante de uma sociedade que impõe menos restrições, permitindo maior liberdade ao sujeito na busca de prazer e felicidade, na igual medida em que deixar de oferecer referências seguras. Neste panorama de maior liberdade e busca de felicidade, a dimensão da lei é postergada, o que causa problemas ao processo de desenvolvimento do indivíduo.

O sociólogo francês Alain Ehrenberg¹⁸⁵ analisa a questão em termos da passagem de uma sociedade centrada na disciplina para uma sociedade que elege a autonomia como valor dominante. Destarte, tem-se a noção de um sujeito autônomo, livre, desamparado e desenraizado, “que não se define nem pela natureza, nem pela cultura, passando a ter como única referência sua própria refletividade: sua existência passa a ser vivida como se fosse resultado apenas de suas escolhas pessoais”.

Stanley Hall¹⁸⁶ considerou a adolescência um novo nascimento, um período dramático marcado por fortes conflitos e tensões. Estudos posteriores, entretanto, mostraram que a adolescência não é obrigatoriamente uma idade de conflitos

¹⁸³ ZAPPE, Jana Gonçalves; DIAS, Ana Cristina Garcia. *Op. cit.*, p. 33.

¹⁸⁴ Zygmunt Bauman *apud* ZAPPE, Jana Gonçalves; DIAS, Ana Cristina Garcia. *Op. cit.*, p. 33.

¹⁸⁵ Alain Ehrenberg *apud* ZAPPE, Jana Gonçalves; DIAS, Ana Cristina Garcia. *Op. cit.*, p. 33-34.

¹⁸⁶ Stanley Hall *apud* PFROMM NETO, Samuel. **Psicologia da adolescência**. São Paulo: EDUSP/Pioneira, 1968. p. 4.

intensos e mudanças extremas para todos os jovens. Newman¹⁸⁷, por exemplo, comparou os resultados obtidos em uma prova projetiva para estudo de personalidade, o “teste de *Rorschach*”, por jovens *otomis*, indígenas do México, concluindo que as mudanças profundas e a variabilidade assinalada como características psicológicas dos adolescentes podem estar significativamente ausentes em jovens pertencentes a diferentes culturas.

A adolescência é basicamente um fenômeno psicológico e social. Esta maneira de compreendê-la traz importantes elementos de reflexão, pois, sendo um processo psicossocial, é influenciada pelo ambiente social, econômico e cultural em que se desenvolve¹⁸⁸.

Não demorou muito para que as indústrias de bens e serviços, sociedade de consumo, no século XX, elegessem o adolescente como alvo preferencial. Em poucos anos, criou-se um mundo à parte, com trajes, comportamentos, linguagens e locais de lazer próprios, reforçando a crença de que ser adolescente é ser diferente, é ter identidade e valores próprios.

Neste sentido, uma parcela da sociedade hodierna cria o mito do adolescente como o seu diferente. A criança que era preparada para se tornar adulta, até o século XIX, em vez disso entra na “adolescência”, no século XX. A adolescência, como está estruturada hoje, é um mundo paralelo ao do adulto e que concentra todas as fantasias deste. Em termos simbólicos, falar da “adolescência” é forçosamente falar do alfa e do ômega, das relações entre crescimento e declínio, isto é, do nascimento, da reprodução e da morte.

Na adolescência, momento peculiar do desenvolvimento humano, quando o sujeito se mostra especialmente vulnerável a comportamentos de risco, é que normalmente o contato com as drogas e a prática de atos infracionais acontece, o que está diretamente relacionado “com uma estrutura psíquica frágil que tende à passagem ao ato como uma forma de descarga, sendo que esta forma de estruturação psíquica é favorecida pelas características da sociedade contemporânea”¹⁸⁹ tão livre quanto insegura.

Neste cenário, o adolescente, não mais limitado pela regulação social, busca alucinadamente seus ideais. Com tanta liberdade e ofertas, se não encontra o que

¹⁸⁷ Newman *apud* PFROMM NETO, Samuel. *Op. cit.* p. 4.

¹⁸⁸ OUTEIRAL, José Ottoni. **Adolescer**: estudos sobre adolescência. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1994. p. 5.

¹⁸⁹ ZAPPE, Jana Gonçalves; DIAS, Ana Cristina Garcia. *Op. cit.*, p. 32.

procura acaba se sentindo responsável pelo insucesso. Destaca-se que se na modernidade o fracasso era atribuído às imposições sociais, na pós-modernidade é tido como pessoal. É a partir dessa concepção que se justificam as patologias psíquicas que estão em evidência, como as depressões, as compulsões, as hiperatividades, as impulsividades e as violências¹⁹⁰.

2.1.2 Violência do adolescente

De acordo com o vocabulário jurídico de Plácido e Silva, “violência vem do latim *violentia*, de *violentus* (com ímpeto, furioso, à força), entende-se o ato de violência, a impetuosidade, o acometimento, a brutalidade, a veemência”¹⁹¹. No entendimento das autoras Maria Amélia de Almeida Teles e Mônica de Melo¹⁹²:

Violência, em seu significado mais frequente, quer dizer uso da força física, psicológica ou intelectual para obrigar outra pessoa a fazer algo que não está com vontade; é constranger, é tolher a liberdade, é incomodar, é impedir a outra pessoa de manifestar seu desejo e sua vontade, sob pena de viver gravemente ameaçada ou até mesmo ser espancada, lesionada ou morta.

Entende-se por violência física aquela que coloca em perigo a integridade física de uma pessoa, como por exemplo, a lesão corporal. Já a violência psicológica consiste na humilhação, dominação, no controlar as decisões de outra pessoa, privar sua liberdade, intimidar com ameaça de agressão. Por fim, a violência sexual é caracterizada quando o agressor obriga a vítima a ter relação sexual contra a sua vontade¹⁹³.

Malvina Ester Muszkat¹⁹⁴ define violência como “toda e qualquer forma de constrangimento, coerção ou subordinação exercida sobre outra pessoa por uso abusivo de poder”.

¹⁹⁰ ZAPPE, Jana Gonçalves; DIAS, Ana Cristina Garcia. *Op. cit.*, p. 34.

¹⁹¹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 1489.

¹⁹² TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2002. p. 15.

¹⁹³ TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. *Op. cit.*, p. 23-24.

¹⁹⁴ MUSZKAT, Malvina Ester. **Guia prático de mediação de conflitos em famílias e organizações**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Summus, 2008. p. 31.

O conceito de violência está longe de ser unívoco. Porém, não existe dissenso quando se afirma que a violência aparece quase sempre como sinônimo de agressão. Das inúmeras definições existentes, Emilio Gracia Méndez¹⁹⁵ entende como mais adequada a concepção de que se está diante de um quadro de violência naquelas situações nas quais o desenvolvimento efetivo de um pessoa em termos físicos e espirituais resulta inferior ao seu potencial. Desse modo, a violência é definida como causa da diferença entre realidade e potencialidade.

Ao tratar do tema, Daniel Hugo D'Antonio¹⁹⁶, depois de destacar a diversidade terminológica para definir a violência em relação aos adolescentes, identifica dois grupos de componentes que disputam a primazia: de um lado a delinquência juvenil e de outro mau comportamento, desajustes, marginalidades.

O primeiro setor aparece diretamente influenciado pelas ideias penalistas e, conseqüentemente, seus adeptos rejeitam toda possível especificidade das normas jurídicas que tem como destinatário o menor. Conseqüência de tal postura vem a ser a recusa absoluta da possibilidade de excluir o adolescente do âmbito positivo penal e a manutenção de ideias sancionatórias, punitivas e repressivas.

Afirmam aqueles que sustentam esta posição que, quem pretende o êxodo de menor de direito penal, confundem política com direito e expressam que a delinquência de adolescentes é um tipo especial, pois se diferencia apenas pela qualidade de seus autores. Esta é a conseqüência inevitável da tese que pretende ampliar o campo da imputabilidade dos adolescentes e dar à conduta desviada de natureza criminal uma resposta de índole sancionatória.

Ao contrário, quem pretende a especificidade da situação do adolescente cuja conduta aparece narrada em uma figura penal, expressa que existe um conjunto normativo diverso, diferenciado do direito penal comum, com características que lhe dão autonomia e independência, o qual compõe um ordenamento exclusivamente jurídico, mas compreensivo de aspectos psicológicos, sociológicos e pedagógicos.

Esta última corrente interpretativa do referido fenômeno está conectada com as modernas orientações sustentadoras da ideia segundo a qual o fenômeno da criminalidade juvenil, embora possa ser explorada a partir de múltiplas perspectivas, adquire um contorno pleno somente na medida em que as perspectivas sociológicas

¹⁹⁵ MÉNDEZ, Emilio García. **Derecho de la infancia-adolescencia en America Latina**: de la situación irregular a la protección integral. Colombia: Santa Fé de Bogotá, 1994. p. 115.

¹⁹⁶ D'ANTONIO, Daniel Hugo. **El menor ante el delito**: incapacidad penal del menor - régimen jurídico, prevención y tratamiento. 2.ed., ampl. e atual. Buenos Aires: Astrea, 1992. p. 17-18.

e psicológicas se integrem com uma consideração dos problemas jurídicos insertos no fenômeno criminal, resultando dessa montagem que sociologia jurídica criminal e criminologia são sinônimos¹⁹⁷.

A preocupação com a violência não é nenhuma novidade para a sociedade brasileira. Verifica-se na mudança de conduta da população, nos noticiários, nos discursos políticos, nas propostas legislativas, nos projetos governamentais, nos estudos acadêmicos, na doutrina dos juristas e na jurisprudência dos tribunais. Nesses discursos, o adolescente é quase sempre apontado como produtor de violência, com destaque para seu envolvimento com tráfico de drogas e outras condutas ilícitas mais ou menos graves, bem como em confrontos entre gangues, rachas e direção perigosa, brigas em casas noturnas, e embates entre torcidas organizadas. No entanto, “antes de produtores da violência, os jovens são suas principais vítimas”¹⁹⁸.

Além de ser apontado como produtor de violência, o grupo de jovens que é frequentemente associado à violência é o proveniente das classes sociais excluídas, identificados como não apenas inúteis à sociedade, mas como perigosos. A mídia exerce papel importante na proliferação desse imaginário, “na medida em que promove a representação da violência, informa e nomeia se tal ou qual fenômeno é violento”. A mídia deturpa a violência, fantasia e apresenta o jovem socialmente excluído como potencial criminoso, “fazendo com que a opinião pública crie um imaginário negativo e de temor a esse grupo”¹⁹⁹.

Na constatação de Júlio Jacobo Waiselfisz²⁰⁰ “a maioria dos estudos sobre violência a associa com a exclusão social”, sob a acepção de que “o novo paradigma da violência centra-se no fortalecimento do crime organizado, na violência urbana difusa e nas violências associadas diretamente à ideia de identidade cultural, à questão racial, da pobreza, da exclusão e da precarização”.

Conforme Elimar Pinheiro do Nascimento²⁰¹, o crescimento do número de jovens envolvidos com drogas e infrações diversas está relacionado à falta de perspectiva social, às barreiras no processo de inserção no trabalho, à falta de

¹⁹⁷ D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Op. cit.*, p. 19.

¹⁹⁸ NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. **Juventude**: novo alvo da exclusão. In: BURZTYN, Marcel (org.). *No meio da rua: nômades, excluídos e viradores*. Rio de Janeiro: Garamond, 2000. p. 132.

¹⁹⁹ WASELFISZ, Júlio Jacobo (coord.). **Juventude, violência e cidadania**: os jovens de Brasília. São Paulo/Brasília: CORTEZ/UNESCO, 1998. p. 151-152.

²⁰⁰ WASELFISZ, Júlio Jacobo (coord.). *Op. cit.*, p. 147.

²⁰¹ NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. *Op. cit.*, p. 132.

alternativas de lazer, aos processos de desintegração familiar, à pobreza, às desigualdades sociais, tudo isso inserido num contexto amplo de exclusão social. Além disso, o envolvimento de jovens com o crime também se relaciona com outras variáveis, como a mobilidade social, o apelo ao consumo e o enfraquecimento das normas morais.

São quase inexistentes os estudos voltados à análise da violência e criminalidade entre jovens abastados. Raramente se faz alusão à violência na classe média. As pesquisas centram-se, basicamente, nos atos de violência, relacionados à exclusão social, ou seja, manifestações como “o aumento da criminalidade, tanto do ponto de vista do crime organizado ligado ao narcotráfico, como o de violências consideradas difusas, gratuitas”, estão constantemente em pauta, “porém tais análises localizam-se nos ‘territórios’ ditos de pobreza”²⁰².

Simone Gonçalves de Assis²⁰³ desenvolveu um estudo sobre “a vida de jovens infratores e seus irmãos não infratores” para verificar como pessoas criadas na mesma família e no mesmo ambiente podem seguir caminhos tão distintos. Como ponto de partida identificou três teorias justificantes já elaboradas: a) do nível estrutural, onde a delinquência tem como causa primária as condições sociais, associadas a fatores situacionais e pessoais; b) do nível sociopsicológico, que responsabiliza a família, a escola e demais instituições, bem como a autoestima e a influência de grupo de amigos. Em suma, a delinquência juvenil tem como causa o maior ou menor controle familiar e social, direto ou indireto, na vida do jovem; e c) do nível individual, englobando aspectos psicológicos e biológicos do jovem propenso a atos de violência. Essa última teoria privilegia mecanismos internos como determinantes da delinquência.

Ao final de sua pesquisa, Simone Gonçalves de Assis²⁰⁴ concluiu que as famílias estão perdendo o controle sobre os jovens, não conseguindo apontar os limites necessários à convivência em sociedade, e isso não está em nada relacionado com o poder aquisitivo. A escola é muitas vezes concebida pelos adolescentes como um lugar pouco atrativo, cujo interesse se restringe à possibilidade de encontrar os amigos e fazer uso de drogas ou praticar outros atos

²⁰² WAISELFISZ, Júlio Jacobo. *Op. cit.*, p. 152.

²⁰³ ASSIS, Simone Gonçalves de. **Traçando caminhos numa sociedade violenta: a vida de jovens infratores e seus irmãos não infratores**. Rio de Janeiro/Brasília: FIOCRUZ-CLAVES/UNESCO/Departamento da Criança e do Adolescente - Secretaria de Estado dos Direitos Humanos - Ministério da Justiça, 1999. p. 09 e ss.

²⁰⁴ ASSIS, Simone Gonçalves de. *Op. cit.*, p. 54 e ss.

infracionais sem despertar a atenção da família. As instituições religiosas também não produzem nenhum encanto aos adolescentes, porque as proibições impostas - como as privações ao lazer, à forma de se vestir, à prática sexual, às preferências musicais, dentre outras - normalmente se chocam com as aspirações típicas dos adolescentes.

Como última questão, Simone Gonçalves de Assis²⁰⁵ se manifesta perplexa com o grau de violência cometida pelos adolescentes da sua pesquisa. Constata o desprezo pela vida alheia e alto grau de deterioração e embotamento afetivo. Nas suas palavras:

[...] a introjeção dos valores da sociedade de consumo se mostrou muito mais eficaz do que os padrões morais de direitos e respeito aos outros, justificando qualquer ação violenta desde que resulte em ganhos financeiros ou no prestígio social para o infrator²⁰⁶.

De fato, não é nada fácil identificar as causas da violência dos adolescentes e apontar soluções, justamente pela variedade de fatores que desencadeiam a agressividade e pelo caráter de diversidade que envolve o conceito de “adolescência”. Os próprios estudos empíricos nessa área são dificultados pela complexidade de vetores envolvidos.

De qualquer forma, a violência praticada por adolescentes tem se transformado, gradativamente, num grave problema para a sociedade brasileira, especialmente nos centros urbanos, acompanhando uma tendência mundial de crescimento deste fenômeno. Contudo, o nível de compreensão e a pesquisa nacional acerca dos motivos que conduzem a violência não estão acompanhando o ritmo de crescimento da incidência destes crimes²⁰⁷.

Muito embora seja inegável que os jovens excluídos estão mais vulneráveis à violência, não apenas como autores, mas também como vítimas, diversos fatores e situações se ajustam perfeitamente aos jovens de outras classes sociais. O conceito atual de cidadania (estado pleno de autonomia) e o contraponto da falta de cidadania (exclusão social) englobam um universo complexo de significações e situações sociais, que vai muito além das comunidades excluídas.

²⁰⁵ ASSIS, Simone Gonçalves de. *Op. cit.*, p. 57.

²⁰⁶ ASSIS, Simone Gonçalves de. *Op. cit.*, p. 57.

²⁰⁷ ASSIS, Simone Gonçalves de. *Op. cit.*, p. 9.

O atual referencial de violência define como “atos violentos” as práticas físicas e contra a personalidade, que se manifestam nas situações de vida em todos os seus níveis, como, por exemplo, nas relações intrafamiliares (idosos, crianças e jovens, mulheres), no ambiente de trabalho, nas escolas, nas ruas, dentre outros. A definição de violência também se relaciona como o conceito de alteridade, principalmente como a sociedade convive com as diferenças. Porém, a violência sempre existiu. O imaginário constituído de que a sociedade está mais violenta pode não ser real. A prática criminosa é que está mais audaciosa, mais escancarada, menos oculta. Suas causas também são outras: hoje decorre “das novas relações sociais, em que ausência de valores e fatores de unificação grupal levam a reações conflitivas, a um modo insatisfatório de vida, chegando a manifestar-se em atos difusos e gratuitos de violência”²⁰⁸.

A violência na forma de ato humano pode resultar de muitos fatores, dentre eles de uma situação de desamparo que ameaça a integridade da autonomia do indivíduo. A função do ato de violência é, destarte, defensiva. Por isso já não está mais relacionada com os adolescentes carentes. Se o desarrimo leva ao ato violento, a solução está na eliminação da situação de desapoio. Ressalte-se que o desamparo a que se faz referência não é relacionado com o poder econômico do indivíduo, mas com o ambiente de insegurança produzido pela sociedade contemporânea e que afeta a todos, indistintamente.

É no contexto da sociedade contemporânea que o exercício seguro da lei tem sido preterido em nome da busca de prazer e de felicidade. Jana Gonçalves Zappe e Ana Cristina Garcia Dias²⁰⁹ observam o aumento das manifestações violentas. Nas suas palavras:

Se ocupar o lugar de quem frustra é anacrônico, as crianças e adolescentes estariam sendo sistematicamente abandonados aos seus próprios impulsos sob o pretexto de se proporcionar liberdade. Pode-se concluir, portanto, que os pais têm falhado em seu papel de oferecer um quadro de referência, acarretando dificuldades ao processo de desenvolvimento dos filhos. Neste sentido que Winnicott apresenta uma descrição que liga a delinquência à privação da vida familiar, no sentido da falta de um quadro de referência a partir do qual a criança poderia se desenvolver e construir sua identidade pessoal, operando a distinção entre o eu e o não-eu. Assim, entende-se que a criança antissocial está buscando na sociedade o quadro de referência de que necessita para transpor os primeiros estágios de seu desenvolvimento emocional, já que ela não o encontrou no meio familiar. Ela busca

²⁰⁸ WAISELFISZ, Júlio Jacobo (coord.). *Op. cit.*, p. 152.

²⁰⁹ ZAPPE, Jana Gonçalves; DIAS, Ana Cristina Garcia. *Op. cit.*, p. 34.

estabilidade e segurança por meio do controle externo que espera como resposta a seus atos antissociais, de forma que a delinquência pode ser entendida como um SOS, pedindo o controle de pessoas fortes, amorosas e confiantes.

Essa tomada de consciência é de extrema importância. Primeiro para o processo de banimento social do mito de que todo adolescente carente é delinquente. A violência praticada pelos adolescentes reflete uma realidade social baseada na insegurança e na individualização, e esses aspectos não são verificados nas famílias carentes, mas na sociedade contemporânea em sua generalidade. Segundo porque a compreensão dos aspectos desnudos, não mitológicos, da violência, leva à prática de políticas públicas também reais. A percepção de que os atos violentos podem partir de adolescentes de qualquer classe social força o Estado a pensar numa nova forma de tratamento do adolescente infrator.

Para os objetivos deste estudo, tomando emprestado e adaptando uma definição utilizada por diversas comissões nacionais e internacionais estabelecidas para estudar a violência e sua prevenção, define-se “violência” como o comportamento livre e deliberado de uma pessoa contra outra que venha a causar danos físicos ou psicológicos.

Esse conceito pode ser ampliado para incluir as diferentes formas de violência social, como os efeitos da pobreza, do abandono, da exploração do trabalho infantil, da falta ou inadequada assistência à saúde e à educação, bem como outros comportamentos negligentes cometidos por quem deveria proteger as crianças e adolescentes, como o Estado, a família e a sociedade como um todo.

2.2 Definindo adolescente infrator

Antes de se tratar de qualquer consideração sobre o adolescente infrator, é importante alertar para a observação de Maria de Lourdes de Teixeira²¹⁰:

Pensar que qualquer que seja a duração do tempo de permanência é uma experiência significativa para a criança ou adolescente, nos faz refletir sobre a dimensão do tempo para a criança e o adolescente que, necessariamente, é diferente para o adulto. Eles vivem fases aceleradas de transformações biológicas e psicológicas. Muitas mudanças ocorrem em vinte ou quarenta e

²¹⁰ TEIXEIRA, Maria de Lourdes de. **O estatuto da criança e do adolescente e a questão do delito**. In: *Cadernos Populares*. São Paulo: SITRAENFA, 1991. p. 54.

cinco dias para uma criança de até seis ou sete anos e para um adolescente na faixa etária de doze a quinze anos. As transformações decorrentes do crescimento físico, do aparecimento de novas estruturas intelectuais, de novos processos afetivo-emocionais e novos padrões de relações sociais alteram a percepção e o uso do tempo. A criança, até sete anos, por razões de ordem intelectual e o adolescente, por razões de ordem emocional, são egocentricamente centrados no presente, na satisfação imediata das necessidades e estas características tornam cada dia fonte de descoberta sobre si, sobre o mundo, fonte de frustração ou de satisfação.

Essa introdução é para situar o leitor de que se trata de cidadãos especiais, e a utilização dos mesmos critérios de pesquisa e avaliação utilizados em estudos do comportamento dos adultos é inconcebível. Por isso, os atos infracionais praticados por adolescentes, embora possam produzir os mesmos efeitos dos atos praticados por adulto, na própria concepção e significância dessas ações, são sentidos de forma diversa na mente do adolescente e aqui, ainda, não se trata de diferenças sociais, mas das peculiaridades pertinentes ao seu desenvolvimento incompleto.

Conforme definia o artigo 99, da Lei Federal nº 6.697 de 10 de outubro de 1979 (Código de Menores)²¹¹, “o menor de dezoito anos, a que se atribua autoria de infração penal será, desde logo, encaminhado à autoridade judiciária”, ou seja, a pessoa até dezoito anos de idade que praticava uma infração penal, deveria receber uma prestação jurisdicional.

Pelo Estatuto da Criança e do Adolescente não se diz mais “infração penal”, mas utiliza-se o termo “ato infracional”, expressão que inclui crime e contravenção penal e que, por isso, para alguns, quer dizer a mesma coisa, tratando-se de mero eufemismo²¹² e, finalmente, não existe mais apenas o “juiz”, como única autoridade competente para atuar perante a prática de ato infracional, sendo a nova autoridade administrativa o “Conselho Tutelar”, com atribuição de dedicar atendimento à criança, pessoa até doze anos de idade incompletos, que o pratica. Nota-se, assim, que a criança deixou de ter um atendimento por parte de um ente singular investido

²¹¹ BRASIL, Legislação. **Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979**. *Op. cit.*, p. 1.

²¹² “[...] o ato infracional é a condição material necessária para a aplicação de medidas socioeducativas [...]. Na forma do teto do artigo 103, do Estatuto da Criança e do Adolescente, “as expressões ato infracional e infração penal foram utilizadas como sinônimas. É importante frisar que a nova terminologia correspondente a ato infracional substituiu a de infração penal das legislações minoristas. Contudo, em nosso entender não há diferenças substantivas” (SPOSATO, Karyna Batista. **O direito penal juvenil**. Prefácio de Sérgio Salomão Shecaira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 112).

de uma função jurisdicional, para ter atendimento por uma autoridade administrativa (não jurisdicional) e colegiada²¹³.

Destaca-se que “Jurisdição” e “Administração” são funções estatais que se diferenciam substancialmente entre si. Na síntese de Lissa Cristina Pimentel Nazareth e Luiz Antonio Ferreira Nazareth Junior²¹⁴, as características que distinguem as referidas funções estatais são:

a) enquanto a Jurisdição pressupõe a existência de prévia controvérsia, só agindo por provocação, a Administração age de ofício; b) enquanto a Jurisdição utiliza critérios jurídicos, decidindo de um modo neutro e imparcial pelo que é “direito e justo” para as partes, a Administração utiliza critérios políticos de oportunidade e conveniência, decidindo de forma interessada e parcial pelo que é de interesse público e por aquilo que melhor atende ao bem comum; c) enquanto a Jurisdição possui procedimentos rígidos e subordinados às formalidades do devido processo legal, a Administração possui, de regra, procedimentos espontâneos.

O crescente aumento da criminalidade e da violência, produto do descaso do Estado e da cultural inexistência de políticas de prevenção, tem produzido no ideário social a falsa concepção de que é preciso penalizar, aumentar a pena, ampliar e endurecer a legislação penal, prender os criminosos independentemente da idade.

Entre os juristas, o direito penal moderno é estudado sob pelo menos três aspectos distintos: a) o direito penal mínimo, onde se tem como pena a prisão, porém cercada de todas as garantias penais constitucionais para a sua aplicação; b) o direito penal dualista, mais célere, onde certas garantias penais constitucionais são flexibilizadas, porém não se tem como castigo a pena de prisão, mas sim uma pena alternativa restritiva de direitos; e c) o direito penal máximo, que une a pena de prisão do direito penal mínimo com a celeridade e mitigação de garantias penais do direito penal dualista, transformando, na prática, o direito penal *última ratio* em direito penal de *prima ratio* como instrumento de política criminal.

Nos dias de hoje, paralelamente ao respeito dos direitos e garantias fundamentais consubstanciados num direito penal constitucionalizado, verifica-se, *contrario sensu*, uma expansão punitiva e simbólica nem sempre respeitosa a essa fundamentação constitucional.

²¹³ NAZARETH, Lissa Cristina Pimentel; NAZARETH JUNIOR, Luiz Antonio Ferreira. **O direito penal juvenil como instrumento de proteção à infância e juventude**. In: *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*, realizado em São Paulo, nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. São Paulo: CONPEDI. p. 9167.

²¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 9167.

O direito penal do inimigo é farto nesse sentido, estirpando direitos e garantias desde muito tempo reconhecidas. Fala-se da possibilidade de velocidades do direito penal ou coexistência de dois direitos penais: um para o cidadão respeitador da lei e da ordem e outro para o inimigo da sociedade e conseqüentemente do próprio Estado.

A grande pedra de toque da questão é a delimitação, se possível, dessa fronteira entre os dois direitos penais. De um lado, um direito penal garantista, respeitador dos mandamentos constitucionais. De outro, um direito penal repressor de criminosos que reiteradamente delinquem, se organizam e na maioria das vezes estão melhores aparelhados que o próprio Estado.

Inobstante as garantias penais fincadas no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o que se nota é um Estado combalido, socialmente inoperante, desprovido de políticas preventivas, que elege o direito penal como a *prima ratio*, como panaceia para todos os males. Neste trilho é possível que se encampe um direito penal do inimigo em detrimento do direito penal do cidadão.

O Estatuto da Criança e do Adolescente fundamenta-se na teoria do direito penal mínimo, acreditando que qualquer tipo de penalidade deve ser aplicada em último caso, e não como política pública de prevenção criminal porque não funciona no combate à violência e à criminalidade de adultos, muito menos de adolescentes autores de atos infracionais.

A sociedade brasileira, antes de envidar a diminuição da idade da responsabilidade criminal e lutar pela segregação de adolescentes infratores, deve investir seu poder reivindicatório para exigir que o Estado coloque em prática os preceitos e comandos normativos do Estatuto da Criança e do Adolescente, este sim, capaz de impor responsabilidades sem usurpar direito e garantias.

Em que pese a insistência em viabilizar o direito penal como a *prima ratio*, como resposta para todas as mazelas sociais, verdade é que a criminalidade deve ser combatida e os direitos e garantias penais constitucionais não podem ser esquecidos.

Com o Estatuto da Criança e do Adolescente em vigor, no caso de infração cometida por criança (até doze anos incompletos), aplicam-se as medidas de

proteção. Nesse caso, o órgão responsável pelo atendimento é o Conselho Tutelar²¹⁵.

Já o ato infracional empreendido por adolescente deve ser apurado pela Delegacia da Criança e do Adolescente, a quem cabe encaminhar o caso ao Promotor de Justiça, que poderá arquivar os autos, conceder a remissão da infração ou representar o adolescente ao Juizado da Infância e da Juventude (artigo 180, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 103, o ato infracional é a conduta da criança e do adolescente que pode ser descrita como crime ou contravenção penal. Se o infrator for pessoa com mais de dezoito anos, o termo adotado é crime ou delito.

Ato infracional é aquele ato condenável, de desrespeito às leis, à ordem pública, aos direitos dos cidadãos ou ao patrimônio, cometido por crianças e adolescentes. Somente há ato infracional se àquela conduta corresponder uma hipótese legal que determine sanções ao seu autor. Não existe, na prática, distinção nos conceitos de ato infracional e crime, pois, de qualquer forma, ambos são condutas contrárias ao direito, situando-se na categoria de ato ilícito. A diferença está no enquadramento pela idade do autor e na forma de responsabilização. Se adolescente, o ato é infração e a responsabilização é socioeducativa e se dá por meio de medidas previstas no artigo 112, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente; e, se adulto, é crime e a responsabilização é penal e acontece pela aplicação da pena correspondente, na forma do Código Penal.

A conduta delituosa denominada “ato infracional” não se enquadra na norma legal como crime, pois tem uma diferença que se constitui na idade do autor da

²¹⁵ “Artigo 131: o Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta Lei. Artigo 132: em cada Município e em cada Região Administrativa do Distrito Federal haverá, no mínimo, 1 (um) Conselho Tutelar como órgão integrante da administração pública local, composto de 5 (cinco) membros, escolhidos pela população local para mandato de 4 (quatro) anos, permitida 1 (uma) recondução, mediante novo processo de escolha. Artigo 133: para a candidatura a membro do Conselho Tutelar, serão exigidos os seguintes requisitos: I - reconhecida idoneidade moral; II - idade superior a vinte e um anos; III - residir no município. Artigo 134: lei municipal ou distrital disporá sobre o local, dia e horário de funcionamento do Conselho Tutelar, inclusive quanto à remuneração dos respectivos membros, aos quais é assegurado o direito a: I - cobertura previdenciária; II - gozo de férias anuais remuneradas, acrescidas de um terço do valor da remuneração mensal; III - licença-maternidade; IV - licença-paternidade; V - gratificação natalina. Parágrafo único: constará da lei orçamentária municipal e da do Distrito Federal previsão dos recursos necessários ao funcionamento do Conselho Tutelar e à remuneração e formação continuada dos conselheiros tutelares. Artigo 135: o exercício efetivo da função de conselheiro constituirá serviço público relevante e estabelecerá presunção de idoneidade moral” (BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. *Op. cit.*, p. 1).

prática. Assim, quando a ação ou omissão venha a ter o perfil ilícito, a criança ou o adolescente não irá ser considerado um criminoso, mas somente o adolescente um infrator, diante do aspecto da inimputabilidade, e das medidas a serem aplicadas, que não assemelham com as variadas espécies de reprimendas aplicadas ao adulto.

Também inovou o Estatuto da Criança e do Adolescente quando impediu a inexistência de distinção entre as infrações definidas como de ação pública e de ação privada. Todos os atos infracionais passam a ser considerados como de ação pública, porque este objetiva a prática do ato em si.

Quando se procura definir de forma mais correta o que vem a ser *crime*, depara-se com duas concepções doutrinárias: por um lado aqueles que definem crime com caráter formal, considerando como tal “todo fato humano proibido pela lei penal”; por outro, para os materialistas, crime é “todo fato humano lesivo de um interesse capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade”²¹⁶.

A contravenção penal, por sua vez, é ato ilícito de menor importância que o crime, e que apenas acarreta a seu autor a pena de multa ou prisão simples. De qualquer forma, o Estatuto englobou em uma só expressão, ato infracional, a prática de crime e contravenção penal por criança ou adolescente.

Disso conclui-se que adolescente infrator é aquele indivíduo, menor de dezoito anos e maior de doze, que pratica ato infracional, cujo processo é de atribuição da Delegacia da Criança e do Adolescente (artigo 172 da Lei nº 8.069/90).

Acontece que, no ordenamento jurídico brasileiro, a infração penal é atribuída aos maiores de dezoito anos. Abaixo desta idade é tida como ato infracional, ou seja, mesmo a criança ou adolescente, os agentes do ato infracional, não preenchem o requisito da culpabilidade como é normal para um adulto, recebendo então medidas especiais, garantindo direitos e deveres que lhes são próprios.

Nos atos infracionais praticados por criança, cabe seu encaminhamento aos pais ou responsáveis, mediante termo de responsabilidade; orientação, apoio e acompanhamento temporários; matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e

²¹⁶ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Op. cit.*, p. 71.

tratamento a alcoólatras e toxicômanos; abrigo em entidade e colocação em família substituta (artigo 105, e artigo 101, do Estatuto em tela).

Os adolescentes sujeitam-se, entretanto, a advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade; internação em estabelecimento educacional e qualquer uma das previstas no artigo 101, incisos I a VI, nos termos do artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O cometimento de um ato infracional não decorre simplesmente da má índole ou de um desvio moral. Também pode ser reflexo da luta pela sobrevivência, abandono social, das carências e violências às quais meninos e meninas são submetidos. Como decorrência desses fatos, é preciso garantir a eles um tratamento digno e humano que se encontra em uma situação-limite que corrobora a sua degradação.

Portanto, é preciso considerar sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e garantir-lhe um tratamento sereno, mas consistente o suficiente para que ele possa tomar consciência de que existem formas mais eficientes de garantir suas necessidades de forma organizada e socialmente viável.

Geralmente quando uma criança ou adolescente comete um ato infracional, a sociedade não avalia que tais atitudes decorrem da falta de orientação familiar, dificuldades de sobrevivência, como também, por omissão do Estado nas áreas da educação, da saúde, da habitação e, enfim, da assistência social.

Considera-se que a criança ou o adolescente, estando em desenvolvimento, necessita de cuidado e orientação. Por esse motivo, não pode ser punida penalmente, mas sim, receber medidas públicas de proteção, no caso de quem tem menos de doze anos (embora possam receber medidas restritivas privadas aplicadas pelos pais, pelo tutor ou pelo guardião).

De acordo com o disposto no artigo 104, do Estatuto em análise, somente será punido o agente, em decorrência de sua idade, no exato momento em que violou a lei. Significa dizer que, mesmo depois de ter alcançado a maioridade, irá ser punido pela idade em que cometeu o ato infracional. Quando o ato infracional for praticado em data anterior ao dia em que o adolescente irá completar dezoito anos, não responde este criminalmente, considerando o crime no momento da ação e não do resultado. É este o sentido defendido nos tribunais brasileiros:

Na aplicação de medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, leva-se em consideração a idade do menor da prática de fato, sendo irrelevante, para efeito de cumprimento da sanção, a circunstância de atingir o agente à maioria²¹⁷.

Esse entendimento foi ratificado pelo Supremo Tribunal Federal, e aderido pelo legislador do Estatuto da Criança e do Adolescente que complementa o artigo 104, em seu parágrafo único, considerando a idade do adolescente à data do fato, a ele aplicando-se o Estatuto mesmo após completar dezoito anos (artigo 2º, parágrafo único da Lei nº 8.069/90).

Ressalte-se que, nos dias atuais, os estudos no entendimento da conduta infracional da criança e do adolescente não podem encará-la como fonte das penas que se irrogam aos imputáveis pela prática de crime ou da contravenção. A repressão na maioria dos casos não é o remédio adequado a ser ministrado ao adolescente infrator, existindo para eles medidas previamente estabelecidas em lei, com o objetivo de tornar possível sua reeducação e seu encaminhamento, como pessoa bem formada, para a cidadania.

No Brasil de hoje crianças e adolescentes são inimputáveis. A eles não se podem aplicar as punições tecnicamente chamadas de sanções penais.

Assim, aos adolescentes são alicáveis pelo juiz da infância e da juventude medidas socioeducativas por sentença.

Quando se imputa um ato definido como ato infracional a uma criança, ela responde perante o Conselho Tutelar, na presença de seus pais, os quais poderão, inclusive, receber também medidas previstas no art. 129 da Lei nº 8.069/90.

2.3 Atos infracionais praticados por adolescentes

O conceito de ato infracional utilizado nesta tese é o explicado nos artigos 103 a 105, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Artigo 103: considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal. Artigo 104: são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei. Parágrafo único:

²¹⁷ STJ, Superior Tribunal de Justiça, **RHC nº 7.308/98-SP**. In: *Diário de Justiça da União*, de 27 de abril de 1998. p. 217.

para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato. Artigo 105: ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no artigo 101²¹⁸.

A estrutura do ato infracional é a mesma do delito, sendo um fato típico e antijurídico, assim apresentado por Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépoire e Rogério Sanches Cunha²¹⁹:

a) conduta dolosa ou culposa, praticada por uma criança ou adolescente; b) resultado; c) nexos de causalidade; d) tipicidade (adotando, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a tipicidade delegada, tomando-se emprestada da legislação ordinária a definição das condutas ilícitas); e e) inexistência de causa de exclusão da antijuridicidade.

Porém, não é suficiente que a conduta seja típica e antijurídica para que se caracterize um ato como infracional. É preciso, também, que os agentes respondam somente pelos atos que praticaram, de acordo com suas responsabilidades, na medida em que “possuem capacidade valorativa e liberdade da vontade para aderir ao ilícito ou não, e com a possibilidade de terem diferentes graus de participação”. Destarte, o adolescente infrator só responderá pelo ato se resultar demonstrada a ocorrência da conduta típica, antijurídica e culpável²²⁰. Desse modo, “em não havendo tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade no que se refere à reprovabilidade da conduta praticada, não há que se falar em imposição de medida socioeducativa”²²¹.

Conforme Karyna Batista Sposato²²², “a conduta praticada pelo adolescente somente se afigurará como ato infracional se, e somente se, contiver os mesmos aspectos que definem a definição do crime, da infração penal”. Portanto, é a pena criminal que serve de critério à identificação dos fatos de relevância infracional, “o que implica que a definição de ato infracional está inteiramente condicionada ao princípio da legalidade”, vale dizer, o ato infracional, para existir, depende da disposição legal da figura típica que o preveja. Desse modo, não se admite, no Brasil, desde o artigo 103, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a imposição de medida socioeducativa sem a existência de crime ou contravenção.

²¹⁸ BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. *Op. cit.*, p. 1.

²¹⁹ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPOIRE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Op. cit.*, p. 307.

²²⁰ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPOIRE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Op. cit.*, p. 308.

²²¹ SPOSATO, Karyna Batista. *Op. cit.*, p. 113.

²²² *Idem, ibidem*, p. 112-113.

No caso de comissão, por uma criança, de atos que infrinjam alguma norma penal, só poderão sofrer algum tipo de medida de proteção. Já os adolescentes serão pessoalmente responsabilizados, ou seja, responderão socioeducativamente nos exatos termos legais, pelas condutas passíveis de serem caracterizadas como crime ou contravenção.

Dois são os pontos de destaque na definição de ato infracional praticado por adolescente: o primeiro é determinar a idade a partir da qual se pode falar de delinquência juvenil; o segundo é determinar quais devem ser as condutas que dão lugar à qualificação de um adolescente como infrator.

Quanto à idade, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 estima como adolescente aquela pessoa entre doze e dezoito anos de idade (artigo 2º). Só poderá ser considerado como infrator, e ser socioeducativamente responsabilizado nos termos legais, o adolescente com doze anos completos até dezessete anos, onze meses e vinte nove dias, como consta no artigo 104 e parágrafo único, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O ato infracional praticado por adolescente está localizado dentro de um contexto social caracterizado menos pelo poder aquisitivo e mais pela desagregação familiar e pela individualização exacerbada que vem quebrando seculares valores éticos e morais. A sociedade contemporânea se caracteriza pela debilidade dos sistemas tradicionais de apoio para o desenvolvimento do adolescente, a exemplo da família, da escola e dos apoios alternativos.

Quanto à família, os meios de comunicação social já se encarregaram de abolir a hierarquia e a hegemonia que a família sempre teve como formadora de costumes sociais. Ademais, a incorporação da mulher ao sistema laboral, por conquista, por necessidade ou por oportunidade de desenvolvimento, bem como outras mudanças na estrutura familiar, como a ausência generalizada da figura paterna, faz repensar as relações do jovem.

A escola, por sua parte, se caracteriza pela transmissão de conhecimento formal, e pela competitividade exacerbada, minando o sentido comunitário e a promoção do desenvolvimento integral dos jovens.

Por fim, os sistemas de assistência e recreação, como apoios alternativos, são mínimos e sempre insuficientes à satisfação das necessidades da população juvenil. Este espaço vem sendo pronta e eficazmente preenchido pelas atraentes festas regadas a música, bebida e substâncias ilícitas.

A delinquência juvenil resulta da combinação de diversos fatores de risco e resposta social. Apresenta-se em toda a sociedade, em que os antivalores ou valores negativos de violência, agressividade, competitividade selvagem, consumismo, se impõem aos valores supremos da sociedade, como a tolerância, a solidariedade e a justiça.

Destarte, definido o ato infracional, considera-se o adolescente infrator como uma categoria jurídica, passando a ser sujeito dos direitos estabelecidos pela doutrina da proteção integral, inclusive com o devido processo legal.

Dito de outro modo, o ato infracional “corresponde a um fato típico e antijurídico previamente descrito como crime ou contravenção penal”. Para sua caracterização, exige a prática de uma ação ou omissão e a presença da ilegalidade. A culpabilidade, por sua vez, é o aspecto que estabelece a conexão entre o ato infracional e o sujeito que o praticou²²³.

Portanto, ato infracional é toda conduta omissiva ou comissiva, praticada por criança ou adolescente que se enquadre à uma contravenção ou à figura típica de algum crime descrita em lei.

Do mesmo modo que o crime, o ato infracional só existe diante de um nexos de causalidade ente a conduta e o resultado danoso, vale dizer, por meio da verificação de uma conduta dolosa ou ao menos culposa²²⁴.

É importante ressaltar que a adoção desse conceito pelo Estatuto da Criança e do Adolescente implica no abandono da concepção do adolescente infrator como categoria sociológica e sua conseqüente substituição pela categoria jurídica de sujeito de direitos estabelecidos na doutrina da proteção integral, instituída pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no direito brasileiro²²⁵.

No Brasil, a situação dos adolescentes autores de atos infracionais nada mais é do que reflexo da desestruturação social, em que crianças e adolescentes em situação de indigência são levadas às mais variadas e divergentes estratégias de sobrevivência, culminando na autoria de crimes e contravenções, tornando-os usuários do sistema de atendimento ao adolescente infrator. A partir dos doze anos, acontece uma ascendência uniforme de atos infracionais, até os dezessete anos. Relacionando-se o sexo e faixa etária, verifica-se que os adolescentes do sexo

²²³ SPOSATO, Karyna Batista. *Op. cit.*, p. 114.

²²⁴ SPOSATO, Karyna Batista. *Op. cit.*, p. 114.

²²⁵ PEREIRA, Tania da Silva (coord.). **O melhor interesse da criança e do adolescente**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 705.

masculino passam a cometer atos infracionais com menos idade do que as meninas. Esses fatos decorrem da necessidade do adolescente sair em busca de sobrevivência não somente para si, mas, muitas vezes, para a família toda.²²⁶

Em relação ao nível de instrução dos adolescentes infratores, percebe-se que a maioria dos adolescentes que praticara atos infracionais não concluiu o ensino fundamental. No que pertine aos atos infracionais praticados por adolescentes, existe uma baixa incidência de casos de natureza grave.²²⁷

Normalmente as infrações dos adolescentes se relacionam com suas carências pessoais, econômicas e sociais. Por isso, os delitos mais praticados por essas pessoas são aqueles produzidos contra o patrimônio (roubo e furto), em segundo lugar contra a liberdade sexual, depois aquele contra o corpo e a saúde (homicídio e lesões). Atualmente um dos principais motivos de ingresso dos adolescentes nas práticas infracionais é a dependência de substâncias ilícitas.²²⁸

Os crimes praticados contra a vida significam menos de dez por cento. A maioria dos crimes praticados é contra o patrimônio, tais como a posse de instrumentos de emprego usual na prática de furto, a violação de lugar ou objeto e a exploração da credibilidade pública. Contra a pessoa, os crimes mais praticados por adolescentes consistem no tráfico, comércio e detenção de armas ou munição e as vias de fato.²²⁹

Em análise à pesquisa realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência, da Universidade São Paulo, em 1995²³⁰, constata que apesar da maior incidência de aplicabilidade das medidas socioeducativas estar na idade dos dezessete anos, para ambos os sexos é significativo, o ingresso de adolescentes a partir dos doze anos, notadamente do sexo masculino.

Adolescente infrator é aquela pessoa que realiza condutas tipificadas como delitos pelas leis penais vigentes, não sendo aplicável ao caso de adolescente a noção de pena, como consequência de ato ilícito. Por não ser possível acreditar sua

²²⁶ Afirmações extraídas de um estudo sobre configuração e levantamento do sistema de atendimento ao adolescente autor de ato infracional. *Apud* GREGORI, José (coord). **Atendimento ao adolescente em conflito com a lei: reflexões para uma prática qualificada**. Caderno 1, DCA - SNDH - MJ. *In: Série Ideias mais Resultados*. Universidade de São Paulo, Núcleo de Estudo da Violência - NEV. 72. p. 1995. p. 15 e ss.

²²⁷ GREGORI, José. *Op. cit.*, p. 16 e ss.

²²⁸ GREGORI, José. *Op. cit.*, p. 17 e ss.

²²⁹ GREGORI, José. *Op. cit.*, p. 17 e ss.

²³⁰ GREGORI, José. *Op. cit.*, p. 18.

conduta antijurídica como delito, surge a necessidade de submetê-lo a um regime especial de atenção o qual deve buscar protegê-lo e tutelá-lo.

2.4 Responsabilidade penal do adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente, que teve como fontes formais os documentos de Direitos Humanos das Nações Unidas, introduziu no país os princípios garantistas do chamado “direito penal juvenil”, reconhecendo o caráter sancionatório das medidas socioeducativas, sem deixar de enfatizar seu aspecto predominantemente pedagógico. O novo modelo do Estatuto da Criança e do Adolescente é fundamentado nos princípios do direito, da ciência e da epistemologia jurídica, notadamente do direito judiciário.

Caíram os mitos do “sistema tutelar”. Foram desnudados os eufemismos das medidas protetivas e da “inimputabilidade penal dos menores”. Diante da clareza dos novos textos, não era mais possível conviver com legislações e sistemas que não reconheciam crianças e adolescentes como sujeitos de direitos fundamentais.

A nova doutrina jurídica da proteção integral preconiza que crianças e adolescentes são sujeitos especiais de direito e gozam de garantias e direitos fundamentais bem como sociais, principalmente de proteção, decorrência de se encontrarem num momento processo de desenvolvimento.

O Estatuto da Criança e do Adolescente encontra-se dentre as legislações mais completas e evoluídas do ordenamento jurídico mundial, em relação à atenção destinada à acionabilidade do Poder Estatal, que garante o devido processo legal e a aplicação de medidas com o intuito maior de socioeducar e reintegrar o adolescente à sociedade.

A efetivação e concretização dessa reinserção social, entretanto, encontra obstáculos que não serão vencidos sem a devida transformação do imaginário social sobre as crianças e adolescentes originários das classes mais pobres brasileiras. A informação, a educação e o respeito à cultura dessas pessoas está longe de ser respeitada na prática.

O problema não está na legislação, mas na sua interpretação e aplicação. Quando forem atendidos os princípios legais de respeito aos direitos fundamentais, com métodos educacionais eficazes utilizados pelo sistema de cumprimento de medidas previstas no artigo 112 da Lei 8069/90, a preparação para a cidadania e a qualificação para o trabalho, a estrutura física adequada e profissionais efetivamente qualificados para a concretização das medidas socioeducativas determinadas pelo Judiciário, às quais visam à reinserção social desses indivíduos que praticaram algum tipo de infração, o sistema iniciará, finalmente, o objetivo precípua da norma legal.

O modelo de responsabilização socioeducativa aos adolescentes, desenhado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, evidencia que é possível e necessário suplantarem a “visão pseudoprogressista e falsamente compassiva, de um paternalismo ingênuo de caráter tutelar” e a “visão retrógrada de um retribucionismo hipócrita de mero caráter penal repressivo”. Por isso é que foi criado um paradigma “da justiça e das garantias para o adolescente em conflito com a lei”²³¹.

Significa que o adolescente deve responder por seus atos na medida de sua culpabilidade, pois possui capacidade valorativa e liberdade da vontade para aderir ou não ao ato ilícito e com a possibilidade de ter diferentes graus de participação. Assim, em sentido oposto ao subjetivismo e à discricionariedade do Código de Menores de 1979, desenvolve-se uma ordem jurídica que institui a reverência intransigente à autoridade da norma. No atual sistema de responsabilização do adolescente infrator, a medida socioeducativa tem, em sua concepção e conteúdo, caráter sancionador e natureza pedagógica; e em sua forma, estabelece um mecanismo manifestadamente retributivo, “articulado sob o fundamento do garantismo penal e de todos os princípios norteadores do sistema penal enquanto instrumento de cidadania, fundado nos princípios do direito penal mínimo”, vale dizer, impõe a aplicação de todas as garantias asseguradas aos maiores de idade que infringem a lei penal²³².

O direito brasileiro garante a inimputabilidade penal do indivíduo com menos de dezoito anos²³³. Isso não quer dizer que o Estatuto da Criança e do Adolescente

²³¹ SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e ato infracional**: garantias processuais e medidas socio-educativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 48.

²³² SARAIVA, João Batista da Costa. 1999. *Op. cit.*, p. 48.

²³³ O artigo 228 da Constituição Federal dispõe que: “são plenamente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas de legislação especial”. Esta regra foi reafirmada no artigo 104 do

funcione como salvaguarda à criminalidade, porque os adolescentes que vierem a praticar algum ato infracional são inimputáveis à luz do ordenamento jurídico, mas são responsabilizados pelos seus atos em face da ordem jurídica do Estatuto da Criança e do Adolescente.

João Batista da Costa Saraiva²³⁴ recorda que em decorrência de fatos que acontecem na vida social brasileira, de tempos em tempos retoma a ideia de redução da idade de responsabilidade penal para fazer imputáveis os jovens a partir dos dezesseis anos. O citado autor é enfaticamente contrário à pretensão da redução da menoridade penal, apontada como panaceia atual ao problema da delinquência no Brasil, por duas razões simples: primeiro porque afronta princípios constitucionais, depois porque não solucionará, efetivamente, o problema de infração juvenil no Brasil.

A atenção, então, deve voltar-se não para a redução da idade penal, mas para a implementação de programas de atendimento aos adolescentes com o intuito de evitar o desenvolvimento de instintos ou necessidades da prática infracional. Ou seja, a longo prazo, no âmbito preventivo, deve-se direcionar a criatividade humana no sentido de idealizar formas de se promover políticas públicas voltadas à inclusão social. Com isso, diminui-se a vulnerabilidade dos jovens excluídos à prática de atos infracionais. Também é preciso resgatar e fortalecer as normas morais, começando pela revolução ética da classe política. Por fim, a execução das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, como o intuito de responsabilizar os jovens em conflito com a lei (imputabilidade especial), e conscientizá-los para que sejam reintegrados à sociedade.

Isso tudo confirma a ideia de que a redução da idade penal no combate à criminalidade não é eficaz. Ademais, o pretenso argumento da promoção da impunidade pelo Estatuto da Criança e do Adolescente não sobrevive diante das diretrizes expostas na lei estatutária. A inimputabilidade é uma das causas de exclusão da responsabilidade penal, o que não significa dizer que é sinônimo de irresponsabilidade pessoal ou social.

Estatuto da Criança e do Adolescente: “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei”.

²³⁴ SARAIVA, João Batista da Costa. 1999. *Op. cit.*, p. 23-24.

Nas palavras de João Batista da Costa Saraiva²³⁵, “o que necessitamos é de compromisso com a efetivação plena do Estatuto da Criança e do Adolescente em todos os níveis - sociedade e Estado - fazendo valer este que é um instrumento de cidadania e responsabilização - de adultos e jovens”.

Os adolescentes com menos de dezoito anos são penalmente inimputáveis, mas estatutariamente imputáveis, ou seja, são considerados, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, como juridicamente responsáveis pelos seus atos, ou seja, quando um adolescente pratica um ato infracional, é submetido a um sistema processual especial, com jurisdição e procedimento de ato infracional próprio, que deve respeitar os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Depois da análise final dos fatos, o juiz, se verificar a caracterização da autoria e da materialidade do ato infracional, decide pela aplicação de medidas socioeducativas, que, além de visarem a reinserção do mesmo, a partir de práticas pedagógicas, também possui um caráter sancionatório.

Nesse sentido, João Batista da Costa Saraiva²³⁶ expressa que o Estatuto da Criança e do Adolescente fundamenta-se nos princípios do garantismo penal e agrega os valores do chamado “direito penal mínimo” (que não pode ser confundido com o abolicionismo penal) e nesses limites principiológicos desenvolveu um “modelo de responsabilização penal juvenil, impondo sanções ao adolescente autor de conduta criminosa”.

Assim, o correto não é dizer que o Estatuto da Criança e do Adolescente promove a impunidade de jovens em conflito com a lei, ao contrário, o jovem infrator é sim estatutariamente imputável, já que a responsabilização pelos seus atos decorre da imputação de um ato infracional. A ideia de redução da idade de imputabilidade penal para os que têm menos de dezoito anos é um erro que se funda na ignorância de que já existe no Brasil um sistema de responsabilização penal juvenil. Se na prática ocorre impunidade, o que “temos de fazer é implementar o sistema que temos, por certo o aprimorando, mas jamais pretendendo estender ao adolescente um modelo que sequer dá conta do alvo que pretendeu atingir”²³⁷.

²³⁵ SARAIVA, João Batista da Costa. 1999. *Op. cit.*, p. 121.

²³⁶ SARAIVA, João Batista Costa. **Sobre a redução da idade penal**. Artigo publicado no Jornal Zero Hora, em 16 de março de 2003. Disponível em: <http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/docs/DOCTRINA/SOBRE+A+REDU%C7%C3O+DA+IDADE+PENAL_0.H TM>. Acesso em: 12 ago. 2012. p. 1.

²³⁷ SARAIVA, João Batista Costa. 2003. *Op. cit.*, p. 1.

Para Josiane Rose Petry Veronese²³⁸, não se pode falar em responsabilidade penal, nem em imputabilidade penal para jovens infratores, pois esta “é a suscetibilidade de tornar a pessoa sujeito do direito penal, sendo então considerada como uma condição ou qualificação daquele que pode ser sujeito ativo de ilícito penal”. Esclarece, ainda, que, na prática, a diferenciação ou similitude entre imputabilidade e responsabilidade é apenas terminológica, com o intuito de diferenciar adolescentes e adultos, que se traduz na substituição de “crime” por “ato infracional” e “imputabilidade penal” por “responsabilização estatutária”. O adolescente deve responder pelo seu ato. A sociedade exige uma resposta para a infração juvenil e o adolescente não pode ficar impune.

Em relação ao caráter sancionador desta responsabilização juvenil estatutária, este advém do fato de que o ato infracional é o delito do adulto, e as medidas socioeducativas apesar de não serem penas, possuem um caráter sancionador, ressocializante, educativo e pedagógico. “E este caráter [de sanção] mesmo sendo muitas vezes mascarado, sempre acaba aparecendo”²³⁹. Porém, nem todos os autores partilham do entendimento de que as medidas socioeducativas possuem caráter sancionador. Mas essa discussão não importa para o momento. O que se quer demonstrar é que existe uma responsabilização do menor de idade que pratica ato infracional, cujas diretrizes estão expressas no Estatuto da Criança e do Adolescente, que se coadunam com os princípios constitucionais e com as regras internacionais voltadas às crianças e aos adolescentes.

Mesmo que a problemática envolvendo redução do índice de criminalidade entre adolescentes dependesse apenas do aspecto jurídico, hipótese impossível, a solução não estaria na redução da idade penal. Ou seja, sobre nenhum ponto de vista, seja ele qual for, se verifica a eficácia da redução da idade penal no combate à criminalidade.

Depois da constatação da existência de leis revolucionárias no que diz respeito à proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes, de se confirmar que a imputabilidade não é sinônimo de impunidade, e de se levantar breve questionamento sobre a aplicação e concreticidade dessa normatização enquanto

²³⁸ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**: origem, desenvolvimento e perspectivas (uma abordagem sócio-jurídica). Trabalho para obtenção do título de professora da cadeira de Direito da Criança e Adolescente da UFSC. Florianópolis, setembro de 1996. p. 52.

²³⁹ AMARAL E SILVA, Antonio Fernando do. **A criança e o adolescente em conflito com a lei**. São Paulo: Saraiva, 1995b. p. 62.

atuante no cotidiano dos adolescentes infratores, bem como a necessidade de se suprimir o imaginário social e estigmatizante de que a criança e o adolescente, frutos da pobreza são “naturalmente violentos” e, portanto, irrecuperáveis, devendo ser simplesmente banidos da vista humana, chega o momento de se analisar outro ponto polêmico que vem sendo objeto de acaloradas discussões na sociedade hodierna. Trata-se da responsabilização penal juvenil. Conforme Antonio Fernando do Amaral e Silva²⁴⁰:

[...] crianças e adolescentes, sendo pessoas desiguais, não podem ser tratadas de maneira igual. A legislação brasileira, por exemplo, fixa a responsabilidade penal juvenil a partir dos 12 anos. A criança (menos de doze anos) fica isenta de responsabilidade. É encaminhada ao Conselho Tutelar, estando sujeita a medidas protetivas com intervenção administrativa no seio da família, submetendo-se pais ou responsáveis a restrições e penas impostas pela Justiça. Quanto aos adolescentes (doze a dezoito anos) têm responsabilidade penal juvenil.

Para o citado autor, com o intuito de conjugar a inimputabilidade e a responsabilidade penal juvenil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, regulamentando os artigos 227 e 228 da Constituição Federal de 1988, ao tempo em que conferiu direitos fundamentais e sociais, criou regime jurídico em que o adolescente foi elevado à dignidade de responder pelos seus atos e:

[...] remeteu o intérprete aos princípios garantistas do direito penal comum, tendo como normas específicas as do Estatuto. Estas se referem tão-somente à natureza da resposta, ou seja, às medidas que, por serem sócio-educativas, diferem das penas criminais no aspecto predominantemente pedagógico e na duração, que deve ser breve, face o caráter peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento²⁴¹.

Antonio Fernando do Amaral e Silva²⁴² ressalta que a imputabilidade é a possibilidade de atribuir responsabilidade pela violação de determinada lei, sejam elas penal, civil, comercial, administrativa ou juvenil, não se confundindo com a responsabilidade, da qual é pressuposto²⁴³.

²⁴⁰ AMARAL E SILVA, Antonio Fernando do. **Mandar jovens de 16 anos para o sistema carcerário vai resolver a questão da violência e da criminalidade?** Postado em 04 de março de 2011. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br/cejur/artigos/infancia_juventude/jovens_amaral_silva.htm>. Acesso em: 12 ago. 2012.

²⁴¹ AMARAL E SILVA, Antonio Fernando do. 2011. *Op. cit.*, p. 1.

²⁴² *Idem, ibidem*, p. 1.

²⁴³ “Imputabilidade. Derivado de imputar, do latim *imputare* (levar em conta, atribuir, aplicar), exprime a qualidade do que é imputável. Nestas condições, seja nos domínios do direito civil, comercial ou penal, a imputabilidade revela a indicação da pessoa ou do agente, a que se deve atribuir ou impor a

Assim, embora inimputáveis, frente ao direito penal comum, os adolescentes são imputáveis diante das normas da lei especial: o Estatuto da Criança e do Adolescente. Respondem penalmente, face o nítido caráter retributivo e socioeducativo das respectivas medidas, o que se apresenta altamente pedagógico sob o ângulo dos direitos humanos de vítimas e vitimizadores. Além disso, respostas justas e adequadas são de boa política criminal, insurgindo como elementos indispensáveis à prevenção e à repressão da delinquência. O que não se admite no direito penal juvenil são respostas mais severas e duradouras do que as que, em idênticas situações, seriam impostas aos adultos²⁴⁴.

O novo paradigma do Estatuto da Criança e do Adolescente exige, em relação ao adolescente infrator, recepção, processamento e julgamento adequados à sua condição de pessoa humana, e não de mero objeto de intervenção. “[...] a inimputabilidade deixou de ser um mito para se adequar à realidade e à necessidade social”²⁴⁵.

Existe um entendimento generalizado e mitológico, baseado na desinformação (informação desinformante propagada pela mídia) de que o Estatuto da Criança e do Adolescente propõe a impunidade. É preciso acabar com esse mito.

Mesmo visíveis as mazelas que trariam a redução da idade penal, os legisladores, na sua grande parte juristas, vem defendendo essa postura, mobilizando a sociedade para receber o apoio necessário à redução da imputabilidade penal de dezoito para os dezesseis anos, ou seja, que pessoas em processo peculiar de desenvolvimento sejam julgados pela Justiça Comum e cumpram penas no sistema penitenciário já a partir dessa idade²⁴⁶.

responsabilidade, ou a autoria de alguma coisa, em virtude de fato verdadeiro que lhe seja atribuído, ou de cujas consequências seja responsável. Desse modo, a imputabilidade mostra a pessoa para que se lhe imponha a responsabilidade. E, assim, é condição essencial para a evidência da responsabilidade, pois que não haverá esta quando não se possa imputar à pessoa o fato de que resultou a obrigação de ressarcir o dano ou responder pela sanção legal. A imputabilidade, portanto, antecede à responsabilidade. Por ela, então, é que se chega à conclusão da responsabilidade, para aplicação da pena ou imposição da obrigação” (SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 717).

²⁴⁴ AMARAL E SILVA, Antonio Fernando do. 2011. *Op. cit.*, p. 1.

²⁴⁵ AMARAL E SILVA, Antonio Fernando do. 2011. *Op. cit.*, p. 1.

²⁴⁶ Foi realizada uma audiência pública no dia 14 de agosto de 2012 pela comissão especial do Senado que analisa o projeto de reforma do Código Penal (Projeto de Lei do Senado - PLS nº 236, de 09 de julho de 2012) e dentre os assuntos estava em pauta a redução da maioria penal. Gilson Dipp, que presidiu a comissão de juristas, defendeu que a maioria penal pode ser modificada por emenda constitucional, porque as normas que tratam de questões de política criminal não são cláusulas pétreas. Já o jurista Luiz Flávio Gomes argumentou que a maioria penal é tema de cláusula pétrea. No final da reunião, a conclusão foi a de que a redução da maioria penal não é consenso entre os juristas e legisladores brasileiros (BRASIL, Legislação. **Projeto de Lei do Senado**

É preciso identificar quais as razões desse proceder. Parece óbvio que as crianças e os adolescentes desse país anseiam por uma vida digna. É sabido que não será, jamais, através da mudança de legislação e sim através de políticas públicas viáveis que tal estado poderá ser alcançado. A implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente, com uma gama de direitos, que apresentam, como contraponto, deveres e responsabilizações, exige mais que vontade política para sua concreta efetividade, exige compromisso. O seu representante deve estar comprometido com os princípios éticos de igualdade de direitos e justiça social para que essa lei seja implementada e aplicada.

O mito de que a inimputabilidade é sinônimo de impunidade precisa ser extraído do senso público. Há que se ressaltar que não se está discutindo a culpabilidade do adolescente, ou seja, a capacidade dele ter culpa, de saber o que está certo e o que está errado, porque é indiscutível que ele possui discernimento para tanto. É imperioso que se considere que os adolescentes infratores carecem de um tratamento diferenciado no momento de sua responsabilização, pois se trata de um ser em formação, a possibilidade de conscientizá-lo é muito maior do que de uma pessoa adulta.

É mais fácil excluir os adolescentes infratores da sociedade do que se empenhar no árduo trabalho de promover sua reinserção social, preparando-o para ser um verdadeiro cidadão, consciente de seus direitos e deveres.

Porém, a diminuição das infrações entre adolescentes depende de uma aplicação eficiente das medidas socioeducativas, por intermédio de um esforço conjunto do Poder Judiciário, Ministério Público, Poder Executivo local, em parceria com organizações não governamentais, universidades e a sociedade em geral.

O Estatuto da Criança e do Adolescente oferece instrumentos eficazes para a ressocialização dos infratores, desde que as medidas socioeducativas sejam bem aplicadas, a par da adoção de medidas políticas e administrativas capazes de possibilitar o acesso das crianças e adolescentes às políticas sociais públicas, bem como de medidas judiciais garantidoras do princípio da prioridade absoluta.

Como se vê, mudar a Constituição e as leis não é a solução, até porque o sistema jurídico brasileiro é primoroso em seus preceitos. O que deveria estar em pauta não é a idade penal, mas a aplicabilidade material do Estatuto da Criança e do

Adolescente. Este prevê soluções adequadas e efetivas à questão das infrações praticadas por adolescentes e o que tem faltado é a efetivação destas propostas por ausência de decisão política e inação da sociedade, que parece indiferente ao destino desses jovens, prioridade absoluta da Nação brasileira.

Um Estatuto da Criança e do Adolescente, satisfatório em suas regras escritas, executado pelo Estado de forma absolutamente contrária aos seus primados, tem trazido efeitos quase nulos no intento de diminuir o índice de atos infracionais entre os adolescentes brasileiros, e tem sido apontado pelo próprio Estado-legislador como responsável pela impunidade dos adolescentes infratores.

São contrassensos, justificativas e argumentos redundantes que confirmam e reafirmam as ineficiências do Estado, que se justifica através de suas próprias ineficiências. E o pior, transfere essas responsabilidades para a população. A sociedade brasileira vive momentos de tensão e insegurança, de medo e pânico, sentimentos fomentados pelo Estado, que se empenha em difundir informações errôneas, formando uma opinião pública contrária aos próprios interesses dessa mesma sociedade. O jovem não pode servir de bode expiatório dos problemas de violência e insegurança pública no Brasil.

2.5 Medidas socioeducativas

Neste momento da pesquisa, o enfoque direciona-se à ordem jurídica brasileira no que diz respeito à aplicação de medidas socioeducativas, no sentido de se pleitear a obstacularização da prática infracional pelo adolescente e de propiciar a necessária e imprescindível reinserção social do autor de ato infracional. Para tanto, buscam-se bases fundantes na Constituição Federal de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente e nas demais legislações esparsas que tratam do tema, socorrendo-se da doutrina especializada na área.

Por primeiro, destaca-se que a situação dos adolescentes infratores deve ser uma das preocupações atuais da sociedade e do Estado, haja vista o momento econômico vivenciado no Brasil e a necessidade de capitalizar o potencial e talento juvenil pelas autoridades centrais, regionais e locais.

Os motivos que levam os adolescentes à prática de atos infracionais, na visão dos próprios adolescentes, são muitos, desde o desejo de ter um tênis importado até a necessidade de conseguir dinheiro para a compra de drogas. Porém, uma análise mais acurada, capaz de construir conhecimentos reais na procura de justificativas e fundamentações prováveis, leva o investigador a apenas um problema: a desestruturação social. Por sua vez, partindo-se desse princípio, abre-se um leque incomensurável de conjunturas ensejadoras da desordem vivenciada pelos adolescentes nos dias de hoje, que se arrastam e se evadem no tempo, cujas origens são desconhecidas porque antecedem mesmo o próprio descobrimento do Brasil.

Muito embora já existam ações no sentido da busca pelo reequilíbrio social e pela prevenção da violência envolvendo adolescentes, estes permanecem praticando infrações diariamente, o que demonstra que muito ainda precisa ser feito nesse sentido. Com efeito, como ainda não foi possível idealizar e colocar em prática meios satisfatórios de prevenção da delinquência juvenil, e mesmo que já existam ações nesse sentido os resultados são a longo prazo, resta, de imediato, a reinserção dos adolescentes infratores para que lhes seja oportunizado o regresso ao adequado convívio social.

Surge aqui, outro entrave: como aplicar corretivos e ao mesmo tempo educá-los para que não rescindam em novas práticas infracionais, ou não sejam transformados em “profissionais do crime” quando adultos?

A partir de determinada idade, a forma de fazer frente a fatos delitivos realizados por um adolescente é utilizando o critério da responsabilidade especial, sem que isso implique exigir-lhe a mesma responsabilidade de um adulto. Portanto, as medidas aplicáveis não devem ter a mesma finalidade. No caso de adolescentes, por sobre a medida deve primar a busca de criar uma consciência da responsabilidade de seus atos. Deste modo, é preciso reconhecer garantias básicas que correspondam ao adulto, acrescida das próprias de uma pessoa em formação (princípio de dupla garantia).

A condição do adolescente como pessoa em desenvolvimento deve ser considerada para limitar, garantir e adequar a resposta penal à fase em desenvolvimento dos mesmos. Isso implica reduzir a sanção como uma resposta automática frente à comissão de um ato infracional e introduzir critérios e medidas

que avaliem tanto a gravidade do fato quanto as condições pessoais, familiares e sociais dos adolescentes.

A esse respeito, o artigo 100, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe que “na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”. As políticas públicas direcionadas à promoção da internação de adolescentes infratores não resolve o problema, longe disso, apenas oferece uma solução superficial e ilusória que não consegue suplantar os limites do imaginário, além de fomentar a produção do criminoso do futuro.

Sobre o assunto relembra-se o Enunciado nº 17 das Regras de *Beijing*²⁴⁷, que assim dispõe: “a resposta à infração será sempre em proporção, não somente às circunstâncias e gravidade da infração e às necessidades do menor, como também às necessidades da sociedade”. E inegavelmente a sociedade quer que seus adolescentes infratores sejam reeducados. A segregação social não contribui com esse processo. Neste sentido se manifesta Mário Otoboni²⁴⁸:

É melhor preparar o homem para voltar ao convívio social do que abandoná-lo à própria sorte, nos fundos de uma cela, onde, ao final da pena, sua presença na comunidade passa a representar seríssimo perigo pelo aumento da periculosidade que o convívio carcerário propicia.

Enquanto não se colhe os louros das políticas preventivas que começam a ser desenhadas para manter os adolescentes brasileiros longe da criminalidade, é preciso qualificar os adolescentes infratores por meio de medidas socioeducativas adequadas, que possam ao mesmo tempo responsabilizar e conscientizar essas pessoas em especial estágio de desenvolvimento. Oportuna a inteligência de Bernard Shaw²⁴⁹: “a pena deve ser considerada em seu duplo objetivo: punitivo e regenerativo. Para regenerar uma pessoa é preciso melhorá-la. Para punir uma pessoa é preciso injuriá-la. Não se conhece uma pessoa que tenha melhorado sendo injuriada”.

²⁴⁷ Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça da Infância e da Juventude, de 1985.

²⁴⁸ OTOBONI, Mário. **Cristo sorrindo no cárcere**. 3. ed. São Paulo: Edições Paulinas, 1983. p. 34.

²⁴⁹ Bernard Shaw *apud* COSTA, Tarcísio José Martins. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 230.

Evidentemente não se advoga no sentido de que todo ato praticado por um adolescente deve ser abonado, em absoluto, pois revelar um erro é prejudicial a este, que deve ser responsabilizado por suas ações e receber a oportunidade de aprender com seus próprios erros.

Destaca-se que no caso de empreendimento de atos graves ou na hipótese de inadimplemento de medida menos severa aplicada anteriormente, a segregação se faz necessária, mesmo em se tratando de adolescente, para receber a correta abordagem pedagógica, no intuito de reconhecer os limites que a sociedade impõe à convivência pacífica de seus membros.

Contudo, as medidas restritivas de liberdade tem aplicação excepcional, vale dizer, devem ser reservadas apenas para os casos mais graves ou de reincidência. Dessa forma, é imperioso que sejam privilegiadas as medidas socioeducativas de orientação e acompanhamento, a exemplo da liberdade assistida, da reparação do dano e da prestação de serviços à comunidade.

Por outro lado, também não se pode olvidar de promover, ao lado da aplicação dessas medidas socioeducativas, a reinserção do adolescente infrator em programas educacionais e profissionalizantes. Junto com o adolescente é preciso, também, cuidar da sua família, para que possa contribuir positivamente no processo de resgate do jovem como elemento útil à sociedade. Uma família desestruturada em nada colabora com a regeneração de um membro adolescente infrator. Para tanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente tratou de apresentar e disponibilizar medidas de proteção e socioeducativas.

As medidas de proteção têm como destinatários as crianças e adolescentes, nas circunstâncias definidas no artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a saber:

Artigo 98: as medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta²⁵⁰.

Essas medidas de proteção podem ser aplicadas, além das circunstâncias citadas no texto da lei, a adolescentes infratores.

²⁵⁰ BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. *Op. cit.*, p. 1.

Já as medidas socioeducativas são aplicáveis somente aos adolescentes autores de ato infracional, depois de apurada sua responsabilidade pelo devido processo legal, respeitados os direitos individuais (artigos 106 a 109, do Estatuto da Criança e do Adolescente) e as garantias processuais (artigos 110 e 111, do Estatuto da Criança e do Adolescente)

As medidas socioeducativas são aquelas atividades impostas aos adolescentes infratores, destinadas à formação do tratamento tutelar empreendido com a finalidade de reestruturar o adolescente para atingir a normalidade da integração social:

Artigo 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 semiliberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no artigo 101, incisos I a VI. Parágrafo 1º: a medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração. Parágrafo 2º: em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado. Parágrafo 3º: os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições²⁵¹.

As medidas socioeducativas possuem natureza penal porque representam o exercício do poder coercitivo do Estado implicando, obrigatoriamente, numa limitação ou restrição de direitos ou de liberdade. Desse modo, sob uma perspectiva estrutural qualitativa, não se difere das penas²⁵².

A imposição das medidas de reparação de dano, de prestação de serviços à comunidade, de liberdade assistida, de inserção em regime de semiliberdade e de internação em estabelecimento educacional, pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do artigo 127²⁵³. A advertência poderá ser aplicada sempre que houver prova da materialidade e indícios suficientes da autoria²⁵⁴. Na interpretação de Mario Volpi e João Batista C. Saraiva:

²⁵¹ BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. *Op. cit.*, p. 1.

²⁵² SPOSATO, Karyna Batista. *Op. cit.*, p. 114.

²⁵³ “Artigo 127: a remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semi-liberdade e a internação” (BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. *Op. cit.*, p. 1).

²⁵⁴ Artigo 114 e parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. *Op. cit.*, p. 1).

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê e sanciona medidas socioeducativas e medidas de proteção eficazes, reconhece a necessidade de privação provisória de liberdade ao infrator, inclusive ao não sentenciado em caráter cautelar e oferece alternativas de responsabilização, cuja mais grave impõe o internamento sem atividades externas²⁵⁵.

Todavia, embora exista uma responsabilidade, esta não acontece como punição, porque o Estatuto da Criança e do Adolescente foi instituído para enfatizar a situação de pessoas em desenvolvimento e dar-lhes o *status* de sujeitos de direito, projetando, para tal fim, a proposta da responsabilização social.

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi criado para dar maior ênfase à situação da criança e do adolescente e dar-lhes o *status* de sujeitos de direito. Para tal fim, se projeta com uma proposta insurgente: a responsabilização social. Assim, para atos infracionais cometidos por menores de dezoito anos, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê medidas socioeducativas que são dispostas em grau de severidade, no seu artigo 112, dependendo, para a aplicação de cada medida, de algumas questões fundamentais que são: a capacidade do adolescente em cumprir determinada medida, as circunstâncias que sucedeu o suposto ato infracional e a gravidade deste último²⁵⁶.

O Estatuto da Criança e do Adolescente impõe limites. Assim, quando o adolescente pratica uma infração e restar comprovado, por meio de um processo legal, que a conduta é antijurídica, como sujeito de direito, deverá ser responsabilizado, sofrendo uma medida socioeducativa que pode ser desde restritiva de direitos até privativa de liberdade, dependendo da gravidade do ato e de eventual reincidência.

A responsabilização do adolescente infrator também pode ser assentada no princípio da reciprocidade. Neste diapasão, Tânia da Silva Pereira²⁵⁷ expõe que:

Ao invés da mera punição ou compaixão paternalista, que desumanizam ainda mais o jovem infrator, negando-lhes acesso aos elementos constitutivos da cidadania, o sistema de responsabilização deve favorecer a constituição de seres morais, ou seja, de indivíduos capazes de compreender que o convívio em comunidade exige o respeito das esferas de dignidade dos demais, e para isso sua esfera de dignidade deve ser respeitada. A responsabilização e punição dos adolescentes infratores é, nesse sentido, não um direito dos adultos e do Estado, mas um dever. Um

²⁵⁵ VOLPI, Mario; SARAIVA, João Batista C. **Os adolescentes e a lei:** para entender o direito dos adolescentes, a prática de atos infracionais e sua responsabilização. Brasília: ILANUD, 1998. p. 16.

²⁵⁶ VERONESE, Josiane Rose Petry; LIMA, Fernanda da Silva. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE:** breves considerações. In: *Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade*, nº 1, ano 1, p. 29-46. São Paulo: UNIBAN, 2009. p. 34.

²⁵⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. 1996. *Op. cit.*, p. 540.

dever em relação aos próprios infratores. Assim, a responsabilização legal se torna um dever do Estado de buscar, por intermédio da aplicação da lei, possibilitar ao adolescente o desenvolvimento de um superego capaz de reprimir os impulsos de destruição e inseri-la num convívio social pacífico.

Desta forma, o importante é que o adolescente infrator, como sujeito de direito e obrigações, seja devidamente amparado e tutelado pelas garantias constitucionais do artigo 5º, a exemplo do devido processo legal, do inciso LIV; a ampla defesa e o contraditório, do inciso LV; a presunção de inocência, do inciso LVII; dentre outras. São princípios constitucionais que asseguram aos adolescentes infratores a condição de sujeitos de direitos e obrigações, que se levado ao Poder Judiciário, receba todas as garantias do artigo 227, parágrafo 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988: “garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica”²⁵⁸. É para garantir os direitos e as obrigações dos adolescentes infratores que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, nos artigos 112 a 128, medidas socioeducativas.

Direcionados à formação do tratamento tutelar para reestruturação do adolescente infrator, o Estatuto da Criança e do Adolescente não economiza os métodos pedagógicos, sociais, psicológicos e psiquiátricos, com base na especialidade que revestem estes seres humanos, principalmente no que diz respeito à formação da personalidade do futuro adulto, visando, sobretudo, sua integração à própria família e à comunidade local.

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, a primeira medida socioeducativa a ser aplicada é a advertência²⁵⁹. Na forma do artigo 115, “a advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada”²⁶⁰.

A medida de advertência é a mais branda das medidas socioeducativas, pois implica uma admoestação verbal com finalidade informativa, formativa e imediata acerca da prática da infração e suas consequências. A medida de advertência é

²⁵⁸ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. *Op. cit.*, p. 1.

²⁵⁹ Artigo 112, inciso I do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. *Op. cit.*, p. 1).

²⁶⁰ BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. *Op. cit.*, p. 1.

executada pelo Poder Judiciário por meio de um juiz e admitida sempre que existam provas da materialidade e indícios suficientes da autoria²⁶¹.

O caráter intimidatório da medida de advertência se perfaz com a leitura do ato infracional na presença dos responsáveis legais pelo adolescente autor do ato, sendo que o caráter pedagógico da medida pressupõe um procedimento ritualístico, no escopo de obter do adolescente um comprometimento de que tal fato não mais acontecerá²⁶².

Percebe-se que essa medida possui um forte apelo comunitário e educativo, tanto para o jovem infrator quanto para a comunidade, que por sua vez poderá responsabilizar-se pelo desenvolvimento integral desse adolescente. Se bem executada, a medida proporciona ao jovem a experiência da vida comunitária, de valores e compromissos sociais, de modo que possa descobrir outras possibilidades de convivência e o reconhecimento de outras práticas que não a de infrações.

Assim, ao praticar a infração o adolescente receberá da autoridade competente e diante de seus pais ou responsáveis, conselhos e orientações. Este momento do encontro com a família e uma autoridade, que pode ser um juiz ou promotor de justiça, por exemplo, será decisivo para o adolescente infrator. Dependendo da forma de aplicação da medida, este poderá tanto se propor à reabilitação como se revoltar e optar por continuar na prática infracional.

A segunda medida aplicável ao adolescente infrator é a obrigação de reparar o dano²⁶³. Entende o Estatuto da Criança e do Adolescente que o adolescente poderá ser obrigado a compor os prejuízos causados pela prática de seu ato infracional.

A medida que impõe a reparação do dano causado pela prática de ato infracional destina-se, primeiramente, às infrações com reflexos patrimoniais. A reparação de dano ocorre com a restituição do bem, do ressarcimento ou de outras formas de compensação da vítima. A obrigação de reparar o dano se caracteriza como medida coercitiva e educativa, porque leva o adolescente infrator a reconhecer o erro e repará-lo²⁶⁴.

²⁶¹ SPOSATO, Karyna Batista. *Op. cit.*, p. 120.

²⁶² *Idem, ibidem*, p. 120.

²⁶³ Artigo 112, inciso II do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. *Op. cit.*, p. 1).

²⁶⁴ SPOSATO, Karyna Batista. *Op. cit.*, p. 120.

Esta medida, “antes de ser punitiva, pretende de forma pedagógica, orientar o adolescente a respeitar os bens e patrimônios de seus semelhantes”²⁶⁵.

Mais adiante, o inciso III, do artigo 112, do Estatuto da Criança e do Adolescente autoriza a aplicação de prestação de serviços à comunidade, como opção viável ao entendimento tanto do infrator quanto da sociedade com relação à finalidade educativa da medida.

A medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade se assemelha à pena restritiva de direitos dessa natureza introduzida na ordem jurídica brasileira pela Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), e depois prevista como pena substitutiva à de prisão na Lei das Penas Alternativas (Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998)²⁶⁶.

No entanto, diversamente da pena de prestação de serviço social comunitário, a medida socioeducativa de prestação de serviços não se aplica em substituição à medida de privação da liberdade, pois sua imposição acontece em adequação ao ato infracional praticado e às condições pessoais do adolescente, não podendo exceder o período máximo de seis meses²⁶⁷.

Destaca-se a importância do limite de tempo da medida, já que para a pena de prestação de serviço social comunitário o limite mínimo da pena privativa de liberdade imposta para que seja possível a substituição é de seis meses, enquanto que para a medida de prestação de serviços o mesmo período refere-se ao limite máximo de cumprimento autorizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente²⁶⁸.

A liberdade assistida²⁶⁹ aparece no Estatuto da criança e do Adolescente com o significado de “medida ampla com a finalidade de orientar, proteger e acompanhar o adolescente infrator, e deverá ser aplicada sempre que for adequada”²⁷⁰. A referida assistência deverá ser exercida por pessoa capacitada ou serviço especializado designados pelo juiz, que deve orientar sua atuação junto ao adolescente, de acordo com as regras de conduta que lhe forem ditadas.

A medida de liberdade assistida foi instituída para substituir a medida de liberdade vigiada prevista nas legislações anteriores. A alteração corresponde à

²⁶⁵ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 82.

²⁶⁶ SPOSATO, Karyna Batista. *Op. cit.*, p. 120-121.

²⁶⁷ *Idem, ibidem*, p. 121.

²⁶⁸ SPOSATO, Karyna Batista. *Op. cit.*, p. 121.

²⁶⁹ Artigo 112, inciso IV do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. *Op. cit.*, p. 1).

²⁷⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Op. cit.*, p. 83.

tentativa de superação do caráter de vigilância sobre o adolescente e à introdução dos objetivos de acompanhamento, auxílio e orientação ao adolescente durante sua execução. Destaca-se que estes objetivos não excluem o caráter coercitivo da liberdade assistida, que prima pela manutenção dos vínculos sociais e comunitários e, por consequência, pela manutenção da liberdade do adolescente, sem, no entanto, deixar de exercer uma limitação no exercício de seus direitos²⁷¹.

A medida referida é imposta ao adolescente infrator por meio de sentença, e não como forma de suspensão da ação socioeducativa ou como substituição à internação²⁷².

A inserção do regime de semiliberdade²⁷³ é medida socioeducativa de transição para o regime semiaberto. Revela-se em providência de alto valor terapêutico, e eficaz para a integração social do adolescente, dando-lhe garantia e oportunidade de uma atividade útil e laborativa na comunidade, com acompanhamento de pessoas especializadas.

A medida de semiliberdade é intermediária entre a internação e o meio aberto. Trata-se de uma modalidade de medida socioeducativa privativa da liberdade, com possibilidade de realização de atividades externas. As consequências, ao restringir a liberdade, implicam no afastamento do adolescente infrator do convívio familiar e da comunidade de origem sem, contudo, privá-lo totalmente de seu direito de ir e vir. As atividades externas, mormente as de escolarização e profissionalização, juntamente com as atividades pedagógicas que devem ser promovidas no interior dos semi-internatos, são a garantia do conteúdo pedagógico estratégico que toda medida socioeducativa deve conter²⁷⁴.

Destarte, do mesmo modo que acontece com a medida de internação, a semiliberdade deve estar diretamente relacionada com os serviços e programas sociais e formativos no âmbito externo a unidade de moradia²⁷⁵.

Por fim, a internação é medida socioeducativa que priva o adolescente de sua liberdade e apenas pode ser aplicada pela autoridade judiciária em decisão fundamentada. Corresponde a mais grave das medidas socioeducativas, pelo grau de interferência na esfera de liberdade individual do adolescente infrator. Por isso é

²⁷¹ SPOSATO, Karyna Batista. *Op. cit.*, p. 122.

²⁷² SPOSATO, Karyna Batista. *Op. cit.*, p. 123.

²⁷³ Artigo 112, inciso V do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. *Op. cit.*, p. 1).

²⁷⁴ SPOSATO, Karyna Batista. *Op. cit.*, p. 127.

²⁷⁵ SPOSATO, Karyna Batista. *Op. cit.*, p. 127.

uma medida excepcional, que somente será determinada se for inviável a aplicação das demais medidas²⁷⁶.

Consiste, a medida de internação, numa real e efetiva privação de liberdade do adolescente infrator que será recolhido num estabelecimento similar aos presídios de adultos, cuja gravidade do ato infracional implique nesta medida²⁷⁷.

A medida de internação, como decorre da disposição legal estatutária, não poderá exceder a três anos, porém sua imposição é indeterminada, sujeita à reavaliação periódica pelo setor técnico das unidades de privação de liberdade²⁷⁸.

Os princípios que condicionam a privação de liberdade do adolescente infrator, em especial, são: a excepcionalidade, a brevidade e o respeito à condição peculiar de desenvolvimento do adolescente.

Pelo princípio da excepcionalidade, o Poder Judiciário deve verificar qual a medida mais adequada ao caso *sub judice*, considerando as circunstâncias e a gravidade do ato praticado, bem como as condições de cumprimento da medida por parte do adolescente. Este princípio incide, então, sobre a discricionariedade judicial no processo de conhecimento, quando da apuração do ato infracional e da consequente imposição de medida socioeducativa.

Enfatiza-se que o princípio da excepcionalidade é para o Estatuto da Criança e do Adolescente o mesmo que a regra do direito penal mínimo é para a ordem jurídica penal, vale dizer, impõe a interpretação da aplicação da privação da liberdade ao adolescente infrator apenas e tão somente como última alternativa, e ainda desde que respeitados alguns requisitos, tais como a verificação: de circunstâncias efetivamente graves; da necessidade pela segurança social; da necessidade pela segurança do adolescente autor da infração; da necessidade como garantia da eficácia da medida pela socioeducação²⁷⁹.

O princípio da brevidade, ao seu turno, impõe a menor duração possível para a privação da liberdade, de modo que sua vigência aconteça estritamente no limite da necessidade. Destarte, repercute na fase da execução da medida socioeducativa de internação, impondo a reavaliação periódica a cada seis meses²⁸⁰.

²⁷⁶ CURY, Munir; *et alli*. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 337.

²⁷⁷ SPOSATO, Karyna Batista. *Op. cit.*, p. 128.

²⁷⁸ SPOSATO, Karyna Batista. *Op. cit.*, p. 128.

²⁷⁹ SPOSATO, Karyna Batista. *Op. cit.*, p. 134.

²⁸⁰ SPOSATO, Karyna Batista. *Op. cit.*, p. 134.

Quanto ao princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, se relaciona com a individualização da medida, considerando as características pessoais do adolescente infrator, bem como sua capacidade de cumprir a determinação judicial, para que o cumprimento da medida atenda às exigências legais de acompanhamento personalizado²⁸¹.

Na síntese de Antonio Carlos Gomes da Costa²⁸², na decisão e implementação da medida de internação, o princípio da brevidade funciona, na prática, como limite cronológico; o princípio da excepcionalidade se traduz no limite lógico no processo decisório de aplicação da medida; e o princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento do adolescente, deve ser considerado como limite ontológico.

De salientar, todavia, que quando as medidas socioeducativas não satisfizerem ou não completarem o tratamento psicossocial do adolescente infrator, é possível aplicar as medidas de proteção previstas no artigo 101, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

As medidas socioeducativas foram instituídas para auxiliar no desenvolvimento dos adolescentes infratores, garantindo-lhes o acesso à saúde, à educação, à cultura, à informação, ao lazer, à profissionalização, à convivência familiar e comunitária. No entanto, é preciso consignar que no sistema judicial brasileiro ainda são priorizadas as medidas socioeducativas mais severas, como as privativas de liberdade. Esse posicionamento demonstra claramente a força cultural dos preceitos do antigo Código de Menores que ainda permanecem latentes²⁸³.

Neste sentido, Josiane Rose Petry Veronse e Fernanda da Silva Lima²⁸⁴ destacam que “a problemática que envolve o ato infracional e a execução das medidas socioeducativas tem múltiplas causas e está vinculada a concepções obsoletas na forma como enfrentar/lidar com o adolescente autor de ato infracional”. De qualquer modo, todas as medidas socioeducativas devem ser norteadas pelo trinômio: liberdade, respeito e dignidade. Isso infere que a intervenção deve ser obrigatoriamente pedagógica e nunca como punição.

²⁸¹ SPOSATO, Karyna Batista. *Op. cit.*, p. 134-135.

²⁸² Antonio Carlos Gomes da Costa *apud* SPOSATO, Karyna Batista. *Op. cit.*, p. 135.

²⁸³ ROSA, Alexandre Morais da. **Direito infracional**: garantismo, psicanálise e movimento anti-terror. Florianópolis: Habitus, 2005. p. 39.

²⁸⁴ VERONESE, Josiane Rose Petry; LIMA, Fernanda da Silva. *Op. cit.*, p. 30.

A aplicação de medidas socioeducativas deve ser acompanhada de um serviço de orientação familiar, de assessoramento dos pais e do grupo familiar, os quais contribuirão como elementos de terapia social. Está plenamente comprovada a necessidade de uma família estável e harmoniosa para a formação da personalidade do adolescente. Os distúrbios ocasionados pelas carências ou falhas do grupo familiar, fonte geradora de condutas desviadas, necessitam de implementação ou ampliação de programas que visem estruturar e colocar em funcionamento os elementos idôneos desse grupo.

Por isso é que nos últimos tempos, aventa-se sobre o estabelecimento de organismos de índole conciliatória, dentro ou fora do âmbito do Poder Judiciário. Dentre os diversos sistemas alternativos conciliatórios de solução de controvérsias, a mediação entra em cena como instrumento de facilitação da comunicação, criando condições para o diálogo na solução de conflitos envolvendo adolescentes autores de atos infracionais.

O capítulo seguinte trata de um modelo de procedimento e das principais características operacionais de mediação voltado à solução de conflitos com adolescentes infratores, buscando subsídios para fundamentar a tese de que a mediação permite a resolução de conflitos de forma pacífica e integradora, suplantando em definitivo a visão penalista das medidas socioeducativas, assegurando a prática dos direitos fundamentais da pessoa humana e dos direitos próprios e especiais dos adolescentes, devido à sua condição de pessoa em desenvolvimento.

3 TEORIA GERAL DA MEDIAÇÃO E MEDIAÇÃO PENAL

Os conflitos são comuns e salutares em todas as relações sociais. A forma pela qual são geridos é que precisam de atenção especial. Na busca de instrumentos para melhor administrar e resolver suas diferenças, o ser humano tem tentado desenvolver procedimentos com mais eficiência e menos sofrimentos.

Neste capítulo trata-se da teoria geral da mediação, defendendo-a como importante instrumento alternativo de gestão de conflitos, para, no capítulo seguinte, analisar sua aplicação com adolescentes autores de atos infracionais.

3.1 Conceito de mediação

A mediação é um procedimento extrajudicial de negociação, onde um terceiro, alheio à controvérsia, ajuda as partes a solucionar o impasse de maneira mutuamente satisfatória. Qualquer acordo que cheguem as partes é formalizado por meio de um contrato.

O termo “mediação” decorre da expressão em latim *mediare*, que significa mediar, dividir em partes iguais, dividir ao meio, ou intervir. Com efeito, a mediação que indica “o ato ou efeito de mediar, intercessão, intervenção, intermédio e interposição”²⁸⁵, se apresenta como um procedimento pacífico de solução de conflitos ou uma forma amigável e colaborativa de gestão das controvérsias que busca a melhor solução pelas próprias partes. Trata-se de um “procedimento em que não há adversários, no qual um terceiro neutro ajuda as partes a se encontrarem para chegar a um resultado mutuamente aceitável, a partir de um esforço estruturado” no intuito de “facilitar a comunicação entre os envolvidos”²⁸⁶.

²⁸⁵ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008. p. 207.

²⁸⁶ MORAES, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à Jurisdição**. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 126-127.

A mediação é uma prática não terapêutica que vem sendo largamente difundida, mundialmente, e obtendo bons resultados. Na definição de Petrônio Calmon²⁸⁷ a mediação é a:

[...] intervenção de um terceiro imparcial na negociação entre os envolvidos no conflito, facilitando o diálogo ou incentivando o diálogo inexistente, com vistas a que as próprias partes encontrem a melhor forma de acomodar ambos os interesses, resolvendo não somente o conflito latente, quanto a própria relação antes desgastada, permitindo sua continuidade pacífica.

Por sua credibilidade, comprometimento e sigilo, o mediador tem como principal função tentar estabelecer um ponto de equilíbrio na controvérsia²⁸⁸, por intermédio da facilitação da comunicação.

O mediador nada tem a ver com a disputa, considera com imparcialidade os interesses dos mediados, estabelecendo pontos de comunicação entre eles e os conduz até um acordo justo e perdurável.

Para ser mediador é preciso ser uma pessoa madura, altamente capacitada, detentora da vocação conciliatória e espírito de justiça, pois somente assim seus laudos ou resoluções serão a transcrição da equidade e da boa-fé²⁸⁹.

Os mediados, então, são as pessoas físicas ou morais que depois de haver estabelecido uma relação de variada natureza entram em conflito e se submetem ao procedimento de mediação buscando uma solução justa e duradoura para a desavença.

O acordo é o resultado final ao qual se espera que cheguem os disputantes, por meio do procedimento de mediação e que representa um desenlace satisfatório para ambos.

No entendimento de Lília Maia de Moraes Sales²⁹⁰ a mediação de conflitos é um procedimento “através do qual uma terceira pessoa age no sentido de encorajar

²⁸⁷ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 96.

²⁸⁸ MAIA NETO, Francisco. **Arbitragem: a solução extrajudicial de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 18.

²⁸⁹ “Artigo 9º: pode ser mediador qualquer pessoa capaz, de conduta ilibada e com formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito, nos termos desta Lei” (CÂMARA, Projetos de Lei e outras Proposições. **Emenda do Senado - EMS de 12 de julho de 2006**: Emenda do Senado - EMS ao Projeto de Lei nº 4.827-C, de 1998. Substitutivo do Senado ao Projeto de Lei da Câmara nº 94, de 2002 (Projeto de Lei do Senado 4.827, de 1998) que “institucionaliza e disciplina a mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos na esfera civil. Dispõe que a mediação paraprocessual nos conflitos de natureza civil será prévia ou incidental. Altera a Lei nº 5.869, de 1973. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br>>. Acesso em: 05 set. 2012. p. 1).

e facilitar a resolução de uma disputa, evitando antagonismos, porém sem prescrever a solução”. A partir do momento em que se oferece liberdade às partes para que solucionem seus próprios conflitos, o mediador passa não apenas a ajudar na solução de conflitos, mas a preveni-los. amenizando a discórdia e facilitando o diálogo e a comunicação. É que o ressentimento muitas vezes acaba cegando os antagonistas que não conseguem ver nada de bom na relação em conflito. Nas suas palavras:

No momento em que se entende a mediação como criadora de comunicação entre as partes e ainda apresentando-as como responsáveis pela solução do conflito, percebe-se que a mediação ultrapassa a solução de conflitos: ela passa a preveni-los. O processo de mediação apresenta grande complexidade, sendo difícil delimitar seus objetivos principais²⁹¹.

Nas palavras de Márcia Terezinha Gomes Amaral²⁹², a mediação:

É um método não adversarial no qual o resultado do conflito é o “ganha-ganha” e não o “ganha-perde” do processo tradicional - adjudicação. Apresenta a vantagem de resolver a questão de forma integral e não apenas a lide processual, além de ser um método rápido, barato e eficaz, contribuindo para um efetivo acesso à Justiça. Contudo, a mediação não é apenas um mecanismo alternativo de resolução de controvérsias, podendo atuar preventivamente, isto é, antes que surja o conflito, no sentido de educar as pessoas para solucionar seus próprios conflitos, promovendo uma mudança nos relacionamentos sociais, e realizando a pacificação social

No mesmo sentido é a opinião de Karl A. Slaikeu²⁹³, quando afirma que “a mediação é frequentemente identificada com resultados de ganho-ganho, ao passo que evitar conflitos, recorrer à autoridade e a jogos de poder são associados a resultados de ganho-perda ou perda-perda”. Destarte:

[...] no cerne de resultados ganho-ganho estão soluções integrativas, o que implica que o plano final de ação leva em consideração elementos que visam a honrar os interesses de ambos os lados. O plano de ação atende a todos ou, mais precisamente, inclui aspectos para acomodar os interesses de cada lado. [...]. Utilizando-se dessa análise, a mediação pode oferecer soluções que, para leigos, assemelham-se a mágica, pois as dificuldades inerentes a uma barganha de posições são contornadas. Enquanto a

²⁹⁰ SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 23; 26.

²⁹¹ SALES, Lília Maia de Moraes. *Op. cit.*, p. 37.

²⁹² AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. **O direito de acesso à Justiça e a mediação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 89.

²⁹³ SLAIKEU, Karl A. **No final das contas**: um manual prático para mediação de conflitos. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 26.

mediação é vista como uma abordagem baseada em interesses, uma solução integrativa será definida como aquela que atende a três aspectos: honrar, ou pelo menos não violar, os interesses principais das partes envolvidas; adequar-se a uma gama de outros fatores (como a legislação aplicável ou regras organizacionais); e ser melhor do que a melhor alternativa à negociação²⁹⁴.

Para Márcia Terezinha Gomes Amaral²⁹⁵ a “utilização de técnicas especiais, induz as pessoas em litígio a encontrar soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem seus relacionamentos, sendo, o acordo, mera consequência do diálogo entre as partes”. A mediação é o método “mais apropriado para resolver conflitos advindos de relações de múltiplos vínculos, tais como os familiares, de amizade, de vizinhança, uma vez que através desse processo é possível preservar os demais vínculos”.

A mediação, enquanto espécie do gênero “justiça consensual”, é definida por Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler²⁹⁶ como:

[...] a forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. Trata-se de um processo no qual uma terceira pessoa - o mediador - auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final trata o problema com uma proposta mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito.

Dito de outro modo seria, a mediação, a interferência, em uma negociação ou em um conflito, de um terceiro com poder de decisão limitado ou não autoritário, com a importante missão de restabelecer a comunicação, auxiliando as partes envolvidas a chegarem a um acordo aceitável com relação às questões em dissenso²⁹⁷.

Para Carlos Eduardo de Vasconcelos²⁹⁸ a mediação “é um meio geralmente não hierarquizado de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, com a colaboração de um terceiro, o mediador” (apto, imparcial, independente e livremente escolhido ou aceito) “expõem o problema, são escutadas e questionadas, dialogam construtivamente e procuram identificar os interesses comuns, opções e,

²⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 26.

²⁹⁵ AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. *Op. cit.*, p. 94.

²⁹⁶ MORAES, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Op. cit.*, p. 133.

²⁹⁷ MORAES, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Op. cit.*, p. 133.

²⁹⁸ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008. p. 36.

eventualmente, firmar um acordo”. Cabe ao mediador “colaborar com os mediandos para que pratiquem uma comunicação construtiva e identifiquem seus interesses e necessidades comuns”. Na definição de Chistopher W. Moore²⁹⁹:

Além de lidar com questões fundamentais, a mediação pode também estabelecer ou fortalecer relacionamentos de confiança e respeito entre as partes ou encerrar relacionamentos de uma maneira que minimize os custos e os danos psicológicos.

Para a obtenção de tal intento, as técnicas são variadas, mas o núcleo principal é a “provocação da reflexão dos indivíduos, muitas vezes fazendo perguntas pertinentes sobre o objeto litigioso e outros elementos relevantes para o deslinde da questão”. Com efeito, a regra básica da comunicação fundamental na mediação “é escutar com atenção, interrogar para saber mais e ir resumindo o que compreendeu para esclarecer pontos importantes do conflito. O mediador não impõe decisões, mas dirige as regras de comunicação entre as partes”³⁰⁰.

Enfim, a mediação é considerada uma técnica ou método multidisciplinar, porque envolve várias áreas do saber, como a antropologia, a filosofia, a sociologia, a psicologia, a pedagogia, a medicina, a comunicação social, a administração, entre outras, por meio da qual “duas ou mais pessoas, que estão em conflito consciente ou inconsciente, recorrem a um mediador, capacitado, neutro e imparcial, para obterem num espaço curto de tempo e a baixos custos uma solução aceitável e amigável para ambos”³⁰¹.

Nos acordos entre os mediandos, “os fatores emocionais, determinantes para os resultados da mediação, constituem a moeda, de troca, o capital emocional”³⁰².

²⁹⁹ MOORE, Chistopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para resolução de conflitos. 2. ed. Tradução de Magna França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 28.

³⁰⁰ TARTUCE, Fernanda. *Op. cit.*, p. 208.

³⁰¹ *Idem, ibidem*, p. 83.

³⁰² “Capital emocional é o valor subjetivo que os fatores emocionais apresentam para cada um dos envolvidos na mediação. O capital emocional pode ser positivo, quando os valores correspondem a emoções positivas: amor, compaixão, afeto; ou negativo, quando esses valores correspondem a emoções negativas: raiva, desprezo, medo etc. Quanto maior o capital emocional positivo, mais recursos estarão disponíveis para que as pessoas animem-se a ceder ou conceder, qualitativa ou quantitativamente, para a celebração de um acordo. A mediação trabalha com os recursos disponíveis, em vez de se concentrar nas deficiências que dominam o pensamento inicial dos litigantes. [...]. O conceito de capital emocional é fundamental para se entender o poder da mediação. Quanto mais um indivíduo investe capital emocional em um acordo, tanto maior será a sua satisfação com o resultado e a responsabilidade com que assumirá a decisão tomada. A satisfação interior constitui os juro que o capital emocional agrega continuamente, a cada vez que os relacionamentos ocorrem; portanto, o capital emocional aumenta e se fortalece com os bons resultados. O mediador identifica a presença e a dimensão do capital emocional que cada um dos mediandos dispõe para

Com a contribuição do mediador, as partes “buscarão compreender as fraquezas e fortalezas de seu problema, a fim de tratar o conflito de forma satisfatória”, e elas se apropriam do poder de gerenciar seus conflitos, diferindo-se da tradicional jurisdição do Estado³⁰³.

Um mediador eficiente é aquele capaz de “analisar e avaliar situações críticas e planejar intervenções eficazes para lidar com as causas do conflito”. Como os conflitos “não vêm em pacotes arrumados, com suas causas e componentes rotulados para que o interventor saiba como responder criativamente a eles”, ao contrário, “as causas estão, em geral, obscuras e encobertas pela dinâmica das interações entre as partes”, o mediador precisa identificar as razões do conflito e as barreiras ao acordo para, então, indicar os procedimentos para administrar ou resolver o conflito³⁰⁴.

É preciso ter em linha de conta que a maioria dos conflitos tem causas múltiplas, sendo que a tarefa principal do mediador, e também dos participantes de uma disputa, é identificar as causas específicas e agir para lidar com elas. O mediador e os litigantes realizam isso por meio de uma experiência de tentativa e erro, onde “levantam e testam hipóteses sobre as fontes do conflito”³⁰⁵.

Ao tratar da construção das hipóteses e intervenções do mediador, Christopher W. Moore³⁰⁶ explica que primeiro o mediador deve dialogar com as partes, em conjunto ou individualmente, para observar e identificar elementos das percepções, dos atos, dos padrões de comunicação ou de interação das partes que estejam produzindo um relacionamento negativo ou ocultando um relacionamento positivo. Desse modo, o mediador tenta determinar se a raiz do conflito está na falta de informações, na má informação, na maneira pela qual os dados são coletados ou nos critérios pelos quais são avaliados. Em seguida identifica os interesses compatíveis e os conflitantes, ao mesmo tempo em que explora as eventuais causas estruturais do conflito, como, por exemplo, as diferenças quanto à autoridade ou aos recursos, ou os impactos do tempo. Por fim, o mediador apura as semelhanças e as diferenças nos valores defendidos pelos indivíduos.

investir e atua para que eles adquiram essa compreensão. Por exemplo, na guarda de filhos, o capital emocional é representado pela felicidade, saúde, segurança e perspectivas futuras das crianças, cujo valor cada um dos mediandos, subjetivamente, estabelece” (FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. *Op. cit.*, p.58-59).

³⁰³ MORAES, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Op. cit.*, p. 134.

³⁰⁴ MOORE, Chistopher W. *Op. cit.*, p. 61.

³⁰⁵ MOORE, Chistopher W. *Op. cit.*, p. 61.

³⁰⁶ MOORE, Chistopher W. *Op. cit.*, p. 61.

De posse dessas informações, o mediador tenta identificar as causas principais da contenda e em seguida desenvolve uma estratégia para abordar os problemas enfrentados pelos disputantes e constrói um planejamento para a sequência das atividades interventivas. Cada intervenção funciona como um teste de confirmação ou não da hipótese previamente levantada. Se o efeito desejado não for alcançado, o mediador rejeita a abordagem e tenta outra (tentativa e erro). Ressalte-se que “o ciclo de construção e testagem de hipóteses é o processo básico da intervenção (mediação) e da resolução de conflito”³⁰⁷.

A principal distinção da negociação em relação aos outros métodos de resolução de conflitos extrajudiciais é a “presença dos conteúdos emocionais no desenho do acordo”, por isso se sobressai o caráter de “gestão” ao invés de “solução”³⁰⁸.

Trata-se, portanto, de um meio de gestão de conflitos. Consiste, desse modo, no método mais recomendável para situações de desavenças crônicas, com envolvimento emocional e necessidade de preservação dos relacionamentos, sendo extremamente eficaz quando corretamente utilizado. É uma nova visão dos fatos, uma nova maneira de se comportar, decorrente do aprendizado proporcionado pela orientação do mediador, não se tratando de intuição ou mesmo terapia de grupo.

Cabe ao mediador observar o comportamento dos participantes para orientá-los no sentido de que aprendam a “gerenciar suas dificuldades de maneira construtiva e racional”, tendo em vista que mais importante do que celebrar um acordo é aprender novos conceitos e comportamentos³⁰⁹.

A mediação será bem sucedida se as partes construírem, com a ajuda do mediador que promove o restabelecimento do diálogo, uma decisão ponderada, eficaz e satisfatória para todos os envolvidos. Demanda, com efeito, “um complexo posicionamento do mediador em relação aos conteúdos emocionais presentes no processo; ele deve considerá-los sem assumir outras funções (conselheiro, professor, psicólogo, advogado) às quais pode, facilmente, ser conduzido”. Aplica-se às situações em que se evidenciam componentes emocionais crônicos e a

³⁰⁷ MOORE, Christopher W. *Op. cit.*, p. 64.

³⁰⁸ FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. *Op. cit.*, p. 59.

³⁰⁹ FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. *Op. cit.*, p. 60.

necessidade ou conveniência da continuidade do relacionamento entre os envolvidos.

É possível que novas questões surjam no decorrer do processo de mediação, ou seja, “o resultado final da mediação pode ser muito diferente do que as partes inicialmente desejaram”. Ademais, “as partes podem atingir um consenso sobre um ou mais pontos e ainda permanecerem em um impasse a respeito de outros” e “nesse caso podem optar por conviver com o impasse ou levar as questões restantes para decisão de uma autoridade ou um juiz”³¹⁰.

Na mediação os mediandos não são adversários, mas adotam a postura de atuar como corresponsáveis na solução do conflito, contando, para tanto, com a colaboração de um terceiro mediador. Por isso se diz que a mediação e a conciliação são procedimentos “não adversariais de solução de disputas”, diferentemente dos processos adversariais, que são aqueles em que “um terceiro decide quem está certo, a exemplo dos processos administrativos, judiciais ou arbitrais”³¹¹.

Existem pelo menos dois tipos diferentes de mediação: satisfativa (acordo) e transformativa (transformação). A mediação focada no acordo, chamada de satisfativa ou de conciliação, prioriza o problema concreto e busca o acordo. Já os modelos centrados na relação, denominados de mediação circular-narrativa e mediação transformativa, “priorizam a transformação do padrão relacional, por meio da comunicação, da apropriação e do reconhecimento”³¹².

O modelo de mediação satisfativa, fundado no acordo e baseado em princípios, serve de inspiração para o andamento processual de todos os modelos de mediação. O procedimento tem início com a apresentação das partes e do mediador, seguida das explicações sobre o que é a mediação e como se processa. Os mediandos, então, narram os fatos e as desavenças e são questionados. O mediador direciona o debate para que os envolvidos consigam entender o problema e chegar a um acordo baseado na realidade que eles mesmo apresentam. Sempre que necessário para facilitar o desbloqueio de impasses, o mediador pode realizar reuniões em separado³¹³.

³¹⁰ SLAIKEU, Karl A. *Op. cit.*, p. 26.

³¹¹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Op. cit.*, p. 36.

³¹² VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Op. cit.*, p. 36.

³¹³ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Op. cit.*, p. 78.

Como modelos de mediação centrados na relação, e não diretamente no acordo, tem-se a mediação circular-narrativa e a mediação transformativa. No caso do modelo circular-narrativo, fundado na arte da conversação, o acordo é secundário e decorre da troca de informações pelos mediandos, do diálogo, da comunicação.

Já a mediação transformativa, que também focaliza a relação e não propriamente o acordo, não se trata, especificamente, de um novo modelo de mediação, mas da modernização do instituto. A mediação baseada no acordo é tida como “mediação tradicional” enquanto que a mediação focada na relação é a forma contemporânea de levar a cabo a mediação.

A mediação transformativa busca seus procedimentos nas experiências anteriores, na medida em que acolhe técnicas de mediação satisfativa, porém, também acolhe elementos da ciência contemporânea como a intersubjetividade, a autodeterminação e o reconhecimento, no sentido da realização da compreensão integradora.

A meta do modelo transformativo de mediação é permitir que os envolvidos no conflito superem suas posições iniciais pela capacitação ou autoafirmação, o que se dá pela superação dos bloqueios emocionais responsáveis pelo comprometimento da comunicação.

3.2 Acabouço histórico-jurídico da mediação no Brasil

O instituto da mediação é um instrumento alternativo de solução de conflitos que surge não apenas como uma proposta para desafogar o Poder Judiciário, mas, sobretudo, para promover uma mudança no paradigma do direito processual brasileiro, uma vez que pretende superar a visão autoritária do processo tradicional que só é reconhecido pela população quando desenvolvido pelo Estado-juiz.

Com a instauração do método da mediação, pretende-se concretizar verdadeira mudança na cultura jurídica brasileira, reconstruindo o direito com base mais no diálogo que na imposição de normas inflexíveis. É preciso ter em linha de conta que o direito contemporâneo é plural, e não mais individualista, está

conectado aos demais saberes, e busca estabelecer métodos mais harmônicos e eficazes para a solução dos litígios³¹⁴.

A exemplo das demais formas de resolução extrajudicial de conflitos, a mediação não constitui um fenômeno novo, na verdade sempre existiu e passa a ser redescoberta em meio a uma crise profunda dos sistemas judiciários de regulação dos litígios. No cenário brasileiro, por exemplo, assiste-se não só a uma crise estrutural (instalações), funcional (pessoal), substancial (métodos) do Poder Judiciário, como a uma crise generalizada nas instituições (crise na educação, saúde, previdência social, economia)³¹⁵.

Na constatação de Jean Carlos Lima³¹⁶ a mediação não é um método de resolução de conflitos da modernidade, mas vem de muito tempo, informando que dentre as civilizações antigas, os fenícios e os gregos reconheciam o mediador como *proxanetas* e faziam uso da mediação no comércio e os romanos reconheceram a aplicação da mediação por lei, chamando o mediador de *internuncius, médium, intercessor, philanthropus, interpolator, conciliador, interlocutor, interpres e mediador*.

Os romanos frequentemente utilizavam a mediação para solucionar seus conflitos e a regulamentaram já na época do Digesto de Justiniano, escrito entre 530 a 533 d.C.³¹⁷.

O mestre chinês Confúcio (551 - 479 a.C.) já ensinava que a melhor maneira de resolver um conflito não é a coação, mas o acordo³¹⁸.

Nas comunidades antigas do Japão e da África, os membros mais respeitados ajudavam as pessoas a resolverem seus conflitos³¹⁹.

O processo de mediação também foi empregado em diversos seguimentos religiosos, como no judaísmo, na cultura Islâmica e clero cristão que durante a Idade Média (476 - 1453 d.C.)³²⁰.

No Brasil existe apenas legislação específica sobre a mediação no que se refere à matéria trabalhista, inserida nas negociações individuais e coletivas, como

³¹⁴ FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila (org.). **A crise do conhecimento jurídico**: perspectivas e tendências do direito contemporâneo. Brasília: OAB Editora, 2004. p. 07-08.

³¹⁵ MORAES, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Op. cit.*, p. 134.

³¹⁶ LIMA, Jean Carlos. **Curso de mediação de conflitos**: teoria geral e prática – o manual do mediador. São Paulo Livronovo, 2009. p. 81-82.

³¹⁷ LIMA, Jean Carlos. *Op. cit.*, p. 81-82.

³¹⁸ LIMA, Jean Carlos. *Op. cit.*, p. 81-82.

³¹⁹ LIMA, Jean Carlos. *Op. cit.*, p. 81-82.

³²⁰ LIMA, Jean Carlos. *Op. cit.*, p. 81-82.

se extrai dos artigos 9º, 444 e 468, da Consolidação das Leis do Trabalho³²¹, *in verbis*:

Artigo 9º: serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação. [...]. Artigo 444: as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes. [...]. Artigo 468: nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. Parágrafo único: não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança³²².

Bem como outros atos normativos reguladores da mediação de conflitos na área trabalhista, como os que seguem:

Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001, que dispõe sobre as medidas complementares ao Plano Real e dá outras providências (reajuste de salário, negociação coletiva e dissídio coletivo); Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000, que trata da participação dos trabalhadores nos lucros e resultados da empresa e dá outras providências; Decreto nº 1.256, de 29 de setembro de 1994 que promulga a Convenção nº 154, da Organização Internacional do Trabalho, sobre o incentivo à negociação coletiva, concluída em Genebra, em 19 de junho de 1981; Decreto nº 1.572, de 28 de julho de 1995, que regulamenta a mediação na negociação coletiva de natureza trabalhista e dá outras providências; Portaria nº 817, de 30 de agosto de 1995, do Ministério do Trabalho, que estabelece critérios para a participação do mediador nos conflitos de negociação coletiva de natureza trabalhista; Portaria nº 818, de 30 de agosto de 1995, que estabelece critérios para o credenciamento do mediador perante as delegacias regionais do trabalho; Portaria nº 3.122, de 05 de julho de 1988, que versa sobre mediação nos conflitos individuais e coletivos do trabalho; Portaria nº 865, de 14 de setembro de 1995, que estabelece critérios de fiscalização de condições de trabalho constantes de convenções ou acordos coletivos de trabalho; Instrução Normativa do Tribunal Superior do Trabalho - TST nº 04, de 08 de junho de 1993, que uniformiza o procedimento nos dissídios de natureza econômica no âmbito da Justiça do Trabalho; Instrução de Serviço SRT/IEM nº I, de 17 de junho de 1999, que baixa as orientações normativas na área de relações do trabalho, através de ementários³²³.

³²¹ SALES, Lília Maia de Moraes. *Op. cit.*, p. 128.

³²² BRASIL, Legislação. **Decreto-lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 25 ago. 2012.

³²³ SALES, Lília Maia de Moraes. *Op. cit.*, p. 129-130.

Conforme Lília Maia de Moraes Sales³²⁴, o modelo de mediação trabalhista brasileiro é compreendido sob quatro perspectivas: 1) a possibilidade da existência de mediadores públicos (servidos do Ministério do Trabalho - gratuito) e privados (escolha das partes - poderá cobrar honorários); 2) o caráter obrigatório (compulsoriedade do artigo 616, da Consolidação das Leis do Trabalho) ou facultativo da mediação (escolha consensual); 3) a tentativa da mediação como condição para o ingresso de ação de dissídio coletivo (a representação do interessado deverá conter a comprovação da tentativa de negociação e a justificação das causas que impossibilitaram a composição do conflito) e 4) a mediação de conflitos individuais e coletivos (vide Portaria do Ministério do Trabalho nº 3.122, de 05 de julho de 1988, que versa sobre mediação nos conflitos individuais e coletivos do trabalho).

Na previsão normativa do artigo 616, da Consolidação das Leis do Trabalho, *in verbis*:

Artigo 616: os sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva. Parágrafo 1º: verificando-se recusa à negociação coletiva, cabe aos Sindicatos ou empresas interessadas dar ciência do fato, conforme o caso, ao Departamento Nacional do Trabalho ou aos órgãos regionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social, para convocação compulsória dos Sindicatos ou empresas recalcitrantes. Parágrafo 2º; no caso de persistir a recusa à negociação coletiva, pelo desatendimento às convocações feitas pelo Departamento Nacional do Trabalho ou órgãos regionais do Ministério de Trabalho e Previdência Social, ou se malograr a negociação entabuada, é facultada aos Sindicatos ou empresas interessadas a instauração de dissídio coletivo. Parágrafo 3º: havendo convenção, acordo ou sentença normativa em vigor, o dissídio coletivo deverá ser instaurado dentro dos 60 (sessenta) dias anteriores ao respectivo termo final, para que o novo instrumento possa ter vigência no dia imediato a esse termo. Parágrafo 4º: nenhum processo de dissídio coletivo de natureza econômica será admitido sem antes se esgotarem as medidas relativas à formalização da Convenção ou Acordo correspondente³²⁵.

Para os outros ramos do direito, a exemplo do direito da criança e do adolescente, objeto deste estudo, ainda não foi editado texto normativo específico que estabeleça ou regulamente a mediação³²⁶. Existem alguns projetos em

³²⁴ SALES, Lília Maia de Moraes. *Op. cit.*, p. 130-131.

³²⁵ BRASIL, Legislação. **Decreto-lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943**. *Op. cit.*, p. 01.

³²⁶ SALES, Lília Maia de Moraes. *Op. cit.*, p. 131.

tramitação³²⁷ referentes à matéria da mediação na área civil, com destaque para o Projeto de Lei nº 4.827, de 1998, que foi apresentado em 10 de novembro de 1998 à Câmara dos Deputados pela Deputada Zulaiê Cobra, depois enviado ao Senado Federal, lá recebendo o nº 94 de Projeto de Lei iniciado na Câmara - PLC, de 02 de dezembro de 2002, o qual acabou alterado pela Emenda Substitutiva do Senado aprovada em 11 de julho de 2006, depois reenviada a Câmara dos Deputados em 13 de julho de 2006, através do Ofício nº 1.312, de 12 de julho de 2006, do Senado Federal. Desde 12 de julho de 2011 encontra-se pronta para pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania - CCJC da Câmara dos Deputados Federais.

Na Câmara dos Deputados, a Emenda Substitutiva do Senado, com o Projeto originário em anexo, encontra-se sob a rubrica de “Emenda Substitutiva do Senado ao Projeto de Lei de iniciativa da Câmara nº 4.827, de 1998” (EMS-PL nº 4.827, de 1998), sendo relator o Deputado José Eduardo Martins Cardozo o qual inclusive já apresentou o seu Parecer e Relatório referentes ao Substitutivo do Senado opinando pela sua adequação formal e material aos requisitos constitucionais do processo legislativo³²⁸.

A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania - CCJC, do Senado Federal, decidiu no parecer de Pedro Simon³²⁹, emitido em 2006, com as considerações precedentes de que ressaltam a constitucionalidade, juridicidade, oportunidade e conveniência da proposta, pela aprovação do Projeto de Lei da Câmara nº 94, de 2002 (nº 4.827, de 1998, na origem), na forma da Emenda Substitutiva do Senado ao Projeto de Lei de iniciativa da Câmara nº 4.827, de 1998.

O Projeto de Lei nº 4.827, de 1998, tinha como ementa originária a seguinte: “institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos”, que foi substituída nos termos atuais pela Emenda Substitutiva do Senado: “institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos na esfera civil, e dá outras providências”.

³²⁷ Por exemplo: Projeto de Lei nº 1.345, de 26 de junho de 2003; Projeto de Lei nº 2.960, de 11 de fevereiro de 2004; Projeto de Lei nº 4.948, de 23 de março de 2005; Projeto de Lei nº 505, de 20 de março de 2007.

³²⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria geral da mediação à luz do Projeto de Lei e do direito comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 03.

³²⁹ SIMON, Pedro (relator). **Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, de 2006**: sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 94, de 2002 (Projeto de Lei nº 4.827, de 1998, na Casa de origem), que institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 29 ago. 2012. p. 01.

Com efeito, o Projeto de Lei nº 4.827, de 1998, que em seu texto original contemplava a possibilidade de mediação em toda matéria que a lei civil ou penal admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem, agora pretende institucionalizar e disciplinar a mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos apenas na esfera civil.

A Emenda Substitutiva do Senado ao Projeto de Lei de iniciativa da Câmara nº 4.827, de 1998, “institui e disciplina a mediação paraprocessual nos conflitos de natureza civil” (artigo 1º) e entende como “lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem” (artigo 4º) e poderá “versar sobre todo o conflito ou parte dele” (artigo 5º).

A proposta em tramitação classifica a mediação em judicial ou extrajudicial e prévia ou incidental: “artigo 3º: a mediação paraprocessual será prévia ou incidental, em relação ao momento de sua instauração, e judicial ou extrajudicial, conforme a qualidade dos mediadores”. Também contempla a formação e seleção dos mediadores, trazendo linhas gerais sobre o Registro de Mediadores (artigo 11), que dará aos interessados e à sociedade a necessária segurança para eleger mediadores, com a garantia de que a pessoa ou instituição escolhida goza de reputação ilibada e vasta experiência na atividade.

O Projeto de Lei nº 4.827, de 1998, em sua última versão, de 12 de julho de 2006, possui 47 artigos estruturados em seis capítulos, tratando:

a) das modalidades de mediação (artigos 1º a 8º): define a atividade de mediação, e estabelece suas modalidades em prévia ou incidental e judicial ou extrajudicial, assentando que será sempre sigilosa, salvo convenção das partes, que o termo de transação lavrado pelo mediador e assinado por ele e pelos interessados poderá ser homologado pelo juiz e consistirá em título executivo judicial e que, a pedido de qualquer um dos interessados, o termo de mediação obtido na mediação prévia ou incidental poderá ser homologado pelo juiz, caso em que terá eficácia de título executivo judicial;

b) dos mediadores (artigos 9º-16): traz a disciplina jurídica dos mediadores, assentando quem pode ser mediador judicial, extrajudicial e comediador, outorgando atribuições à Ordem dos Advogados do Brasil, aos Tribunais de Justiça dos Estados e às instituições especializadas previamente credenciadas pelos Tribunais de Justiça para treinar e selecionar candidatos à função de mediador. Este é “o ponto sensível para o sucesso da mediação, pois é fundamental a habilidade pessoal do

mediador para apaziguar os ânimos e buscar uma solução consensuada do conflito”³³⁰. Outrossim, equipara os mediadores, quando no exercício de suas atribuições, aos funcionários públicos para fins penais e aos auxiliares da justiça, para todos os fins, impondo-lhes os deveres de imparcialidade, independência, aptidão, diligência e confidencialidade;

c) do registro dos mediadores e da fiscalização e controle da atividade de mediação (artigos 17-28): trata do registro de mediadores, mantido pelos Tribunais de Justiça, a quem caberá normatizar o processo de inscrição dos mediadores que atuarão no âmbito de sua jurisdição. Ademais, impõe aos Tribunais de Justiça a sistematização dos dados dos mediadores e a sua publicação para fins estatísticos. Neste ponto torna inscrição no registro de mediadores obrigatória para o exercício da atividade de mediação, seja judicial ou extrajudicial. Além disso, com o controle do registro de mediadores pelo Tribunal de Justiça do Estado, será possível punir efetivamente os mediadores que apresentarem desvios de conduta e bani-los do exercício da atividade de mediação, impedindo que maus mediadores inviabilizem a incorporação da mediação na cultura dos brasileiros. Ainda descreve a forma de fiscalização e controle da atividade de mediação. Arrola hipóteses de impedimento dos mediadores e condutas passíveis de censura, trazendo linhas gerais sobre o processo administrativo a que se submeterão os mediadores. Outrossim, enumera as hipóteses de exclusão do registro de mediadores e a cláusula de vedação de recadastramento do mediador excluído por conduta inadequada, em qualquer local do território nacional;

d) da mediação prévia (artigos 29-33): determina que o interessado poderá optar pela mediação prévia judicial ou extrajudicial. Na mediação prévia judicial, obtido ou não o acordo o mediador lavrará o termo de mediação, descrevendo detalhadamente todas as cláusulas do mesmo ou consignando a sua impossibilidade. Já a mediação prévia extrajudicial, a critério dos interessados, ficará a cargo de mediador independente ou daquele ligado à instituição especializada em mediação. Em razão da natureza e complexidade do conflito, o mediador judicial ou extrajudicial, ao seu critério ou a pedido de qualquer das partes, prestará seus serviços em regime de comediação com profissional especializado em outra área que guarde afinidade com a natureza do conflito.

³³⁰ SIMON, Pedro (relator). **Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, de 2006.** *Op. cit.*, p. 01.

e) da mediação incidental (artigos 34-40): torna obrigatória a tentativa de mediação incidental. Neste sentido, a obrigatoriedade da mediação incidental pode ter o condão de estimular a autocomposição e desafogar as varas de primeira instância; e

f) das disposições finais (artigos 41-47): estatui que a atividade do mediador seja sempre remunerada e estabelece o prazo de cento e oitenta dias para os Tribunais de Justiça expedir as normas regulamentadoras que viabilizem o início das atividades.

Além do Projeto de Lei nº 4.827, de 1998, ainda sobre a regulamentação da mediação de conflitos no Brasil, no dia 17 de setembro de 2003 foi realizada uma audiência pública no Ministério da Justiça convocada pelo Secretário de Reforma do Poder Judiciário, Sérgio Rabello Tamm Renault, sobre “mediação e outros meios pacíficos de solução de conflitos”. Nessa audiência foi apresentada uma proposta de fusão do Projeto de Lei nº 4.827, de 1998, com o Anteprojeto de Lei elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e Escola Nacional de Magistratura³³¹.

Porém, até o momento ainda não foi editada nenhuma lei brasileira tratando da mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos, nem na esfera civil nem na penal.

Porém, a prática da mediação tomou impulso no Brasil com a criação de centros de arbitragem a partir da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que ocasionou a abertura dessas instituições à mediação, que floresceu em todo o país, cultivada por instituições e entidades especializadas em mediação e por mediadores independentes.

Embora próximas, por tenderem ambas à autocomposição (apartando-se da arbitragem, que é um meio de heterocomposição de controvérsias, em que o juiz privado substitui o juiz togado), conciliação e mediação distinguem-se porque, na conciliação, depois de ouvir os contendores, o conciliador sugere a solução consensual do litígio, enquanto que na mediação o mediador trabalha mais a controvérsia, fazendo com que os interessados descubram as suas causas, removam-nas e cheguem assim, por si só, à prevenção ou solução do conflito.

Nas últimas décadas, a mediação está se expandindo rapidamente no Brasil, tendo sido já implementada em vários Estados-membros, nas modalidades de

³³¹ SALES, Lília Maia de Moraes. *Op. cit.*, p. 132.

mediação comunitária ou paraprocessual, sendo que em alguns locais os programas são realizados pelo setor público e outros pelo setor privado.

Segundo Márcia Terezinha Gomes Amaral³³², esses programas têm pelo menos três objetivos fundamentais: a) desafogar o Poder Judiciário da grande quantidade de processos, garantindo uma melhor prestação jurisdicional e um amplo acesso à Justiça; b) promover o fortalecimento da consciência de cidadania, desenvolvendo a capacidade nas pessoas de resolverem seus próprios conflitos; e, c) promover a pacificação social.

Na área civil, aguarda-se a aprovação e publicação da lei de mediação para que esse novo método tenha a possibilidade de se desenvolver plenamente, contribuindo com o tão necessário estabelecimento da cultura da resolução consensual de conflitos.

Na esfera penal, o Projeto de Lei nº 7.006, de 2006³³³, de autoria da Comissão de Legislação Participativa, e que está aguardando designação de relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania - CCJC desde 01 de abril de 2011, pretende propor alterações no Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal)³³⁴, do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)³³⁵, e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais)³³⁶, para facultar o uso de procedimentos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais.

O Projeto de Lei nº 7.006, de 2006 define o “procedimento de justiça restaurativa” como:

[...] o conjunto de práticas e atos conduzidos por facilitadores, compreendendo encontros entre a vítima e o autor do fato delituoso e,

³³² AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. *Op. cit.*, p. 146.

³³³ CÂMARA, Projetos de Lei e outras Proposições. **Projeto de Lei nº 7.006, de 2006**. Propõe alterações no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 06 set. 2012.

³³⁴ BRASIL, Legislação. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 05 ago. 2012.

³³⁵ BRASIL, Legislação. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 05 set. 2012.

³³⁶ BRASIL, Legislação. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 06 set. 2012.

quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados, que participarão coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime ou pela contravenção, num ambiente estruturado denominado núcleo de justiça restaurativa (artigo 2º)³³⁷.

Esta proposta normativa visa disciplinar um procedimento de solução negociada entre o autor do delito, a vítima e representantes da comunidade, com o objetivo de demonstrar ao autor as consequências de seu ato, à vítima e à comunidade as razões da conduta delituosa.

Os defensores desse procedimento denominado de justiça restaurativa pretendem resolver os problemas da criminalidade por meio do diálogo entre o criminoso, a vítima e a sociedade.

O relator da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados Federais, Antonio Carlos Biscaia, em 10 de novembro de 2009, emitiu parecer pela “constitucionalidade, juridicidade, inadequada técnica legislativa, e, no mérito, pela rejeição do Projeto de Lei nº 7.006, de 2006”.

Em seus argumentos explica que o Brasil vem passando por uma fase de sentimento generalizado de impunidade, ao passo em que são produzidos diversos textos normativos visando criminalizar condutas e agravar penas, enquanto que esta proposta caminha no sentido contrário porque pretende descriminalizar e despenalizar condutas já tipificadas como criminosas, na ordem jurídica penal brasileira³³⁸. Nas suas palavras:

Na forma apresentada, não se trata de medida apenas despenalizadora, pois isto o legislador já o fez ao aprovar a Lei de Juizados Especiais, mas de medida que retira das autoridades envolvidas com a persecução penal a proximidade e o contato direto com o infrator, deixando esta função a representantes da comunidade³³⁹.

No seu pensar, os Juizados Especiais são suficientes para a solução dos conflitos de menor potencial ofensivo no âmbito criminal. O que falta, então, não seria a instituição de uma justiça restaurativa, mas investimentos para aprimorar os Juizados Especiais.

³³⁷ CÂMARA, Projetos de Lei e outras Proposições. **Projeto de Lei nº 7.006, de 2006**. *Op. cit.*, p. 1.

³³⁸ Antonio Carlos Biscaia *in* CCJC, Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. **Parecer sobre o Projeto de Lei nº 7.006, de 2006**. Relator: Antonio Carlos Biscaia. Sala da Comissão, em 10 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 06 set. 2012. p. 3.

³³⁹ Antonio Carlos Biscaia *in* CCJC, Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. **Parecer sobre o Projeto de Lei nº 7.006, de 2006**. *Op. cit.*, p. 03.

Apesar do parecer pela rejeição, o Projeto de Lei nº 7.006, de 2006 permanece em tramitação na Câmara dos Deputados Federais.

Fora do Poder Legislativo, existem algumas experiências da prática da mediação penal no Brasil, como, por exemplo, o Projeto Cantareira de Mediação Penal Interdisciplinar, implantado pela Promotoria de Justiça Criminal de Santana-SP, em junho de 2005, por meio de uma parceria com os integrantes do Instituto *Familiae* e posteriormente do Mediativa - Instituto de Mediação Transformativa e do THEM - Transformação Humana em Educação e Mediação, com o uso dos recursos humanos das referidas entidades, como também mediadores voluntários e funcionários da Promotoria. A ideia da implantação da experiência surgiu com a edição do Provimento nº 893, de 09 de novembro de 2004, do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, que autorizou a criação e instalação do Setor de Mediação nas Comarcas de Foros Paulistas³⁴⁰.

O propósito dessa iniciativa é intervir nos conflitos decorrentes de infrações penais de menor potencial ofensivo, disciplinados pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 e caracterizados pela “violência modulada pelo ambiente doméstico, buscando o restabelecimento do diálogo, a transformação dos mediados e a paz social”³⁴¹.

As principais dificuldades encontradas na prática da mediação penal, segundo Airton Buzzo Alves³⁴², são: não aceitação e ausência de condições pessoais para comparecer às sessões. A primeira dificuldade está em convencer as pessoas de que a mediação penal, pelo restabelecimento do diálogo, poderá indicar caminhos para restaurar as relações e transformar os envolvidos. Ainda é muito forte a cultura de que a justiça só pode ser produzida pelo Poder Judiciário. A segunda dificuldade é a falta de recursos pessoais e profissionais das partes para comparecer às sessões, ou por falta de dinheiro para o transporte, ou porque temem perder o emprego mesmo apresentando aos empregadores comprovante de comparecimento às sessões. Mesmo assim, “os resultados apurados neste projeto de mediação

³⁴⁰ ALVES, Airton Buzzo. **Projeto Cantareira de Mediação Penal Interdisciplinar**. In: *Instituto Innovare*, Edição VI, 2009. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/projeto-cantareira-de-mediacao-penal-interdisciplinar/print/>>. Acesso em: 06 set. 2012. p. 01.

³⁴¹ *Idem*, *ibidem*, p. 01.

³⁴² *Ibid*, p. 01.

penal interdisciplinar revelam o sucesso dessa prática e que o objetivo principal, qual seja, a restauração das relações, está sendo alcançado³⁴³.

No âmbito internacional, têm-se como fontes da mediação: a) as Resoluções do Conselho da Europa: a.1) a Recomendação nº 19, de setembro de 1999, que estabelece os princípios gerais a que os Estados-Membros devem atender quando da implementação dos serviços de mediação em matéria penal; e a.2) a Recomendação nº 5, de abril de 2002, referente à proteção das mulheres contra a violência; b) a Decisão-Quadro nº 220/JA, de maio de 2001, do Conselho da União Europeia, sobre o Estatuto da Vítima em Processo Penal e a Resolução nº 2002/12, emitida pelo Conselho Econômico e Social - ECOSOC da Organização das Nações Unidas - ONU, que versa sobre os princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal³⁴⁴.

Os Estados Unidos foram pioneiros na aplicação da mediação, sendo obrigatória nas questões envolvendo conflitos familiares na maioria dos estados. O modelo utilizado, em geral, é o chamado “Med-Arb”, no qual a mediação é convertida em arbitragem. No Canadá, a mediação voluntária é bastante comum, existindo em Montreal a Sede de Mediação Global, que abrange conflitos matrimoniais, entre irmãos, pais e filhos. Na província de Québec, a maior parte das demandas em direito de família são resolvidas através desta forma de solução de conflitos.

Na Alemanha, Finlândia, Noruega, a mediação é obrigatória em todos os processos de separação. A Grã-Bretanha também possui ampla tradição da utilização deste método, sendo o procedimento voluntário e iniciado por instituições filantrópicas. Áustria, Bélgica, Suíça, França adotam o sistema voluntário e privado, enquanto na Espanha o procedimento é voluntário, extrajudicial e judicial. Na Austrália, a mediação é voluntária e gratuita desde 1976. Em Nova Zelândia, tornou-se obrigatória um ano depois da regulamentação do divórcio, em 1980. Na Argentina, Inglaterra, Japão e nos Estados da Flórida e Texas (EUA), entre outras nações, a legislação exige que demandas privadas sejam objeto de mediação antes de serem submetidas ao judiciário.

³⁴³ ALVES, Airton Buzzo. *Op. cit.*, p. 01.

³⁴⁴ ONU, Organização das Nações Unidas. **Resolução da ONU nº 2002/12**. Conselho Econômico e Social - ECOSOC. 37ª Sessão Plenária. 24 de julho de 2002. Dispõe sobre os princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0>. Acesso em: 20 out. 2012.

No Brasil, a utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos é facultativa. A história brasileira da mediação restaurativa é bastante recente: somente em 2010, com a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, foi estabelecida uma Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses e de mecanismos de soluções de controvérsias, a qual foi inspirada pelas fontes internacionais. A Recomendação nº 19, de 15 de setembro 1999, do Comitê dos Ministros do Conselho da Europa, não alcançava o Brasil, mas serviu de inspiração para as experiências que já vinham sendo realizadas sobre a prática da mediação penal, por aqueles que entendem que prender não é solução para os problemas atuais envolvendo criminalidade e violência e que o direito penal não consegue melhorar a situação do criminoso, da vítima e da sociedade. Na mediação penal, o infrator e a vítima se encontram e, com o auxílio de um mediador, tentam chegar a um acordo. Caso não seja possível, ou seja, na hipótese de mediação inexitosa, o caso é encaminhado para o Poder Judiciário.

Em 29 de novembro de 2010, foi publicada a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, com a finalidade de “assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade” (artigo 1º da Resolução nº 125 do CNJ). A Resolução nº 125 incumbiu aos órgãos judiciários o encargo de oferecer mecanismos alternativos de solução de controvérsias, em especial os meios consensuais, como a mediação e a conciliação, prestando, ainda, atendimento e orientação ao cidadão. O artigo 2º da Resolução nº 125 estabelece, ainda, a centralização das estruturas judiciárias, formação e treinamento adequados dos servidores, conciliadores e mediadores e o acompanhamento estatístico específico no processo de implementação da Política Judiciária Nacional, que contará com o auxílio do Conselho Nacional de Justiça, podendo, ainda, ser firmadas parcerias com entidades públicas e privadas.

Ao Conselho Nacional de Justiça incumbe a função de desenvolver programas com a finalidade de incentivar a autocomposição de litígios e a pacificação social por meio da conciliação e da mediação (artigo 4º), enquanto os Tribunais devem criar Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores (artigo 7º), e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária,

previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários (artigo 8º). Cabe, ainda, aos Tribunais a criação e a manutenção de banco de dados sobre as atividades de cada Centro (artigo 13).

O art. 12 da Resolução nº 125, com redação dada pela Emenda nº 1, de 31 de janeiro de 2013, determina que nos órgãos judiciários nos quais se realizem sessões de conciliação e mediação, somente serão admitidos mediadores e conciliadores capacitados, cabendo aos Tribunais a capacitação dos mesmos, que pode ser feita por meio de parcerias. O parágrafo 2º do mesmo dispositivo prevê a necessidade desses profissionais serem submetidos à reciclagem permanente e à avaliação do usuário, além de, pelo parágrafo 4º, ficarem submetidos ao Código de Ética estabelecido pelo Conselho.

É importante notar que os programas de mediação e conciliação já existentes não ficam prejudicados pelo advento da Resolução nº 125, podendo os Tribunais realizar a adaptação necessária (artigo 16).

Importa destacar, também, que a redação do Novo Código de Processo Civil – Projeto de Lei do Senado nº 166/2010 – regula a atuação do mediador e do conciliador.

Ressalte-se que os principais objetivos da mediação em matéria penal são: substituir o castigo pela compensação, a exclusão pela reintegração e a imposição pela negociação.

3.3 Métodos de solução de controvérsias

São muitos, e com natureza jurídica diferenciada, os mecanismos originados da criatividade humana para a obtenção da solução de litígios. É passível que não se pode defender o monopólio do Poder Judiciário na resolução dos conflitos; ao contrário, não só pode como deve ser incentivada a solução extrajudicial dos conflitos pelos próprios atores³⁴⁵.

³⁴⁵ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 265.

Os métodos alternativos à jurisdição estatal para a solução de controvérsias são conhecidos pela sigla em inglês como ADR (*Alternative Dispute Resolution*), ou em espanhol RAD (*Resolution Alternativa de Disputas*), ou conforme a denominação brasileira MARC (Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos). Atualmente representam a “solução de disputas sem intervenção de autoridade judicial”³⁴⁶.

Para Lília Maia de Moraes Sales³⁴⁷ os meios alternativos de solução de conflitos são: a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem e “todos são de extrema relevância para o estudo e prática da solução de conflitos na atualidade, visto que a cada dia as empresas, as associações, os indivíduos procuram formas próprias para compor divergências”.

Ives Gandra Martins Filho³⁴⁸ enumera seis métodos básicos de solução de conflitos adotados de forma seletiva ou conjunta, pelos mais diversos países. Informe-se que a princípio não existem óbices legais expressos à aplicação desses meios de solução de controvérsias a qualquer tipo de litígio: ajuste direto, investigação, conciliação, mediação, arbitragem e decisão judicial.

Os métodos de gestão de conflitos podem ser subdivididos de várias formas. Alguns os distinguem entre adversariais e cooperativos; outros, em autocompositivos ou autônomos e heterocompositivos ou heterônomos.

Para José Osmir Fiorelli, Maria Rosa Fiorelli e Marcos Júlio Olivé Malhadas Júnior, nos métodos autocompositivos, como o termo indica, as partes buscam uma solução sem a decisão ou determinação de um terceiro. Métodos cooperativos por excelência, destacam-se a negociação, a conciliação e a mediação. Os heterocompositivos recebem essa denominação porque se deixa a solução nas mãos de um terceiro; fica à responsabilidade dele determinar o que as partes devem ou não fazer. É o caso, pois, do trabalho do Juiz Estatal (Poder Judiciário - braço do Poder Público) e do árbitro (em caso de demanda arbitral). As partes se degladiam (por isso, adversarial), enquanto o juiz, ou o árbitro, decide. Todavia, nem todos eles são tão extrajudiciais assim, já que o Poder Judiciário se vale de alguns em seus processos³⁴⁹.

³⁴⁶ RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 46.

³⁴⁷ SALES, Lília Maia de Moraes. *Op. cit.*, p. 36.

³⁴⁸ MARTINS FILHO, Ives Gandra. **Processo coletivo do trabalho**. 3. ed. ver. e ampl. São Paulo: LTr, 2003. p. 23.

³⁴⁹ Por exemplo: o “projeto conciliar”, “levado a efeito por incentivo do Conselho Nacional de Justiça e que grande acolhida recebeu no mundo jurídico (ao menos por parte da Justiça do Trabalho e

Conforme Isabele Jacob Morgado³⁵⁰, os meios de solução de conflitos existentes hoje no Brasil são classificados de acordo com a forma de solução dada: se pelas próprias partes ou por terceiros estranhos ao conflito.

Ives Gandra Martins Filho³⁵¹ embora com outra nomenclatura, mas utilizando-se do critério da natureza jurídica de cada uma das possíveis estratégias para o tratamento dos conflitos, estabelece a seguinte divisão básica das formas de solução de conflitos:

a) formas voluntárias: em que o novo instrumento normativo das relações de trabalho é fruto do acordo das partes, quer esse acordo resulte da negociação coletiva direta (precedida, ou não, de greve), quer decorra da intervenção de terceiros para obter a composição voluntária das partes (através da conciliação ou da mediação); e

b) formas impositivas: quando o instrumento normativo que estabelecerá as novas condições de trabalho provém da vontade de um terceiro, que deverá ser acatada pelas partes. São elas: a arbitragem (facultativa ou obrigatória) e a jurisdição (decisão judicial normativa).

Outros autores³⁵² incluem a autodefesa como um dos meios de solução dos conflitos coletivos. Trata-se de uma das formas mais primitivas de solução dos conflitos, caracterizando-se pela imposição da solução de uma a outra parte. Todavia, a autodefesa não pode ser tida como uma forma de solução dos litígios, trabalhistas ou não, porque funciona como instrumento de pressão, uma maneira de forçar a outra parte a ceder, a concordar com o seu posicionamento. A greve e o *lock out*, este último vedado no direito brasileiro, exemplos de autodefesa, não são formas de solução de conflitos mas elementos de barganha para se obter um acordo favorável aos próprios interesses.

Por exemplo, Raimundo Simão de Melo³⁵³ prefere englobar as várias formas de solução dos conflitos trabalhistas em três grandes grupos:

daqueles que nela, incansavelmente, militam). A própria mediação vem sendo praticada no âmbito do Poder Judiciário, não pelos juizes, mas por mediadores credenciados e com experiência no trabalho” (FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. *Op. cit.*, p.51).

³⁵⁰ MORGADO, Isabele Jacob. *Op. cit.*, p. 17.

³⁵¹ MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Op. cit.*, p. 24-25.

³⁵² Como Octavio Bueno Magano, Amauri Mascaro Nascimento, Maurício Godinho Delgado, Raimundo Simão de Melo, e outros.

³⁵³ Raimundo Simão de Melo *apud* MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Op. cit.*, p. 24.

a) autodefesa: através da greve e do *lock out*³⁵⁴, em que as partes tentam impor pela força suas reivindicações e pontos de vista;

b) autocomposição: consubstanciada na negociação coletiva, em que as partes, mediante concessões recíprocas, chegam a um acordo, quer voluntário, quer induzido através de conciliação ou mediação; e

c) heterocomposição: obtida pela intervenção externa, seja voluntariamente aceita pelas partes, como na arbitragem, seja imposta coercitivamente, como no caso da decisão judicial.

Do mesmo modo, Maurício Godinho Delgado³⁵⁵ classifica os métodos de solução de conflitos em: autotutela, autocomposição e heterocomposição. Para ele, “a diferenciação essencial entre tais grupos de métodos encontram-se nos sujeitos envolvidos e na sistemática operacional do processo de solução do conflito”.

De acordo com o citado autor, ocorre autotutela quando uma das partes, por intermédio de coerção ou de imposição legal, impõe sua própria sistemática de resolução à controvérsia, a despeito da vontade da outra parte; há autocomposição quando o conflito é solucionado sem o auxílio de terceiros, através de renúncia, aceitação (ou resignação ou, ainda, submissão) e transação (mais comumente conhecida como negociação); e ocorre heterocomposição quando o conflito é solucionado mediante a intermediação de um agente exterior, um terceiro junto ao conflito.

Octavio Magano³⁵⁶, quanto à arbitragem, afirma que esta não é um método heterocompositivo de conflitos, mas um meio autocompositivo, “em virtude de caber às partes a fixação das regras da solução”. No entanto, “a distinção entre autocomposição e heterocomposição não está em quem dita as regras, mas em quem decide efetivamente a lide”, sendo que, no caso da arbitragem, a solução é proferida por um terceiro, estranho à relação litigiosa e tem caráter obrigatório.

³⁵⁴ O “locoute” ou *lockout* e *lock-out* significa em língua portuguesa “fechamento patronal” e se trata de um dos meios de defesa ou de resistência dos empregadores contra a pressão operária. O locaute tem diversos pontos em comum com o instituto da “greve”, destacando-se “o caráter transitório e voluntário do movimento. Ambos duram o tempo necessário à extinção do conflito, com o atendimento ou não das reivindicações, e decorrem de livre deliberação do grupo de empregados ou de empregadores” (ROBORTELLA, 2003, p.159-160). “Trata-se do fechamento provisório, pelo empregador, da empresa, estabelecimento ou simplesmente de algum de seus setores, efetuado como objetivo de provocar pressão arrefecedora de reivindicações operárias” (DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p.1370).

³⁵⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 1370.

³⁵⁶ Octavio Magano *apud* DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 1371.

Diante da possível idealização futura de outros institutos para solução de conflitos, além das controvérsias sobre a natureza jurídica dessas estratégias, a exemplo da conciliação e da mediação, defendidas como de autocomposição ou heterocomposição, dependendo do ponto de vista do intérprete, torna-se indispensável a apresentação das principais diferenças entre as formas de solução de conflitos existentes, principais, mais conhecidas, ou as mais aceitas. O objetivo deste estudo não é problematizar sobre os métodos de resolução de conflitos: investigação ou perícia, ajuste direto, negociação, transação, renúncia, conciliação, mediação, arbitragem e decisão judicial, e sim apresentar o método autocompositivo como a melhor forma de resolução de conflitos a ser utilizado nos casos dos adolescentes em conflito com a lei.

3.3.1 Investigação ou perícia

A investigação ou perícia utiliza-se de peritos, pelas partes em conflito, para estudarem a questão e apresentarem um parecer técnico sobre as reais condições econômicas e laborais da empresa ou do setor, que forneça elementos sólidos para que as partes em litígio possam fixar com justiça as novas condições de trabalho da categoria³⁵⁷.

A perícia, enquanto estratégia para o tratamento dos conflitos, é um relatório técnico emitido por profissional habilitado, mediante certidão emitida pelo órgão de classe em que estiver inscrito, nomeado pelo juiz, com o intuito de realizar a verificação de uma coisa ou fato, objeto de um litígio, tornando-se um meio de prova processual³⁵⁸.

Por exemplo, antes de ingressar com uma ação de investigação de paternidade, as partes podem concordar em fazer um exame laboratorial e o pai se comprometer a reconhecer voluntariamente, em cartório, o filho, diante do resultado positivo do exame.

³⁵⁷ Plá Rodriguez *apud* MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Op. cit.*, p. 23.

³⁵⁸ MAIA NETO, Francisco. *Op. cit.*, p. 18.

3.3.2 Ajuste direto, negociação e transação

O ajuste direto é mais usual nos conflitos coletivos de trabalho, traduzindo-se como o entendimento entre empresários e operários, sem a participação de terceiros, e que se concretiza na consecução de uma convenção coletiva³⁵⁹.

Também chamada de “negociação coletiva”, o ajuste direto vem previsto no artigo 114, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988³⁶⁰, e constitui-se num procedimento onde as partes discutem seus interesses, com o intuito de solucionar um conflito.

Conforme Walsir Edson Rodrigues Junior³⁶¹, “a negociação prescinde da intervenção de terceiros, visto que as partes buscam, a partir de suas referências pessoais, uma resolução para a disputa mediante a argumentação”, podendo ser “conduzidas pessoalmente pelas partes ou por representantes”.

No Brasil, a negociação direta é voluntária e processada pelas próprias partes, que determinam inclusive as regras que serão utilizadas no seu desenvolvimento, visto que estas não são disciplinadas no nosso ordenamento jurídico. No entanto, embora voluntária, as partes não podem se negar à negociação, que é pré-requisito à instauração de instância em dissídio coletivo. Significa que as partes são livres para aceitar ou não a negociação, mas a tentativa é obrigatória, pois que apenas se “frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros” (artigo 114, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988).

Em síntese, a negociação coletiva tem três funções principais: normativa (cria normas destinadas a reger as relações de trabalho desenvolvidas no âmbito da sua esfera de aplicação); obrigacional (cria direitos e obrigações entre as próprias organizações pactuantes) e compositiva (visa à solução dos conflitos entre as partes

³⁵⁹ Plá Rodriguez *apud* MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Op. cit.*, p. 23.

³⁶⁰ “Artigo 114: compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...]. Parágrafo 1º: frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. Parágrafo 2º: recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. [...]” (Constituição Federal de 1988).

³⁶¹ RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 46-47.

de forma mais célere, contribuindo, assim, para o desafogamento do Poder Judiciário)³⁶².

A “negociação³⁶³”, do latim *negotiatius*, significa “cuidar dos negócios”³⁶⁴. Como método utilizado em situações de conflito, a negociação se desenvolve com objetivos previamente definidos, a partir da colocação em conversação das perdas e dos ganhos de cada parte, que funcionam como cartas sobre as quais a negociação se realiza. Atualmente compreende-se que “negociar não é discutir”, mas “conversar com um objetivo em mente”. Não pode ser confundida a negociação com a manipulação, já que esta última “consiste em um indivíduo convencer outra pessoa de que está certo quando sabe que está errado”. O ato de negociar não exige agressividade, mas determinação e preparação.

Negociar, na definição de Carlos Eduardo de Vasconcelos³⁶⁵, “é lidar diretamente, sem a interferência de terceiros, com pessoas, problemas e processos, na transformação ou restauração de relações, na solução de disputas ou trocas de interesses”.

Na negociação, as partes chegam à resolução do conflito pelo método da autocomposição. Não existe participação de terceiro já que apenas as mesmas buscam a solução da desavença. Dito de outro modo, a negociação é um processo por meio do qual as partes envolvidas iniciam uma conversação para encontrar formas de satisfazer os interesses de ambas³⁶⁶.

É importante destacar que o cumprimento das decisões apresentadas na negociação não é obrigatório, muito embora, por se tratar de uma negociação livre e consciente entre as partes, é natural que cumpram o que negociaram. No entanto, quando a negociação recebe validade jurídica, na forma de contrato, por exemplo, o cumprimento se torna obrigatório³⁶⁷.

³⁶² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 22. ed., rev. e atual. São Paulo: LTr, 1996. p. 507-509.

³⁶³ “A negociação é um procedimento muito comum na vida do ser humano. As pessoas estão sempre negociando a qualquer tempo e lugar. Uma criança negocia com outra um brinquedo ou um postal; um professor ajusta com o coordenador a sala de aula que irá ocupar; o cantor negocia o tipo de *show* que apresentará, enfim, antes da negociação ser um fato jurídico, ela é um acontecimento natural” (SALES, Lília Maia de Moraes. *Op. cit.*, p. 36).

³⁶⁴ FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. *Op. cit.*, p. 54.

³⁶⁵ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Op. cit.*, p. 35.

³⁶⁶ SALES, Lília Maia de Moraes. *Op. cit.*, p. 36.

³⁶⁷ SALES, Lília Maia de Moraes. *Op. cit.*, p. 36.

Outra forma de ajuste direto é a transação, definida como o “negócio jurídico bilateral” que, como tal, deve obediência aos requisitos gerais de validade dos negócios jurídicos, tais como a vontade livre, o objeto lícito e possível, o sujeito capaz e a forma adequada. Nas palavras de Francisco Maia Neto³⁶⁸, a transação é o “ato jurídico bilateral utilizado na solução de conflitos, onde as partes em litígio fazem concessões recíprocas com o intuito de extinguir obrigações em dúvida”, cuja “principal característica reside no fato de que os próprios interessados resolvem a questão”.

3.3.3 Renúncia

A renúncia é pouco citada como forma de composição de litígios, com destaque para Amauri Mascaro Nascimento, para quem a renúncia é um meio de solução de conflitos coletivos, na medida em que efetiva a pacificação do litígio. Trata-se de um ato unilateral e implica em alguém abrir mão de um direito, dotado de certeza jurídica, que lhe pertença³⁶⁹.

Para Amauri Mascaro Nascimento³⁷⁰, é preciso distinguir “renúncia” de “transação”. Nas suas palavras, a renúncia é o “ato unilateral do empregado”, enquanto que a transação é o “ato bilateral e conjunto, com vantagens e desvantagens mútuas”.

Com efeito, o direito só pode ser renunciado se não existir nenhuma norma que lhe proíba a disposição (regras considerando-o irrenunciável). Ademais, para ter validade a renúncia, a vontade do renunciante deve ser livre. Vê-se, portanto, que o campo de atuação da renúncia é bastante restrito.

³⁶⁸ MAIA NETO, Francisco. *Op. cit.*, p. 18.

³⁶⁹ MORGADO, Isabele Jacob. *Op. cit.*, p. 21.

³⁷⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 246-247.

3.3.4 Conciliação

Outra forma consensual de resolução de conflitos é a conciliação, que se assemelha à mediação, mas que com ela não se confunde, pois, no Brasil, a conciliação é exercida, normalmente, por força de lei e obrigatoriamente por servidor público, que se adjudica do poder e autoridade conferidos legalmente ao seu cargo para facilitar a resolução do litígio. Já o conciliador privado aparece com o advento da Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000,

[...] que trouxe o conciliador, eleito pelos trabalhadores nas empresas, para compor as comissões de conciliação prévia, com os conciliadores indicados pela empresa, ou comissões intersindicais de conciliação, neste caso escolhidos pelos sindicatos dos trabalhadores e sindicatos patronais. É obrigatória a tentativa de composição de conflitos por essas comissões, antes de ingressar na via jurisdicional³⁷¹.

Porém, a diferença fundamental entre mediação e conciliação reside no conteúdo de cada instituto: na conciliação o objetivo é o acordo para evitar um processo judicial; na mediação as partes não são tidas como adversárias, figurando o acordo como consequência da comunicação entre as partes. Enquanto “na conciliação o mediador sugere, interfere, aconselha”; “na mediação, o mediador facilita a comunicação, sem induzir as partes ao acordo”³⁷².

Conforme Walsir Edson Rodrigues Junior³⁷³, no processo de conciliação existe a figura de um terceiro que funciona como intermediário entre os litigantes. Seu objetivo é a busca do “entendimento entre as partes, independentemente da qualidade das soluções ou da interferência na interpretação das questões”.

A conciliação é um método cooperativo de resolução do litígio e tem por escopo colocar fim ao conflito manifesto, ou seja, do mesmo modo que a decisão judicial e a arbitragem trabalham no domínio daquilo que as partes apresentam: “atua com as posições manifestas pelas partes”. A conciliação exige a participação de um “conciliador”, um terceiro alheio ao conflito, portanto, independente e imparcial. Sem poderes para decidir, o conciliador dá sugestões, faz recomendações acerca de soluções e alerta a respeito dos riscos da aceitação ou não de

³⁷¹ SALES, Lília Maia de Moraes. *Op. cit.*, p. 38.

³⁷² SALES, Lília Maia de Moraes. *Op. cit.*, p. 38.

³⁷³ RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *Op. cit.*, p. 46-47.

determinada proposta. Ao conciliador não interessa buscar ou identificar as razões que levaram ao conflito, como acontece na mediação, por isso, “a conciliação aplica-se vantajosamente a conflitos novos, em que às partes não interessa relacionamento futuro, e o envolvimento emocional, se existir, será transitório e circunstancial”³⁷⁴.

A conciliação é a solução do conflito por meio da participação de um terceiro na negociação (quer seja particular, quer seja órgão do Estado), que busca aproximar os pontos de vista das partes e obter concessões mútuas, de forma a compor voluntariamente o conflito³⁷⁵. Apresenta-se, a conciliação, como “tentativa de chegar voluntariamente a um acordo neutro, na qual pode atuar um terceiro que intervém entre as partes de forma oficiosa e desestruturada, para dirigir a discussão sem ter um papel ativo”³⁷⁶.

A conciliação é um modelo alternativo de solução de conflitos focado no acordo, isto é, tem por objetivo principal obter um acordo com a particularidade de que “o conciliador exerce uma autoridade hierárquica, toma iniciativas, faz recomendações, advertências e apresenta sugestões, com vistas à conciliação”³⁷⁷. Segundo Carlos Eduardo de Vasconcelos³⁷⁸, é “apropriada para lidar com relações eventuais de consumo e outras relações casuais em que não prevalece o interesse comum de manter um relacionamento, mas apenas o objetivo de equacionar interesses materiais”, sendo “muito utilizada, tradicionalmente, junto ao Poder Judiciário, embora quase sempre de modo apenas intuitivo”. A conciliação, como procedimento, “é mais rápida do que uma mediação transformativa, porém, muito menos eficaz”.

Tratando especificamente da natureza jurídica da conciliação, Georgeton de Sousa Francisco Filho³⁷⁹ constata que este instrumento de solução de desavenças possui dois tipos de natureza: judicial e extrajudicial.

No mesmo sentido é o entendimento de Antônio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco³⁸⁰: “o procedimento das reclamações

³⁷⁴ FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. *Op. cit.*, p. 56-57; 58.

³⁷⁵ Plá Rodriguez *apud* MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Op. cit.*, p. 23.

³⁷⁶ MORAES, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Op. cit.*, p. 126.

³⁷⁷ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Op. cit.*, p. 39.

³⁷⁸ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Op. cit.*, p. 38.

³⁷⁹ FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa. **A arbitragem e os conflitos coletivos de trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 1990. p. 28.

trabalhistas inclui duas tentativas de conciliação”, referindo-se aos artigos 847³⁸¹ e 850³⁸² da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943)³⁸³.

De outra forma é o entendimento de Augusto Cesar Ramos³⁸⁴: “na conciliação tem-se a figura do conciliador, que ajuda as partes a comporem a solução propondo sugestões para o acordo. Por isso sua natureza jurídica é contratual, podendo ainda ser convencional ou regulamentada”.

Por sua vez, Athos Gusmão Carneiro³⁸⁵ defende que a conciliação judicial está entre a autocomposição e a heterocomposição da lide, ou seja, tem natureza de autocomposição porque as próprias partes tutelam seus interesses, fixando livremente o conteúdo do ato que irá compor o litígio. No entanto, ressalta que tal ponto de convergência é encontrado por iniciativa e sob as sugestões de um mediador qualificado, que buscará conduzir as partes no sentido de uma composição consoante com a equidade. Seguindo este raciocínio, o juiz não pode

³⁸⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 22 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 33.

³⁸¹ “Artigo 847: terminada a defesa, o juiz ou presidente proporá a conciliação. Parágrafo 1º: se houver acordo, lavrar-se-á termo, assinado pelo presidente e pelos litigantes, consignando-se o prazo e demais condições para seu cumprimento. Parágrafo 2º: entre as condições a que se refere o parágrafo anterior, poderá ser estabelecida a de ficar a parte que não cumprir o acordo abrigada a satisfazer integralmente o pedido ou pagar uma indenização convencional, sem prejuízo do cumprimento do acordo” (Consolidação das Leis do Trabalho).

³⁸² “Artigo 850: terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de dez minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de Conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão. Parágrafo único: o Presidente da Junta, após propor a solução do dissídio, tomará os votos dos Juizes classistas e, havendo divergência entre estes, poderá desempatar ou proferir decisão que melhor atenda ao cumprimento da lei e ao justo equilíbrio entre os votos divergentes e ao interesse social” (Consolidação das Leis do Trabalho).

³⁸³ “A conciliação é um negócio jurídico por meio do qual se põe fim a um conflito existente entre as partes. Tem, assim, natureza contratual. A conciliação pode ser de dois tipos: judicial e extrajudicial. Apenas a extrajudicial é considerada como um meio autocompositivo. Todavia, esta vem a se confundir com a mediação. A conciliação judicial figura dentre os meios de heterocomposição, pois as partes não têm total liberdade de decisão. O juiz tem a função de homologar os acordos firmados, tendo o livre arbítrio de não homologá-los, caso ache que, em o fazendo, prejudica uma das partes, em benefício da outra. Assim, como no final o que prevalece é a decisão do juiz em homologar ou não o acordo, a conciliação judicial não se constitui num meio autocompositivo de solução dos conflitos coletivos. Na conciliação extrajudicial, verifica-se a participação de um conciliador, que é um terceiro imparcial e alheio ao conflito. Não tem ele a função de impor solução alguma às partes, mas apenas de oferecer informações e fazer propostas que possam facilitar a composição da lide. Assim, a solução proposta pelo conciliador só tem relevância se livremente aceita pelas partes. O acordo, produto da conciliação, se constitui numa norma de observância obrigatória para as partes” (MORGADO, Isabele Jacob. *Op. cit.*, p. 19).

³⁸⁴ RAMOS, Augusto Cesar. **Mediação e arbitragem na Justiça do Trabalho**. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, nº 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2620>>. Acesso em: 29 ago. 2012. p. 01.

³⁸⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. **A conciliação no novo Código de Processo Civil**. [2002?]. Disponível em: <<http://www.icj.com.br/artigos.htm#artigo01>>. Acesso em: 26 ago. 2012. p. 01.

fazer prevalecer sua concepção de equidade a ponto de recusar homologação ao acordo, relativo a direitos disponíveis e sem cláusula ilícita, avençado pelas partes.

Discussões à parte importa para este estudo a concepção de que a conciliação se traduz no encerramento do conflito por intermédio de uma composição amigável, por iniciativa de um conciliador que interfere nas tratativas, podendo ser um magistrado, o árbitro ou um terceiro, dispensando sua decisão de mérito, cuja sentença passa a ser meramente homologatória. Esta não deve ser confundida com o acordo, cujo teor é levado pelas partes e homologado pelo juiz. A principal diferença entre conciliação e mediação consiste no fato de que o conciliador não é escolhido pelas partes, o que resulta em uma maior intervenção na tentativa de solução do conflito³⁸⁶.

Existe muita discussão doutrinária em torno das diferenças e semelhanças entre conciliação e mediação. Porém, o grande dissenso se dá em virtude de serem afins, chegando até mesmo a confundirem-se algumas vezes, haja vista que tanto num quanto noutro instituto a intervenção do terceiro visa apenas propor soluções que, entretanto, não substituem a vontade das partes. Desse modo, “é de pouca importância tentar distingui-los”³⁸⁷.

Para Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto³⁸⁸, “a conciliação vem prevista no Código de Processo Civil”: “artigo 125: o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: [...]; IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes [...]” e no artigo 331, *in verbis*:

Artigo 331: se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de trinta dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. Parágrafo 1º: obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. Parágrafo 2º: se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. Parágrafo 3º: se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do parágrafo 2º.

³⁸⁶ MAIA NETO, Francisco. *Op. cit.*, p. 19.

³⁸⁷ MORGADO, Isabele Jacob. *Op. cit.*, p. 20.

³⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 12.

A principal diferença entre conciliação e mediação está na própria distinção entre técnicas públicas e privadas de resolução de conflitos: “são públicos os processos judiciais e a conciliação prevista tanto na Justiça tradicional como nos Tribunais Especiais. São privadas a negociação, a arbitragem e a mediação”. A conciliação também pode ser privada, quando realizada fora do sistema judicial, em escritórios privados, por exemplo. Uma das grandes diferenças entre a conciliação e a mediação reside na existência ou não de relacionamento entre as partes. Quando se deseja manter o relacionamento, exige-se um trabalho de mediação; no caso de simples relacionamentos circunstanciais sem desejo de continuação ou aprofundamento aplica-se a conciliação, que é um procedimento rápido e econômico. Destaca-se que a mediação “reflete outra formação e especialização, com envolvimento de recursos encontrados quase que com exclusividade nas atividades privadas”³⁸⁹.

De qualquer modo, a conciliação enquanto técnica de resolução de conflitos tem grande utilidade e vasta aplicação em desavenças que não envolvem relacionamento entre as partes. Assim, se existe um vínculo entre as partes (família, colegas de trabalho, vizinhos), a mediação é o método mais adequado à manutenção e aprimoramento desse vínculo; por outro lado, quando não há relacionamento entre as partes ou em relacionamentos circunstanciais (compra e venda casual, acidentes entre desconhecidos, colisões automobilísticas), o meio mais satisfatório de solução de conflitos é a conciliação³⁹⁰.

No processo de conciliação existe a tentativa de se chegar voluntariamente a um acordo, porém, de modo diferente do que acontece com a mediação, para tanto entre os disputantes ou contendentes intervém um terceiro, na qualidade de juiz ou autoridade pública, de forma oficiosa e estruturada.

³⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. *Op. cit.*, p. 12.

³⁹⁰ SALES, Lília Maia de Moraes. *Op. cit.*, p. 40.

3.3.5 Mediação

A mediação, como já definida, é a ajuda que um terceiro presta às partes divergentes, para que cheguem a um acordo, formulando uma recomendação a ser submetida aos litigantes³⁹¹.

A mediação é um procedimento informal de resolução de conflitos, no qual “um terceiro imparcial e neutro, sem poder de decisão, assiste as partes, para que a comunicação seja estabelecida e os interesses preservados, visando ao estabelecimento de um acordo”. Na mediação, as partes são direcionadas por um terceiro (mediador) que não influenciará no resultado final, apenas ajudando “na identificação e articulação das questões essenciais que devem ser resolvidas durante o processo”³⁹².

A mediação é uma forma de “autocomposição assistida” porque se trata de um processo pelo qual uma terceira pessoa facilita a comunicação entre as partes, com o escopo de solucionar e prevenir conflitos. O mediador é quem oferece, através de seus métodos próprios, maior possibilidade de solução satisfatória de conflitos.

3.3.6 Arbitragem

A arbitragem é a submissão do litígio à solução de um terceiro eleito pelas partes, que formulará um laudo com força executiva que deverá ser respeitado e cumprido por estas³⁹³. Ao contrário da negociação e da mediação, na arbitragem as partes não possuem o poder de decisão, o qual se encontra a cargo do árbitro³⁹⁴.

A arbitragem, segundo José Osmir Fiorelli, Maria Rosa Fiorelli e Marcos Julio Olivé Malhadas Junior³⁹⁵:

³⁹¹ Plá Rodriguez *apud* MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Op. cit.*, p. 23.

³⁹² RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *Op. cit.*, p. 50.

³⁹³ Plá Rodriguez *apud* MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Op. cit.*, p. 23.

³⁹⁴ SALES, Lília Maia de Moraes. *Op. cit.*, p. 41.

³⁹⁵ FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. *Op. cit.*, p. 53.

[...] vem se destacando como um grande e fértil campo de trabalho para o advogado, que, com a celeridade, objetividade e efetividade do processo arbitral, obtêm resposta aos reclamos de seus Cientes de forma ágil e satisfatória (o mesmo ocorre, obviamente, com a remuneração decorrente de seu trabalho na demanda).

Na definição de Carlos Eduardo de Vasconcelos³⁹⁶, a arbitragem é um instituto do direito, prevista em leis e convenções internacionais, com destaque para a Convenção de Nova York, de 1958. No Brasil a norma básica sobre arbitragem é a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, denominada “Lei Marco Maciel”. Na arbitragem o papel do terceiro, o árbitro, de forma diversa do que acontece na mediação, “não será mais o de facilitar o entendimento - embora na dinâmica do processo arbitral isso sempre seja possível e recomendável -, mas o de colher as provas, argumentos e decidir mediante laudo ou sentença arbitral irrecorrível”.

Para Walsir Edson Rodrigues Junior³⁹⁷, a arbitragem é um procedimento que transfere a um terceiro imparcial, não integrante dos quadros do Poder Judiciário, o poder de emitir decisão quanto a um conflito, a partir da apresentação das questões pelas partes”.

A arbitragem é um instituto jurídico com duas naturezas jurídicas que se completam: a contratual e a jurisdicional. Por meio do contrato as pessoas optam por se vincular a uma jurisdição privada, mas sujeita a princípios de ordem pública, como os da independência, da imparcialidade, do livre convencimento do árbitro, do contraditório e da igualdade. Destarte, a arbitragem pressupõe a autonomia da vontade (livre opção das partes) através de uma convenção de arbitragem (cláusula contratual nomeada de “compromissória”), assinada antes do surgimento de qualquer conflito, ou “compromisso arbitral” existente quando já existe o conflito e as partes, de comum acordo, decidem solucioná-lo por meio da arbitragem. Com a convenção de arbitragem devidamente formalizada, as partes ficam irrevogavelmente vinculadas à jurisdição arbitral³⁹⁸.

A convenção de arbitragem pode produzir efeitos positivos, pois o poder jurisdicional passa a ser do árbitro, depois da sua aceitação e confirmação pelas partes; e efeitos negativos, porque subtrai o poder jurisdicional do juiz estatal que seria competente para apreciar a matéria. Podem ser objeto de processo arbitral as matérias relacionadas aos direitos patrimoniais disponíveis e aos direitos relativos a

³⁹⁶ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Op. cit.*, p. 39.

³⁹⁷ RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *Op. cit.*, p. 50.

³⁹⁸ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Op. cit.*, p. 39.

bens que tem valor econômico e podem ser objeto de operações de compra e venda, doação, permuta, transação, etc.³⁹⁹.

A utilização da arbitragem pode se dar em dois momentos: antes e depois do conflito. No momento anterior, portanto, preventiva, é realizada por meio da cláusula compromissória ou cláusula arbitral, isto é, as partes, ao redigirem e firmarem um contrato, expressam em cláusula especial que qualquer pendência surgida em decorrência do contrato será dirimida por meio da arbitragem. No momento posterior, ou seja, depois do surgimento da controvérsia, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral (artigo 6º, da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996).

Em qualquer dos casos (cláusula ou compromisso), surgida à controvérsia, as partes, depois da escolha do árbitro ou árbitros (pode ser mais de um, mas em número ímpar, para que a decisão não resulte empatada⁴⁰⁰) firmarão um contrato de compromisso arbitral, onde serão fixadas as regras procedimentais nas quais a arbitragem será desenvolvida.

Operacionalmente existem dois tipos de arbitragem: a institucional e a *ad hoc*. A primeira é aquela em que as partes submetem o seu litígio a uma instituição arbitral que administrará todo o procedimento de arbitragem, oferecendo um *rol* de árbitros para serem escolhidos pelas partes, além de todos os procedimentos a serem observados. Já na arbitragem *ad hoc*, as partes escolhem um árbitro, e ambos disciplinarão, previamente, os procedimentos da arbitragem, específicos para o caso em questão⁴⁰¹.

O árbitro (ou árbitros), terceira pessoa que compõe a relação formada na arbitragem, é responsável pela solução de um conflito entre as partes. Para decidir as questões suscitadas, o árbitro se fundamentará de acordo com seu livre arbítrio e

³⁹⁹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Op. cit.*, p. 39.

⁴⁰⁰ “Artigo 13: pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. Parágrafo 1º: as partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes. [...]” (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996).

⁴⁰¹ LIMA, Alex Oliveira Rodrigues de. **Arbitragem**: um novo campo de trabalho. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Iglu, 1998. p. 12.

convicção, baseando-se na lei ou na equidade (fora das regras de direito objetivo) e exarando sua decisão na sentença arbitral⁴⁰².

Na arbitragem tudo é previamente estipulado pelas partes, desde os prazos e os gastos, sem burocracia e os diversos problemas da Justiça Estatal, sem se falar das nem sempre desejadas surpresas de uma decisão judicial. Como a arbitragem se desenvolve da forma predefinida pelas partes e, por isso, diferente do que ocorre nos fóruns, não existe tensão e o excesso de rigor processual presentes no contencioso judicial.

No procedimento arbitral destacam-se três princípios jurídico-processuais: a igualdade de tratamento das partes, o do contraditório e o da livre convicção do julgador, no caso, o árbitro. Ademais, é um procedimento sigiloso, pois somente as partes e o árbitro tem conhecimento da sua ocorrência e conteúdo, e bem mais célere do que a Justiça Estatal, já que não cabe recurso à decisão do árbitro.

Com efeito, a arbitragem difere completamente do instituto da conciliação, pois o conciliador faz uma proposta, após ouvir as questões suscitadas pelas partes, tampouco significa mediação, pois nessa modalidade as próprias partes fazem a negociação, assessoradas por um mediador. Antes de instituir a arbitragem, o árbitro pode atuar como mediador, aproximando as partes, encontrando a melhor solução para a controvérsia. O instituto da arbitragem também se difere da decisão judicial principalmente porque a solução jurisdicional é pública, enquanto que a arbitragem é privada, o que não significa que tenha natureza privatista. Trata-se de um equivalente jurisdicional porque substitui a jurisdição, que se realiza fora do espaço do Poder Judiciário. Nas palavras de Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler⁴⁰³:

Na arbitragem, cabe às partes escolher aquele(s) - indivíduo ou tribunal (arbitral) - que irá(ão) ditar a resposta para o conflito, enquanto a Jurisdição aparece organizada como uma função de Estado à qual sujeitam-se os indivíduos envolvidos na lide, cujo procedimento fica vinculado às regras de competência definidas nas leis processuais.

Por fim, é importante dizer que embora nada tenha a ver com o instituto da arbitragem, possivelmente em função da semelhança semântica, o termo “arbitramento” muitas vezes leva a confusões, porém, o arbitramento em nada se

⁴⁰² “Artigo 2º: a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes” (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996).

⁴⁰³ MORAES, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Op. cit.*, p. 126.

assemelha com a arbitragem, exceto pela aproximação semântica, pois que este se trata de “uma avaliação efetuada por perito sobre fruto ou direito, com o intuito de orientar a convicção do juiz, em processo submetido a sua decisão, constituindo-se também em uma das modalidades de execução da sentença”⁴⁰⁴.

A arbitragem também não se confunde com a mediação, porque esta “proporciona às partes a possibilidade de, por vontade própria, chegar a uma decisão benéfica para ambos, já que o mediador não decide nada, somente ajuda nessa etapa, proporcionando os meios para que eles cheguem a um fim desejado”. De fato, o resultado da mediação “não gera vencedores ou vencidos, no balanço entre as necessidades das partes, mesmo quando há concessões no acordo”, eis que “todo o processo mediatório visa exatamente manter diálogos amistosos entre os litigantes para que não haja precipitação em qualquer que seja a decisão alcançada”. Na arbitragem “o árbitro tem poder total de decidir, sem intervenção das partes, pois em um momento anterior elas acordaram em escolher um terceiro para resolver um litígio que porventura acontecesse”. Em suma, o árbitro trabalha por vontade das partes, porém elas não interferem na decisão que deverá ser aceita por ambas⁴⁰⁵.

Para concluir, destaca-se que a mediação distingue-se de todos os demais métodos alternativos de solução de conflitos, mormente porque “no processo de mediação, existe a preocupação em criar vínculos entre as partes, transformar e prevenir conflitos”. O mediador tem a especial missão de ajudar as partes a “entender o conflito como algo transitório, uma ponte para a evolução da comunicação e da convivência”. A função principal do mediador é acalmar os ânimos das partes, ajudando-as a resolverem o dissenso de forma serena e tranquila.

Para Luís Alberto Warat⁴⁰⁶, a maior diferença entre a mediação e os outros meios alternativos de solução de controvérsias está na característica de transformar sentimentos que podem ocorrer, graças à mediação, nas relações sentimentais conflituosas, situação não levada em conta no processo judicial e nos demais procedimentos alternativos de resolução de conflitos judiciais.

⁴⁰⁴ MAIA NETO, Francisco. *Op. cit.*, p. 18.

⁴⁰⁵ SOUZA, Fábio Araújo de Holanda. **Mediação familiar e a segurança pública**. Artigo publicado em 17 de junho de 2009. Disponível em: Acesso em: 22 ago. 2012. p. 01.

⁴⁰⁶ Luís Alberto Warat *apud* SALES, Lília Maia de Moraes. *Op. cit.*, p. 4.

3.3.7 Decisão judicial

A Justiça Estatal, concretizada por meio da decisão judicial em sentença vinculativa para as partes, decorrente de um processo judicial no qual o Estado-juiz profere a decisão que deve ser fundamentada na apreciação dos fatos e na aplicação do direito, é o método de solução de conflitos conhecido no Brasil como “método tradicional”. Faz parte da cultura brasileira, ou pela comodidade, ou pelo costume ou mesmo pelo desconhecimento acerca das formas alternativas de gestão de conflitos, confiar ao juiz a tarefa de decidir todo tipo de desavença⁴⁰⁷.

A decisão judicial é o meio pelo qual as partes se submetem à jurisdição estatal, que o solucionará prolatando uma sentença normativa estabelecendo as novas condições de trabalho da categoria⁴⁰⁸.

A tutela jurisdicional nada mais é do que o “meio de solução de conflitos, de seu mecanismo, a jurisdição, esse complexo sistema destinado a promover o processo com o fim de atingir seus escopos jurídicos, sociais e políticos”⁴⁰⁹.

Trata-se da “solução do conflito coletivo proferida pelo Poder Judicial”, onde as partes “se submetem a um órgão imparcial do Estado, incumbido da solução do conflito”. Vale lembrar que tanto a solução jurisdicional quanto a arbitragem são formas heterocompositivas de solução de conflitos, cuja diferença é que a decisão judicial é proferida por um juiz ou tribunal e a arbitragem por um árbitro eleito pelas partes⁴¹⁰.

Ao abordar o tema, Francisco Maia Neto⁴¹¹ elabora uma interessante “pirâmide da solução de conflitos”: na base inicia-se com a negociação e outras formas de composição de litígios entre as partes, sem interferência externa; passando pela mediação, onde surge o terceiro escolhido pelas partes; e segue pela conciliação, cujo terceiro independe da vontade das mesmas; chegando-se à arbitragem, onde o terceiro tem o dever de decidir; até atingir o topo da pirâmide

⁴⁰⁷ FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. *Op. cit.*, p. 52.

⁴⁰⁸ Plá Rodriguez *apud* MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Op. cit.*, p. 23.

⁴⁰⁹ CALMON, Petrônio. *Op. cit.*, p. 96-97.

⁴¹⁰ MORGADO, Isabele Jacob. *Op. cit.*, p. 21.

⁴¹¹ MAIA NETO, Francisco. *Op. cit.*, p. 19-20.

com o Poder Judiciário e a figura do juiz togado, que além de decidir possui poder de império.

3.4 **Mediação penal e justiça restaurativa**

Um dos campos mais controvertidos de incidência da mediação é o âmbito penal, porém, mesmo assim, sua aplicação vem sofrendo um processo crescente, principalmente por meio de programas de conciliação e reparação entre vítima e ofensor, notadamente em se tratando de Justiça da Infância e da Juventude.

Quando se fala da crise do direito penal, a referência imediata é a incapacidade de cumprir com os propósitos de prevenção de delito. É recorrente a demonstração prática de que o instrumento principal do direito penal, a pena, e em particular a pena de prisão, não tem funcionado realmente como instrumento para levar a cabo a readaptação social e em consequência a reinserção à sociedade do sujeito delincente.

Ao se analisar o direito penal clássico, denota-se que este possui caráter fragmentário, que o conduz à intervenção mínima e subsidiária, cedendo às outras disciplinas legais a tutela imediata dos valores primordiais da convivência humana e atuando somente em último caso. De acordo com a doutrina tradicional, a norma penal incriminadora visa proteger os bens jurídicos fundamentais da sociedade. Certamente nem todos serão plenamente resguardados, não de forma absoluta, o que seria impossível, mas dos considerados mais graves. Além disso, só deve agir quando os demais ramos do direito, os controles formais e sociais, tenham perdido a eficácia e não sejam capazes de exercer essa tutela⁴¹².

O que existe, na verdade, é a falsa crença do povo brasileiro que somente se reduz a criminalidade com a definição de novos tipos penais, com a diminuição da idade penal, com o agravamento das penas, com a supressão de garantias do réu

⁴¹² BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 84.

durante o processo e com a acentuação da severidade da execução das sanções, posição mundialmente generalizada⁴¹³.

Na palavra de Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini⁴¹⁴, “duas vêm sendo as premissas básicas dessa política puramente repressiva no Brasil: a) incremento de penas (penalização); b) restrição ou supressão de garantias do acusado”.

Está mais do que discutido e comprovado, tanto cientificamente, através da cognose da sociedade, dos tratados e escritos doutrinários firmados por renomados juristas, como também pela prática quotidiana, que a pena privativa de liberdade, como sanção principal e de aplicação genérica, está falida, porque além de não readaptar o delinquente, perverte, corrompe, deforma, avilta, embrutece, é uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas, onde se diploma o profissional do crime. Resta a conscientização de que, se não é possível eliminar a prisão de uma vez, deve ser conservada de forma limitada, ou seja, para os casos em que realmente é indispensável.

A aplicação desmedida, de forma irrestrita, da pena de prisão e seu agravamento, como vem acontecendo no Brasil, não reduz a criminalidade. Expõe Damásio Evangelista de Jesus⁴¹⁵ que:

[...] prova disso é que não conseguimos diminuí-la após o advento da Lei dos Crimes Hediondos e da Lei nº 8.930, de 06 de setembro de 1994⁴¹⁶, que incluiu algumas formas de homicídio no rol da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990⁴¹⁷. [...] Em outro plano, a imposição da pena privativa de liberdade sem um sistema penitenciário adequado gera a superpopulação carcerária, de gravíssimas consequências, como temos visto nas sucessivas rebeliões de presos, fenômenos que vem ocorrendo em todos os países”.

Para que a sanção penal tenha efeitos satisfatórios, tanto para o delinquente, como para a sociedade, deve-se desenvolver um movimento global, que inclu

⁴¹³ Winfried Hassemer *apud* JESUS, Damásio Evangelista de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 05.

⁴¹⁴ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 28.

⁴¹⁵ JESUS, Damásio Evangelista de. *Op. cit.*, p. 07.

⁴¹⁶ BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.930, de 06 de setembro de 1994**. Dá nova redação ao artigo 1º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8930.htm>. Acesso em: 20 out. 2012. p. 1.

⁴¹⁷ BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 20 out. 2012. p. 1.

medidas sociais, econômicas e legais. O direito penal está inserido no grande contexto social.

O que atrasa a evolução do sistema penitenciário não só no Brasil, como também no mundo, são os mecanismos ideológicos legitimadores do poder punitivo do Estado que propagam a ideia de que a imposição deste sofrimento irracional aos autores das condutas conflituosas ou socialmente negativas, que a lei define como crimes, poderá trazer proteção, segurança e tranquilidade. Trata-se de falsas crenças, partindo fundamentalmente da equivocada identificação da ação individualizada da criminalidade convencional como tradução da ideia de violência, identificação que se constrói basicamente por meio da ocultação de dados essenciais e da manipulação de sentimentos de medo e insegurança, de emoções provocadas por crimes mais cruéis, por poucos fatos que comovem e assustam, especialmente roubos, sequestros, alguns homicídios e estupros, ainda mais quando envolvem adolescentes.

Para Maria Lúcia Karam⁴¹⁸, esta crença na reação punitiva é fruto de uma perversa fantasia. Quando se fala em combate à impunidade, quando se pedem penas mais rigorosas, quando se advoga pela redução da idade penal, quando se apela para a necessidade de maior aparelhamento, de maior eficiência do sistema penal, esquece-se e se oculta que tal sistema só opera, e só pode operar, marginalmente, em um número reduzidíssimo de casos.

A reação punitiva do sistema atual, ao reverso do que se espera, acaba por produzir um maior número de violência. Provocando o isolamento, a estigmatização e a submissão ao inútil, profundo e desumano sofrimento da prisão daqueles que vão cumprir o papel de criminosos, o sistema penal faz destes poucos selecionados, pessoas mais desadaptadas ao convívio social e, conseqüentemente, mais aptas a cometer novos crimes e agressões à sociedade, funcionando, assim, como poderoso realimentador da criminalidade. Isto quando não é a própria reação punitiva a criadora da criminalidade e da violência por ela gerada, como ocorre em relação à chamada criminalidade de negócios ilícitos, como por exemplo, o tráfico de drogas, que muitas vezes continua nos presídios, onde os detentos por crimes mais

⁴¹⁸ KARAM, Maria Lúcia. **Aplicação da pena**: por uma nova atuação da justiça criminal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 02, nº 06, p. 117-132. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1994. p. 118.

leves aprendem a comercializar, saindo dos presídios formados em comercialização de substâncias entorpecentes.

Em uma visão maniqueísta, é muito cômodo taxar as pessoas de boas ou más, encarcerando as más e abandonando-as ao deslinde do sistema. Mesmo no cotidiano, existem pessoas, inclusive adolescentes, que, por características semelhantes à clientela do sistema penal, são vistos por supostos criminosos ou suspeitos. Esta violência contra o ser humano se acentua quando se vive num clima de pânico e de alarme social em torno da criminalidade, como no Brasil de hoje, a provocar um generalizado desejo de punição, uma intensa busca de repressão, uma obsessão por segurança.

Sobre o controle da violência punitiva, Maria Lúcia Karam⁴¹⁹ enfatiza que, neste quadro de apelo e aplauso à repressão penal, mais urgente se torna a necessidade de uma nova atuação, partindo de uma compreensão crítica da função judiciária e da democratização do exercício de tal função, de forma a dar um conteúdo ético ao direito penal, fazendo-o um instrumento de limitação, controle e redução dos níveis de violência punitiva.

O momento decisivo é o da aplicação da pena, eis que a violência punitiva já se faz presente pela própria imposição desse instrumento de limitação do poder punitivo do Estado. Também é nesta fase que se dá uma das mais significativas atuações do sistema penal, em sua função de manutenção e reprodução do poder de classe do Estado, de manutenção e reprodução das relações de dominação e exclusão.

É com a aplicação da pena que se distribui o status de *criminoso*, imposto àqueles indivíduos que, sendo condenados, passarão a ser oficialmente distinguidos dos demais. A aplicação política da Justiça Criminal, orientada no sentido de fazer do exercício do poder contido na função judiciária um instrumento de limitação, controle e redução à violência punitiva formal ou informal, no decisivo e inevitável momento da aplicação da pena, há que se direcionarem fundamentalmente no sentido de dar aplicabilidade efetiva àquelas garantias penais, fazendo-as valer direta e indiretamente contra leis ordinárias e mecanismos outros que as negam ou restringem.

⁴¹⁹ KARAM, Maria Lúcia. *Op. cit.*, p. 121.

A prisão não corrige nem readapta. Ao revés, pode funcionar como um fator criminógeno que aumenta os índices de criminalidade.

Teoricamente o direito penal existe para regular condutas básicas da vida social mediante normas que sancionam condutas particularmente reprováveis e protegem bens e valores fundamentais.

Nos últimos tempos, mais especificamente a partir da década de sessenta do século passado, vem sendo desenhada a ideia de substituir parcialmente o controle carcerário por um controle comunitário da criminologia, isto é, de passar de um controle segregativo para um controle integrador. Diversos juristas que continuam defendendo este entendimento já conseguiram algumas vitórias, mas se está longe de um sistema eficaz de cumprimento de sanção.

Ademais, alguns dos fatos sociais hoje tipificados como delitos não respondem a este esquema e poderiam ser solucionados por outros ordenamentos jurídicos, inclusive por sistemas alternativos de solução de controvérsias. Estas considerações se fazem extensivas ao regime jurídico dos adolescentes infratores.

A possibilidade de reparação ou conciliação entre vítima e delinquentes vem sendo concebida como uma alternativa à justiça penal tradicional. Atualmente existem esforços significativos nesse sentido, inclusive para ampliar tal prática estendendo-a aos jovens infratores, onde o fracasso do sistema socioeducativo é ainda mais sentido.

A ideia é aplicar o método interdisciplinar da mediação de conflitos no campo socioeducativo, mais especificamente no caso de adolescente infrator, como instrumento da “justiça restaurativa”, também denominada de “mediação restaurativa”. É que “em virtude das peculiaridades do campo criminal, em que as ofensas podem ser físicas, morais, patrimoniais e psicológicas, as abordagens transformativas são realizadas por meio de encontros ou círculos restaurativos”⁴²⁰.

A história brasileira da mediação restaurativa é bastante recente. A fonte inspiradora de sua prática é a Resolução nº 2002/12, emitida pelo Conselho Econômico e Social - ECOSOC da Organização das Nações Unidas - ONU, que define mediação restaurativa como “qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos”, sendo que:

⁴²⁰ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Op. cit.*, p. 125.

2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (*conferencing*) e círculos decisórios (*sentencing circles*) (Resolução da ONU nº 2002/12).

O resultado da mediação restaurativa é um acordo construído no processo, incluindo respostas e programas como reparação, restituição e serviço comunitário. O intuito é o de atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes como, também, promover a reintegração dos envolvidos, vale dizer, as partes, que significa a vítima, o agressor e quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um ato infracional.

A Resolução da Organização das Nações Unidas nº 2002/12 denomina o mediador penal de “facilitador”, que é uma pessoa com a função de facilitar, de modo justo e imparcial, a participação dos envolvidos ou afetados num processo restaurativo.

A mediação penal restaurativa pressupõe forma inovadora de responder aos conflitos gerados pela prática de um crime. Conforme Ana Luiza Godoy Isoldi e Egberto Penido⁴²¹:

A justiça restaurativa fomenta o potencial de transformação positiva do agressor e a responsabilização por meio da compreensão das razões, seus atos e as consequências. Assim, a imposição da pena deixa de ser vista como compensação do dano [...] dessa forma a justiça restaurativa passa pela capacidade de o agressor entender o ocorrido, de se conscientizar dos danos e assumir a responsabilidade pela sua conduta. Nesses termos, não é só garantido a reparação do dano sofrido pela vítima, mas também a recomposição da comunidade em que ambos estão inseridos.

A mediação penal restaurativa é um processo por meio do qual se fomenta o diálogo, onde o mediador imparcial facilita a comunicação entre vítima e infrator, permitindo que a vítima expresse seus sentimentos e necessidades e o agressor aceite e atue de acordo com sua responsabilidade.

A Resolução da Organização das Nações Unidas nº 2002/12 prevê seis regras básicas para a utilização da mediação penal restaurativa, a saber:

⁴²¹ ISOLDI, Ana Luiza Godoy; PENIDO, Egberto. **Justiça restaurativa**: a construção de uma nova maneira de se fazer justiça. In: *MPMG jurídico* (Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais), ano I, nº 03, p. 60-61. dez. 2005/jan. 2006. p. 60.

a) esses programas visando a justiça restaurativa podem ser usados em qualquer estágio do sistema de justiça criminal, de acordo com a legislação nacional;

b) só devem ser utilizados quando existir prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e, ainda, mediante o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor. É preciso permitir à vítima e ao ofensor a possibilidade de revogarem o consentimento a qualquer instante no decorrer do processo. São quatro os principais requisitos do acordo: a livre vontade, estipulação de obrigações razoáveis e proporcionais, revogabilidade do consentimento a qualquer tempo e confidencialidade das discussões;

c) o fundamento do processo de mediação penal restaurativa é a concordância, da vítima e do ofensor, sobre os fatos essenciais. Destaca-se que a participação do ofensor não poderá ser usada em eventual processo judicial ulterior como prova de admissão de culpa;

d) o mediador, ao derivar e conduzir um caso no processo restaurativo deve considerar as disparidades que impliquem em desequilíbrios, assim como as diferenças culturais entre as partes;

e) ao se decidir pelo processo de mediação penal restauradora, bem como durante sua condução, deve-se considerar e assegurar a segurança das partes; e

f) se não for indicado ou possível o processo restaurativo, o caso deve ser encaminhado às autoridades do sistema de justiça criminal tradicional para a prestação jurisdicional sem delonga. Mesmo nesses casos as autoridades deverão estimular o ofensor a responsabilizar-se frente à vítima e à comunidade e apoiar a reintegração da vítima e do ofensor à comunidade.

Os principais benefícios da mediação penal restaurativa são:

a) para a vítima:

- permite que a vítima seja ouvida e suas palavras e sentimentos sejam levados em conta;

- representa a oportunidade de participação da vítima, na resolução do conflito que a atingiu;

- permite à vítima revelar ao agressor o impacto tanto material quanto psicológico da infração cometida;

- realiza o ressarcimento ou a compensação de modo mais ajustado aos interesses e expectativas da vítima;

- permite à vítima tomar conhecimento e perceber as motivações e circunstâncias que levaram ao delito, o que pode contribuir para superar os medos e traumas e abrandar eventuais sentimentos de cólera; e

- por ser um procedimento não confrontativo e pacífico provoca menor desgaste emocional;

b) para o infrator:

- permite o confronto com a vítima e com o impacto produzido pela sua conduta, o que contribui para que se conscientize quanto aos prejuízos causados e aceite a devida responsabilização;

- representa uma forma de revalorização da pessoa do agressor, pois permite que se conscientize e reconheça a dimensão e valores dos bens jurídicos ofendidos e se responsabilize pela resolução do conflito;

- enfim, dá ao ofensor a oportunidade de reparar o dano que causou;

c) para a comunidade:

- permite a busca de solução de conflitos de natureza penal sem a necessidade de passar por um processo judicial;

- significa a aproximação da justiça penal dos cidadãos, eis que se trata de um meio não formal e flexível, que proporciona e apela à participação da sociedade a resolução de conflitos que também lhe dizem respeito diretamente;

- é um procedimento célere e economiza tempo e dinheiro, porque o processo restaurativo é mais curto e imediato do que a via judicial, evitando que o conflito perdure no tempo; e

- contribui para a compreensão do fenômeno da delinquência, bem como para a promoção do envolvimento da comunidade e a diminuição da reincidência.

A mediação penal restaurativa vem ganhando espaço por funcionar como a resposta que leva as partes (vítima, ofensor e a micro-comunidade) a reparar, em conjunto, os danos e prejuízos causados, por meio de soluções alternativas à prática jurídica tradicional.

Conforme Petrônio Calmon⁴²², a mediação penal figura como o diálogo entre o autor do fato criminoso e a vítima, facilitado por uma terceira pessoa neutra, imparcial, que ajuda na busca de solução do conflito. O encontro face a face entre a vítima e o ofensor permite o diálogo sobre o fato criminoso, quando, por exemplo, a

⁴²² CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 253-254.

vítima pode indagar ao seu algoz acerca dos motivos que levaram à conduta criminosa, as razões de ser escolhido como vítima, dentre outras perguntas que jamais seriam proferidas diante de um juiz ou de um Tribunal de Júri. Essa comunicação poderá trazer alento à vítima que, além de saber as razões do autor do fato criminoso, poderá desabafar sobre seu sofrimento e expor sua revolta de forma pacífica.

Ademais, a mediação penal também autoriza a resolução objetiva do conflito, ou seja, a proposição de pena e a fixação de obrigações. A reparação poderá ser de natureza econômica, na forma da realização de um serviço em benefício da vítima ou à coletividade. Ainda pode simplesmente resultar numa manifestação de arrependimento ou num pedido de desculpas. Nas palavras de Petrônio Calmon⁴²³:

Como em qualquer mediação, o diálogo não se iniciará com a busca de um acordo como meta principal. A mediação se inicia com o conhecimento mais profundo dos envolvidos, onde um procurará ouvir o outro e será igualmente dado a conhecer. Prossegue com o levantamento das circunstâncias em que ocorreram os fatos, para se falar do fato em si; e de suas consequências. Isso tudo fará com que as partes exteriorizem seus sentimentos e ressentimentos, proporcionando caminhar para uma ideia de acordo. Nesse ponto ambas saberão qual seria o acordo mais produtivo para cada uma, saberão ter retirado de seu objetivo a prevalência de sua posição pessoal, para buscar atender ao seu real interesse.

O objeto da mediação penal restaurativa não é o ato criminoso, nem a reação social a respeito do crime, nem mesmo a pessoa que pratica o delito. Não se trata de uma vingança do Estado contra o criminoso. Esses são focos da intervenção do direito penal tradicional e do direito de punir do Estado. O objeto real da mediação penal restaurativa é o resultado, vale dizer, as consequências do delito e as relações que são afetadas pela conduta criminosa.

O crime é concebido pela justiça restaurativa não apenas como uma ofensa ao Estado, mas como um ato que causa danos materiais e psicológicos à vítima e ao seu entorno social, provocando conflitos e desordem interpessoal. A solução do conflito é buscada na individualidade de cada caso, fazendo parte de um processo educacional de reinserção social do delinquente.

Os tipos penais passíveis de mediação penal restaurativa são todos os conflitos em que as partes e a comunidade possam se beneficiar com o resultado. Assim, sempre que os benefícios do processo restaurativo sejam identificados como

⁴²³ CALMON, Petrônio. *Op. cit.*, p. 254.

possíveis, os métodos da mediação penal restaurativa podem ser usados, em qualquer tipo penal e qualquer estágio do processo de justiça criminal.

A restrição ao uso dos recursos restaurativos se relaciona apenas à capacidade de reflexão das pessoas eleitas para participar de processos dessa natureza. Contudo, numa primeira fase de implantação do sistema, é salutar que os mediadores atuem apenas em fatos de menor potencial ofensivo, como agressões leves e outros conflitos. Com o passar do tempo e o aperfeiçoamento da prática, é possível abarcar outras classes de prática infracional, como, por exemplo, a prática de furtos.

Essencialmente a mediação penal restaurativa tem por meta substituir o castigo pela compensação, a exclusão pela reintegração e a imposição pela negociação. Devido aos seus benefícios relacionados à responsabilização, à conscientização e à possibilidade de reflexão, vem sendo cada vez mais pensada e praticada para a resolução de conflitos penais envolvendo adolescentes. É justamente sobre a mediação penal restaurativa para o adolescente em conflito com a lei que trata o capítulo seguinte deste estudo.

4 MEDIAÇÃO PENAL/SOCIOEDUCATIVA RESTAURATIVA COM ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI

Este capítulo discute a aplicação de mediação socioeducativa restaurativa como resposta aos atos infracionais praticados por adolescentes⁴²⁴, com o intuito de verificar a natureza jurídica da mediação disciplinada na Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), como também de apresentar um roteiro básico para o procedimento restaurativo/mediador para adolescentes infratores, visando à construção de uma proposição normativa norteadora como ponte de ligação entre a exclusão do adolescente infrator e sua reinserção social.

Destaca-se, por primeiro, que os mesmos impasses enfrentados pelo direito penal dos adultos também afetam a execução de medidas socioeducativas de adolescentes em conflito com a lei. Por isso, é forçoso reconhecer que a solução dos problemas que derivam da prática infracional não reside nas fórmulas autoritárias de redução da menoridade penal e nem da internação habitual e corriqueira de jovens infratores.

A mediação penal/socioeducativa restaurativa, desenvolvida pelo psicólogo Silvan Tomkins em 1962-1963 e aperfeiçoada em 1992-1993, é um procedimento fácil e baseia-se na “teoria do *script*” ou “teoria do afeto”. É possível imaginar que quem afirma que “funciona como mágica” está exagerando. Porém, basta presenciar uma reunião restaurativa para mudar de ideia. De fato, consegue-se transformar raiva e hostilidade em cooperação e resolução e, ainda, proporcionar um ambiente que permite a livre expressão da emoção, minimizando a expressão de emoções negativas e maximizando a expressão de emoções positivas⁴²⁵.

Em seus estudos, Silvan Tomkins⁴²⁶ identificou nove tipos de afetos humanos. Seis deles são negativos, como a *aversão*, a *repulsa olfativa* (cheiro ruim), a *raiva-fúria*, a *aflição-angústia*, o *medo-terror*, e a *vergonha-humilhação*; um afeto

⁴²⁴ Como referenciado na Lei nº 12.594 de 2012, em seu art. 35, itens II e III, os quais tratam das formas de autocomposição de conflitos, no “Título III - Da Execução das Medidas Socioeducativas”. Vale lembrar que a lei em questão, no art. 35, inciso I, estabelece os princípios básicos da execução de medidas socioeducativas, evidenciando a excepcionalidade da intervenção judicial, bem como a imposição de medida para que haja a possibilidade da autocomposição do conflito entre as partes envolvidas. Já o item II do mesmo dispositivo legal prioriza a prática ou medida restaurativa, às quais devem atender, sempre que possível às necessidades das vítimas.

⁴²⁵ WACHTEL, Ted; O'CONNELL, Terry; WACHTEL, Ben. *Op. cit.*, p. 65.

⁴²⁶ Silvan Tomkins *apud* WACHTEL, Ted; O'CONNELL, Terry; WACHTEL, Ben. *Op. cit.*, p. 66.

neutro que é a *surpresa-espanto* e dois afetos positivos que são o *interesse-empolgação* e o *contentamento-alegria*. As expressões que o autor apresenta permitem a gradação de sentimentos menos ou mais intensos, dependendo de cada pessoa ou situação.

Esses afetos são claramente identificados nos bebês. Nos adultos, esses sentimentos são mascarados, modificando-se voluntariamente as expressões faciais. Ademais, as reações aos afetos podem ser alteradas por experiências vivenciadas. Esse processo é denominado por Silvan Tomkins⁴²⁷ de “emoções”. O afeto permanece, mas as emoções mudam dependendo do indivíduo e da cultura onde vive, ou seja, “a emoção é o afeto depois da ação dos eventos de nossas vidas”.

Numa reunião restaurativa acontece, por meio da livre expressão, a progressão natural das emoções negativas para as positivas. Quando os participantes entram pela primeira vez na sala de reunião, percebem-se sentimentos de raiva, aversão, aflição e medo. À medida que os infratores e as vítimas vão relatando as experiências vivenciadas, os infratores, seus familiares e amigos passam a sentir vergonha da conduta praticada. Quando os infratores aceitam a responsabilidade e as vítimas sentem-se reconhecidas, as emoções negativas dão lugar ao interesse e até mesmo ao contentamento e, assim, chegam à solução pacífica do conflito pela compreensão sobre os fatos ocorridos.

Ao lado das explicações psicológicas da teoria do afeto de Silvan Tomkins, às reuniões restaurativas o criminalista australiano John Braithwaite⁴²⁸ apresenta uma explicação sociológica, a partir da observação de que as sociedades que reintegram os infratores, ao invés de estigmatizá-los, tem as taxas mais baixas de criminalidade. Destaca que o sistema penal tradicional estigmatiza os infratores: “punimos, multamos, fazemos reprimendas, encarceramos, detemos, suspendemos e expulsamos, mas prestamos pouca ou nenhuma atenção à reparação dos danos reais causados à vítima e à comunidade”. Já as estratégias da justiça restaurativa permitem que os infratores compensem seus erros, reparem os danos causados, tenham a oportunidade de se desculparem com a vítima e seus familiares, e obter a aceitação e se reintegrarem à comunidade⁴²⁹.

⁴²⁷ Silvan Tomkin *apud* WACHTEL, Ted; O'CONNELL, Terry; WACHTEL, Ben. *Op. cit.*, p. 66.

⁴²⁸ John Braithwaite *apud* WACHTEL, Ted; O'CONNELL, Terry; WACHTEL, Ben. *Op. cit.*, p. 73.

⁴²⁹ *Idem, ibidem*, p. 73-74.

Esse processo ocorre, segundo John Braithwaite⁴³⁰, pela “vergonha reintegradora”. A vergonha reintegradora é aquela que “produz vergonha enquanto mantém os laços de respeito ou amor, que encerra a reprovação com o perdão, ao invés de potencializar o desvio mediante a gradual exclusão do desviante”. Porém, essa vergonha não é produzida, é um processo natural. Não se convoca uma reunião para causar vergonha. A vergonha surge de forma automática e natural nos infratores e em suas famílias, como decorrência da conscientização dos atos praticados, resultado do confronto com a realidade das transgressões cometidas, permitido pela reunião transformativa. O objetivo tem que ser a integração. Só ela pode romper estigmas e o desenvolvimento de subculturas negativas. Para chegar à sua teoria da vergonha integradora, John Braithwaite substituiu a pergunta “por que os criminosos fazem coisas erradas?” pela indagação “por que a maioria das pessoas fazem coisas certas na maior parte do tempo?”. Ao final de suas pesquisas, constatou que as pessoas fazem coisas certas para agradar os outros com quem se importam, descobrindo que a família e os amigos funcionam, nos jovens, como fonte poderosa de controle social. Desde então passou a defender a mediação penal restaurativa para a reintegração social de adolescentes infratores.

É por essas e outras razões que se advoga no sentido da prática da mediação penal restaurativa para adolescentes infratores, construindo, destarte, a ponte que liga a ilha da exclusão à reinserção social, por intermédio da mediação prevista na nova Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), como se passa a observar.

4.1 A prática restaurativa penal pela mediação para adolescentes infratores como socioeducação

O ponto nodal da questão da infração juvenil, longe de demandar a severidade da reação penal do Estado e de estimular excessiva e extrema providência como a internação do infrator, gera grave prejuízo do emprego positivo

⁴³⁰ John Braithwaite *apud* GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Perversão e vergonha**: uma leitura de John Braithwaite e da justiça restaurativa a partir de Jean-Pierre Lebrun. In: Revista de Direito e Psicanálise, vol. 02, nº 03, p. 05-37. Curitiba, jan./dez. 2010. p. 13-14.

das medidas socioeducativas em regime de liberdade. O Poder Público deveria ser capaz de promover a identificação dos fatores sociais da violência e que geram o ato infracional nessa parcela da sociedade, a qual vive, na maioria das vezes, em condições adversas, como o estado de abandono material e a situação de exclusão social dos mesmos. A denúncia mais veemente é que são vítimas, muito mais do que autores de atos infracionais, das condições opressivas que desrespeitam a sua essencial dignidade. Chegou a hora de se construir uma sociedade livre, justa e solidária, que permita erradicar a pobreza nas várias modalidades e suprimir a marginalização, cumprindo, desse modo, as promessas solenemente proclamadas no texto da própria Constituição Federal de 1988.

Como pontua Afonso Armando Konzen⁴³¹, a própria privação de liberdade afasta o adolescente do convívio social, contradizendo, no mais das vezes, seu principal objetivo, que é a socioeducação. Nas suas palavras:

Tal qual a prisão, o estabelecimento educacional destinado à privação de liberdade do adolescente é produto da mesma cultura técnico-disciplinar que se fundamenta na ideia de transformar os indivíduos [...]. Não se deveria, no lugar de somente tentar melhorar o que bravamente resiste a quaisquer melhoras, investir mais consistentemente em dimensões com a capacidade de evitar a institucionalização?

Como alternativa, entra em cena a mediação penal/socioeducativa restaurativa, que se trata de uma nova forma de abordar e de lidar com as infrações, na medida em que destaca não apenas o ato infracional em si, mas as necessidades das partes envolvidas e a reparação do dano. Trata-se de uma experiência já em desenvolvimento em diversos países e, no Brasil, vem trilhando os primeiros passos, tanto em termos normativos quanto práticos.

A mediação penal/socioeducativa restaurativa é uma nova forma de se pensar a resolução de conflitos, mais condizente com as demandas emergentes na sociedade contemporânea, que se traduz como resposta às ideias democráticas e como afirmação dos direitos individuais pela valorização da autodeterminação e da responsabilização pessoal⁴³². Com base nos princípios da proteção da vítima e da

⁴³¹ KONZEN, Afonso Armando. **Justiça restaurativa e ato infracional**. Porto Alegre: Livrariado do Advogado, 2007. p. 67.

⁴³² “Em termos de autonomia, cidadania, democracia e direitos humanos a mediação pode ser vista como a sua melhor forma de realização. As práticas sociais de mediação configuram-se em um instrumento de exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões, sem a intervenção de terceiros que decidem pelos

reparação autor-vítima, ou seja, da reparação como novo paradigma de justiça penal, trata-se de uma reação ao sistema penal tradicional baseado na convicção de que apenas uma autoridade intimidatória poderia assegurar ou restabelecer a paz social.

Para Selma Pereira de Santana⁴³³, a justiça restaurativa é inaplicável no âmbito do direito penal juvenil. No seu entendimento, quanto ao aspecto da prevenção especial, a mediação penal restaurativa seria de extrema utilidade, na medida em que o confronto com a vítima do crime poderia “construir um dado potencializador do fim perseguido da educação para o direito e da responsabilização do jovem infrator”⁴³⁴. Como pontos favoráveis, destacam-se os seguintes:

a) pela obrigação de reparar, o jovem seria levado a se deparar com os danos que causou e com a pessoa da vítima de forma muito mais direta e incisiva do que aconteceria se permanecesse anônima, podendo estabelecer um ato de expiação interna, com consequências desencadeadoras de socialização;

b) a reparação é uma prestação social construtiva que pode ser imposta ao adolescente infrator, que pode conduzi-lo ao reconhecimento do direito e acarretar uma reconciliação com a vítima, principalmente quando é voluntária; e

c) a reparação leva à socialização e supera qualquer medida de tratamento, como as socioeducativas, pois não perdura no tempo, não produz o perigo de violação de personalidade e não afasta o jovem de seus estudos, de sua profissão, de seu trabalho e de sua família, enfim, dos vínculos sociais. O jovem não precisa ser reinserido porque não é afastado da sociedade em nenhum momento. Também não corre o risco de sofrer má influência nos estabelecimentos destinados a internação.

Contudo, apesar do reconhecimento desses pontos positivos, Selma Pereira de Santana⁴³⁵ destaca um aspecto que compreende como intransponível para a prática da mediação penal restaurativa com adolescentes infratores: “a necessidade da personalidade do cumprimento dessa sanção para que atinja os fins preventivos

afetados no conflito. [...]. É uma forma de poder perceber a responsabilidade que toca a cada um em um conflito, gerando deveres reparadores e transformadores” (WARAT, Luís Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 88).

⁴³³ SANTANA, Selma Pereira. **Justiça restaurativa**: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 283.

⁴³⁴ SANTANA, Selma Pereira. *Op. cit.*, p. 283.

⁴³⁵ SANTANA, Selma Pereira. **Justiça restaurativa**: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 283.

gerais e especiais, em razão da estreita vinculação com o princípio da culpabilidade”.

Destaca que a reparação pode consistir numa indenização à vítima ou prestações imateriais, como um pedido de desculpas, prestações de trabalhos de utilidade pública, o que “já vêm sendo colocados em prática, com sucesso, através do direito tutelar, para o infrator inimputável, embora se saiba que se trate não de sanção penal, mas de medida socioeducativa”.

Caso se considere as prestações reparatórias a serem realizadas pelo adolescente infrator apenas como imateriais, sua execução estaria assegurada e também superada a questão da personalidade. No entanto, se a vítima, ao invés de prestação imaterial, exigir uma indenização como compensação das consequências do ato infracional, surge a realidade de que o adolescente dificilmente poderá adimplir essa prestação às suas próprias expensas, eis que normalmente não dispõe de dinheiro ou recursos para tanto. Diante disso, o ônus, inevitavelmente, seria transferido para seus pais ou responsáveis, o que afastaria do jovem a possibilidade de ser responsabilizado pelo ato infracional que praticou.

Assim, ainda conforme o entendimento Selma Pereira de Santana⁴³⁶, tal situação acabaria por afrontar o princípio da personalidade do cumprimento da sanção penal e da culpabilidade do infrator. É sob estes argumentos, “diante da relativa possibilidade, ou da prática impossibilidade de cumprimento, pelo jovem infrator, da prestação reparatória de indenização a vítima”, que Selma Pereira de Santana entende que a mediação penal restaurativa é “inaplicável no âmbito do direito penal do jovem adulto”.

Já Afonso Armando Konzen⁴³⁷, que defende a participação direta, em todo o processo de decisão, dos interessados no resultado da solução do conflito, e propõe a prática da justiça restaurativa, em detrimento do sistema acusatório da tradição retributiva, também no caso de adolescente infrator.

Destaca-se que a justiça restaurativa está harmonizada com a justiça penal tradicional, inclusive indica princípios disciplinadores e prevê a supervisão e

⁴³⁶ SANTANA, Selma Pereira. **Justiça restaurativa**: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 283.

⁴³⁷ KONZEN, Afonso Armando. *Op. cit.*, p. 67.

controle, pelo Estado, dos acordos. Conforme Ana Carla Coelho Bessa⁴³⁸, a mediação penal/socioeducativa restaurativa não pode ser taxada como conivente ou permissiva do autor do ato infracional, ou, de outro lado, como punitiva. A pretensão dessa prática é o diálogo, a comunicação e o envolvimento ativo da vítima, do agressor (adolescente) e de outros envolvidos, na busca da melhor solução possível para o conflito.

No processo penal tradicional, inclusive nos procedimentos do Estatuto da Criança e do Adolescente, baseado na doutrina retributiva da responsabilização por meio de medidas socioeducativas, não existe comunicação entre vítima e agressor. O próprio sistema se encarrega de evitar ao máximo qualquer contato entre as partes. Pelo novo modelo da justiça restaurativa, a pretensão é aproximar ofensor, vítima e demais envolvidos, para que dialoguem, sempre com o auxílio de um mediador, e juntos consigam restaurar as necessidades emergentes do ato infracional perpetrado, pela reparação propriamente dita, pelo assumir voluntariamente as responsabilidades e, ainda, pela reconciliação.

Esse novo paradigma da mediação penal restaurativa, em substituição à retribuição da pena, corresponde à transferência da cultura da culpa sobre o ato praticado para a cultura da educação e do aprendizado voltados para o futuro. Desse modo, abre-se a possibilidade para que cada envolvido se responsabilize pelos atos praticados, sem a necessidade do Estado declarar culpado ou inocente.

Com efeito, a prática da mediação penal restaurativa nos atos infracionais perpetrados por adolescentes se reveste de peculiar caráter preventivo. No sistema retributivo tradicional, as infrações mais leves tendem a ser ignoradas e as mais graves a serem severamente punidas, gerando no autor do delito a sensação de impunidade no primeiro caso e de injustiça por arbitrariedade no segundo. A justiça restaurativa, por sua vez, é educativa, pois permite que o autor de delito leve, e que normalmente abre portas para outros atos infracionais, reflita sobre sua conduta, se arrependa e não volte mais a delinquir.

Contudo, é preciso verificar a legitimidade da prática da mediação penal restaurativa em se tratando de adolescentes, que são pessoas em condições humanas de desenvolvimento e, portanto, detentoras de tutelas especiais. Ademais,

⁴³⁸ BESSA, Ana Carla Coelho. **Justiça restaurativa e mediação para o adolescente em conflito com a lei no Brasil**. Dissertação (mestrado) - Orientadora Lília Maia de Moraes Sales. Universidade de Fortaleza, 2008. p. 116.

não se pode descurar das garantias constitucionalmente asseguradas para o sistema acusatório.

Sobre o assunto, Afonso Armando Konzen⁴³⁹ destaca a possibilidade real de harmonização entre o modelo restaurativo e o modelo garantista, na medida em que a mediação penal restaurativa só se concretiza com a manifestação voluntária e livre dos envolvidos, principalmente o autor, que deve admitir sua autoria e mostrar-se desejoso por responder pelo ato que praticou. A pretensão não é substituir o direito penal ou as medidas socioeducativas, mas primar pelo direito ao exercício da palavra, à comunicação e ao diálogo, enfim, pela mediação restaurativa como método ético de solução de conflitos e de contenção da violência. Nas suas palavras, o procedimento pela mediação penal restaurativa:

[...] nutre-se, como característica fundamental de distinção em relação ao proceder pela tradição retributiva, do desejo da instalação do ambiente em que os sujeitos em conflito são merecedores de um direito, o do exercício da palavra. Não a palavra na estrutura legal do interrogatório, nem na ordem do responde-o-que-perguntado dos depoimentos, formas de submissão típicas das relações de poder. Mas uma palavra posta na circularidade horizontal dos falantes diretamente interessados, *locus* em que a fala é sem intermediários, é face-a-face, olhos nos olhos. Digo da minha dor de ofendido e ouço. Digo das minhas razões de ofensor e ouço. No encontro e na circulação do falar e do ouvir, a circulação de novos sentidos.

A mediação penal restaurativa não tem a pretensão de abolir o modelo retributivo, muito menos negar sua importância para certas ocorrências, mas abrir uma fenda no rigorismo do sistema penal tradicional para que outros procedimentos possam atuar na busca de respostas mais satisfatórias aos efeitos dos atos infracionais e ao aumento da violência.

Juan Carlos Vezzulla⁴⁴⁰ também defende a aplicação da mediação penal restaurativa com adolescentes em conflito com a lei, justificada na abordagem do “pelo que realmente é”. Esse autor explica que existem dois modos diferentes de tratar o adolescente autor de ato infracional: o do “pelo que deveria ser” e o do “pelo que realmente é”. O primeiro decorre do desconhecimento da realidade e imposição de um modelo do que deveria ser; o segundo reflete o conhecimento-reconhecimento da realidade sem preconceito. Nas suas palavras:

⁴³⁹ KONZEN, Afonso Armando. *Op. cit.*, p. 67.

⁴⁴⁰ VEZZULLA, Juan Carlos. **A mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional**. Florianópolis: Habitus, 2006. p. 114.

Se abordamos a problemática do adolescente autor do ato infracional da perspectiva do que deveria ser, assumiremos uma posição assistencial e até penalista baseada num modelo esperado ou desejado de adolescente e de sua inserção na sociedade⁴⁴¹.

Prossegue explicando que esse modelo leva ao entendimento de que o adolescente infrator precisa ser reeducado e, se não aceitar essa reeducação, deve ser segregado para servir de exemplo do tratamento que devem receber os rebeldes e também para proteger a sociedade. Porém, a segregação gera insatisfação e violência, além de abrir as portas para a reincidência, já que o ato infracional se torna o único espaço que lhe resta na sociedade.

Já o enfoque “a partir do que realmente é”, leva ao acolhimento respeitoso do adolescente para ouvi-lo abertamente, sem a imposição de modelos previamente estabelecidos. Esse tratamento do adolescente como sujeito detentor do direito de falar e de ser escutado antes de qualquer julgamento produz um efeito emancipador decorrente da capacitação pelo conhecimento-reconhecimento. Sente-se integrado, capacitado e fortalecido para enfrentar a realidade e assumir a responsabilidade de seus atos.

Para esta doutrina⁴⁴², o serviço de mediação penal restaurativa deve ser um espaço informal, aberto ao acolhimento de qualquer realidade, com muito respeito e consideração, tratando o adolescente como ser humano único, sem modelos pré-estabelecidos ou padrões de condutas desejadas ou esperadas. Ademais, Juan Carlos Vezzulla⁴⁴³ destaca que a lei deve ser um dos participantes da mediação:

Nessa dinâmica comunicacional entre o adolescente e a lei [sociedade], entre o adolescente e a vítima, entre o adolescente e sua família, e os outros participantes que ele escolha para dialogar, estará à possibilidade de alcançar o conhecimento-reconhecimento e o exercício da função paterno-materna que o fortalecerá no seu ser, sujeito de seus próprios desejos, e de incorporar-se por adesão e não por imposição ao convívio com os outros sujeitos, com a comunidade, solidariamente.

Desse modo, a mediação não aconteceria apenas entre a vítima e o ofensor, com o auxílio do mediador, visando apenas à conciliação do adolescente autor de ato infracional com a vítima. O objetivo é promover e estimular o sentido de dignidade e de valor do adolescente autor de ato infracional e estimular sua

⁴⁴¹ VEZZULLA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 114.

⁴⁴² VEZZULLA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 115-117.

⁴⁴³ VEZZULLA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 116.

reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade. Desse modo, a prática da mediação penal/socioeducativa restaurativa opera como instrumento de prevenção e de transformação da conduta infracional durante o período da adolescência.

A mediação, então, funcionaria como ponte de reinserção social do adolescente autor de ato infracional, porque este se sentiria excluído do convívio social. Este tema complexo, não obstante seja objeto de discussões aprofundadas, parece ser condicionado a um processo de conhecimento apelidado, na Antigüidade grega, como “a cama de Procusto”⁴⁴⁴, cujo relato lança luz sobre a dimensão do problema que será enfrentado no decorrer deste trabalho.

Na localidade de Coridalos, viviam muitos gigantes e homens normais também crescidos. Os homens maiores sempre subjugavam os menores. Como Coridalos ficava numa região da Ática, soprou até lá um hálito de razão vindo de Atenas, inspirando o gigante Polípemo, que era particularmente grande, a pensar.

Durante várias semanas, ele andou pensativo pela paisagem, refletindo sobre a desigualdade dos homens. Depois, se nomeou “procusto”, o esticador, e construiu duas camas, uma para os gigantes e outra para os não-gigantes. Na cama para os não-gigantes, ele colocava os gigantes e lhes cortava as pernas, de modo que coubessem inteiros na cama dos não-gigantes. Na cama dos gigantes, colocava os não-gigantes e os esticava até que esses se adequassem ao grande tamanho disponível.

Palas Atenas⁴⁴⁵, cujo hálito de razão soprou até Coridalos, sentiu-se responsável e dirigiu-se a Procusto. Ela lhe perguntou o que fazia. Procusto respondeu-lhe:

⁴⁴⁴ A expressão “procrusto” em algumas doutrinas é apresentada como “procusto”. A diferença de terminologia aplicada decorre da tradução. Nos textos em espanhol, o termo utilizado é “procusto” conforme se depreende dos seguintes artigos: ÑAUPARI, Héctor. **Peru, entre Sísifo y Procusto**; SALAZAR, Felipe Rilova. **El derecho de procusto**; dentre outros. Na linguagem alemã utiliza-se a palavra *prokrustes*, que na tradução para a língua portuguesa, fica “procrusto”. Neste trabalho utilizou-se o termo “procusto” apenas para uniformização didática. DÜRRENMATT, Friedrich. **Prokrustes**. Disponível em: <www.geocities.com/Athens>. Acesso em: 10. Dez. 2003.

⁴⁴⁵ *Hija de Zeus y Metis. Antes de su nacimiento Zeus se tragó a Metis y momentos después, Atenea brotaba de la cabeza del padre. De esa herida sangrante salió Atenea, revestida de brillante armadura y blandiendo una jabalina. En su honor se celebraban, cada cuatro años, en Atenasa, las fiestas Panateneas. Atenea, a quien los griegos solían llamar Palas Atenea, era venerada bajo dos aspectos: como diosa guerrera y como diosa de las artes, de la paz y de la inteligéncia. Daí o nome Palas Atenea ou “Palas Atena”. Existe otro mito asociado a la diosa que recoge la disputa entre Poseidón y Atenea por la ciudad de Atenas, para precisar quién la tomaría bajo su protección y quien sería su nombre. Al fin, decidieron hacerle cada uno un regalo a la ciudad y que ganara el que los otros dioses consideraran que había sido el mejor.* Por isso utilizam-se as expressões: “Palas Atenea”, “Palas Atena” e “Palas Atenas” (GONZÁLES, Isabel Prieto. **Mitología**: Palas Atenea. Disponível em: <<http://www.dearqueologia.com/isa.htm>>. Acesso em: 10. Out. 2005).

Estou agindo de acordo com o hábito que me fez pensar, ó deusa. Comecei a pensar sobre a desigualdade dos homens e percebi que ela é injusta. De-me conta de que a justiça exige que todos os homens sejam iguais. Como há gigantes e não-gigantes em Coridalos, e uns subjugam aos outros, cheguei à conclusão de que os homens daqui são desiguais de dois modos: em seu ser e em seu fazer. Isto não é razoável. Resolvi, então, cortar as pernas dos gigantes e esticar os não-gigantes, que se tornam iguais por ficarem aleijados e não poderem oprimir uns aos outros. E se eles morrem, em consequência da operação, também ficam iguais entre si, já que a morte os torna todos iguais. Isto não é razoável?

Com o silêncio da deusa, que retornou a Atenas, Procusto convenceu-se da correção de seu procedimento. Àqueles que torturava, afirmava que o fazia em nome da justiça, por que um gigante tinha o direito de ser um não-gigante e vice-versa.

A localidade de Coridalos tornou-se um inferno, repleta dos gritos dos martirizados, e os deuses tapavam os ouvidos, embaraçados, por não terem argumentos para opor a Procusto.

Todos, gigantes, não-gigantes e até os mortos de seus túmulos amaldiçoavam Procusto, que não compreendia a razão de tantos protestos. Passou a acreditar que era o método que utilizava e então comprou bons colchões para as camas, compreendendo que os que continuavam a amaldiçoá-lo não haviam sido iluminados com a luz da razão. Ele dizia para suas vítimas que era heroico sofrer cada um em sua cama específica, fabricada por árvores de todo o país, o que acrescia um motivo patriótico para as suas torturas.

Com o tempo, gigantes e não-gigantes começaram a se oferecer como voluntários e as maldições sobre as torturas arrefeceram. Os motivos exibidos por Procusto consolavam aquela população de tanto sofrimento, a ponto de muitos aleijados terem se convencido de que foram torturados em nome de um futuro melhor. Por adaptação evolucionária, mulheres gigantes passaram a dar à luz a não-gigantes aleijados e mulheres não-gigantes, a gigantes aleijados, de modo que Procusto não precisou mais torturar.

Procusto revoltava-se com os que ainda acreditavam que torturava por prazer e não por necessidade histórica, porque era seu objetivo implantar a igualdade entre os homens de Coridalos.

Enquanto isso, o jovem Teseu caminhou de Tróia para Atenas, para lá se tornar rei, como filho de Egeu. Visto que ele concebia a política de um novo ponto de vista, ao visitar Coridalos, se admirou muito da ideologia de Procusto.

“Tu precisas admitir que estou agindo de maneira razoável”, disse-lhe Procusto. “A própria Palas Atenas não sabia me replicar...”.

“Tu ages tão irrazoavelmente quanto Pitiocampto, o podador de abetos, quando ele corta o andarilho em dois e os insere em dois abetos tortos e então os deixa crescer”, respondeu Teseu. “A única diferença entre Pitiocampto e tu consiste em que ele não imaginou que devesse cortar em nome da justiça dos homens. Ele o fazia pelo puro prazer da crueldade”.

“Pitocampto é meu filho”, disse, pensativamente, Procusto. “E eu o matei”, disse tranquilamente Teseu.

“Agiste corretamente”, disse Procusto, “porque ninguém pode matar pelo prazer da crueldade”.

Assim, enquanto Procusto procurava, agradecido, cumprimentar Teseu, este arremessou o gigante à pequena cama, fazendo estremecer a terra. Gritando que o gigante era louco, abateu-o pela espada, cortando-lhe também as pernas. Quase morto, o gigante, com dois olhos arregalados, balbuciava: “eu só estava sendo justo, jamais fiz mal algum aos homens”. Ao que retrucou Teseu:

Você foi retirado da razão muito cedo. Os homens não são iguais, a não ser perante a lei. Gigantes têm direito de ser gigantes, assim como têm os mesmos direitos os não-gigantes. Se tu tivesses introduzido essa lei, teria evitado a dominação de uns sobre os outros, poupando a todos dessas torturas absurdas.

Teseu voltou a Atenas, tornou-se rei, mas ele próprio esqueceu o que dissera a Procusto e em seu reinado alguns eram mais iguais do que outros⁴⁴⁶.

Procusto seria o exemplo perfeito da redução da alma a uma medida convencional, da tirania ética ou intelectual exercida pelas pessoas que não suportam as ações e os julgamentos dos outros, senão quando eles se encaixam dentro dos seus próprios critérios. É, também, a representação do tirano totalitário,

⁴⁴⁶ DÜRRENMATT, Friedrich. **Procrusto**. In: *Engelmann, B. & Jens, W. (1982): Klassenlektüre*, Hamburg: Albrecht Knaus Verlag. pp. 96-99. Trad. Marco Antonio Frangiotti e Celso Braidá. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/procr.htm>>. Acesso em: 20 Ago. 2002.

quer seja ele um homem, um partido, um regime ou linha de pensamento. No fundo, é o espelho do preconceito ignorante, que se faz exemplo vivo para a atualidade.

No caso do objeto de estudo desta tese, a reinserção social dos adolescentes, todos os que são contrários ao Estatuto da Criança e do Adolescente demonstram o desejo de adaptar esses segmentos aos mesmos critérios jurídicos que regulam a vida dos adultos, não levando em conta que a democracia é a administração dos interesses contraditórios de desiguais, que merecem ter direitos e não a supressão deles, simplesmente para servir a esta ou aquela momentânea ideologia de poder ou de governo.

O mito, que é uma “fala”, enriquece a compreensão do que se pretende apresentar, ou seja, as estruturas sociais brasileiras, análogas à mitologia grega (a “cama de Procusto”). O Estatuto da Criança e do Adolescente brindou a sociedade com um avançado texto legal, o qual transcende, em seu tamanho, a prevenção e a proteção com relação à violação dos direitos da população infantojuvenil. Desta forma, as estruturas sociais foram impelidas a adaptações artificiosas, a princípios incompreensíveis à maioria da população, constituída por adultos, jovens e crianças. O Estado passou a ter responsabilidade solidária, ao lado da Família e da Sociedade, com o artigo 227 da Constituição Federal, o qual pertence ao conjunto dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. Diante deste fato, a diminuição ou a não aplicação de verba pública necessária à consecução da garantia de direitos, da prevenção e da ressocialização causam uma ambiguidade entre a determinação constitucional de direitos humanos e as práxis ultrapassadas que ainda resistem no meio social em face da criança e do adolescente.

A não destinação orçamentária ou a falta de aplicabilidade das verbas são como cortes da estrutura social, os quais se assemelham às bárbaras cirurgias perpetradas pelo personagem mitológico, fracionando o poder do Estatuto da Criança e do Adolescente, que passou a ser ele próprio culpado pela omissão estatal nas áreas relativas à proteção e promoção das crianças e adolescentes. Isto vem contribuindo para que, em várias instâncias políticas e até da opinião pública, surjam vozes discordantes da Lei nº 8.069/90, decididas, inclusive, em nome de uma pretensa política de segurança para os adultos, manter na amargura e no desapareço enormes contingentes das crianças e adolescentes brasileiros.

É também contra esse estado de coisas, sem, no entanto, extravasar os horizontes acadêmicos desta tese, nem recaindo em tentações de fundo ideológico,

que se concretiza este trabalho, na esperança de que o Estatuto da Criança e do Adolescente seja reconhecido como diploma legal avançadíssimo e de grande valia na consecução do desenvolvimento integral da sociedade brasileira, que clama, necessariamente, por estancar os abismos de exclusão social que ainda segregam os infantojuvenis brasileiros.

Para tanto, a questão da criança e do adolescente não pode ser resolvida de forma isolada do contexto em que está inserida. Seria como consolidar o mito da cama de Procusto. Existe a necessidade latente da integração da sociedade, do Estado e da família, visando proteção integral às crianças e adolescentes, de forma condizente com o desenvolvimento social e a realidade atual onde vivem.

Por mais inovador e avançado que seja o Estatuto da Criança e do Adolescente, enquanto texto jurídico, se a família não for respeitada e auxiliada pelas políticas públicas, votadas e aprovadas pela sociedade corresponsável pelos problemas de suas famílias, com participação ativa de toda a população, a lei dissocia-se da realidade, transforma-se em texto utópico e desacreditado, muito distante de atingir os objetivos a que foi instituído.

Destarte, o corpo normativo não pode afastar ainda mais essas pessoas do convívio social. O castigo tem peso muito maior na prática para a sociedade. O ônus social resulta desproporcional às práticas infracionais. A função da lei e do direito no caso especial de adolescentes é promover a emancipação dessas pessoas pela facilitação do desenvolvimento de suas habilidades, capacidades, conscientização pela educação, pela inserção social e aquisição da cidadania.

A educação é o principal veículo de transformação humanitária, geradora de capital intelectual e mentalidade do povo de uma nação. Mas será que os pais, os educadores, a sociedade e o Estado estão empenhados num esforço contínuo e sincero para minimizar os problemas enfrentados pelas crianças e adolescentes? Lar, escola e sociedade têm procurado amparar esta juventude, compreendê-la e orientá-la como deveriam? Seria tão mais fácil ao invés de repreensão e oposição: a compreensão; do abandono: a simpatia e amizade; da hostilidade: o amparo e o amor.

A participação efetiva e contínua do lar, da escola e do Estado é o único caminho para uma educação atual, sadia e voltada para os interesses do país e da necessidade de desenvolvimento.

Entretanto, essa participação somente será possível se houver maior atuação da sociedade civil e organizada com discernimento e fruição de princípios fundamentais como liberdade responsável, solidariedade, cooperação e ação social.

Quando se ouve críticas ao Estatuto da Criança e do Adolescente, a ponto de se chegar ao seu descrédito total no entendimento majoritário da população, é momento de uma tomada de consciência.

A realidade das crianças brasileiras é peculiar, não podendo ser regida por leis criadas para regular e atender as necessidades dos infantojuvenis (de acordo com o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente) que vivem em sociedade diversa. As leis precisam emergir das necessidades locais. As crianças e os adolescentes não podem ter suas vidas e mentalidades magicamente talhadas para o tamanho exato da cama de procusto, ou seja, das instituições.

Neste trabalho, aborda-se a questão dos princípios e garantias, dos direitos fundamentais, bem como da cidadania, defesa e aplicabilidade, apontando, dentro do sistema jurídico brasileiro, o melhor interesse do adolescente em conflito com a lei, no contexto do tema tratado: uma sociedade absolutamente desigual e injusta.

Normalmente, os procedimentos realizados nas Varas da Infância e da Juventude são excessivamente demorados. O transcorrido entre a realização do ato infracional pelo adolescente, até a data da audiência com o juiz, esgota o sentido da intervenção socioeducativa. Ademais, o formalismo em excesso acaba confundindo o adolescente que fica sem saber o que foi realizado, o que está acontecendo ou o que deve esperar para o futuro.

Muitas vezes, na delegacia, o adolescente autor de algum ato infracional não é avisado sobre as consequências de suas declarações. Na oitiva informal, com o Promotor de Justiça, sem capacidade plena e maturidade para pensar sobre o ato praticado, o adolescente pode até confessar atos que não praticou ou reconhecer fatos que lhe são desfavoráveis, informações essas que poderão ser usadas na representação ao juiz. A própria rotulação de infrator que o adolescente recebe quando é internado pode lhe causar danos irreparáveis⁴⁴⁷.

É por isso que se advoga no sentido da prática da mediação penal/socioeducativa restaurativa e transformadora na resolução de conflitos envolvendo adolescentes. Destaca-se que esse modelo de mediação não tem como

⁴⁴⁷ BESSA, Ana Carla Coelho. *Op. cit.*, p. 124.

desígnio imediato resolver o conflito, mas promover o diálogo entre as partes, aprovisionar cada um dos envolvidos de forma que possam compreender os sentimentos e o ponto de vista da vítima, bem como o de outras pessoas. O objetivo é que se sintam capacitados para manejar, de forma adequada e pacífica, as relações interpessoais, o que inclui o estabelecimento do processo de restauração de seu próprio valor e habilidade para lidar com as dificuldades que a vida apresenta.

A mediação penal/socioeducativa restaurativa é adequada e deve ser usada em conflitos decorrentes do cometimento de atos infracionais por adolescentes, na medida em que o foco do mediador é a emancipação, a capacitação, a habilitação na transformação e no reconhecimento dos próprios mediados antes de abordar o objeto do conflito que os envolve.

O conflito decorre de um desequilíbrio, de um desajuste do adolescente que o levou a praticar o ato infracional. A mediação restaurativa tem por finalidade devolver o equilíbrio, ajudando o adolescente a compreender a sua realidade e a refletir sobre a situação da vítima. Esse processo produz a valorização pessoal do adolescente, porque este transfere para si a responsabilidade, a autodeterminação, o poder e a liberdade de tomar decisões. Essa emancipação o tornará uma pessoa diferente, autoconfiante, que sentirá o desejo íntimo de uma mudança transformadora de dentro para fora, de ser e de agir de forma diferente.

Inegavelmente esse procedimento é de imensurável valia para os adolescentes. Logicamente, trata-se de um assunto ainda polêmico, aceito por uns e criticado por outros. Também se tem consciência de que é um instrumento que precisa ser usado por pessoas devidamente preparadas e capacitadas, para que não recaia em “um serviço de mediação pervertido pelo sistema para servir à regulação e à sujeição. O serviço de mediação deve se manter incontaminado do processo judicial e das imposições normativas”⁴⁴⁸.

Além disso, a implantação da mediação penal/socioeducativa restaurativa com adolescentes em conflito com a lei precisa enfrentar pelo menos dois obstáculos culturais, os quais são de difícil transposição: a cultura da função judicante, de que só o Poder Judiciário pode produzir justiça; e a cultura da penalização, que, dentre outras reivindicações, reclama que a justiça só será

⁴⁴⁸ VEZZULLA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 115.

alcançada pelo endurecimento da pena e pela diminuição da idade da responsabilidade penal.

No processo de elaboração de projetos de programas de mediação penal/socioeducativa restaurativa com os adolescentes autores de ato infracional, é preciso engajamento no desenvolvimento de conceitos que serão propostos pela mediação para diferenciá-la dos outros procedimentos. O primeiro deles é preparar os mediadores para não se manifestarem para culpabilizar alguém pela situação vivenciada. Cabe ao mediador apenas facilitar o diálogo, impedir animosidades, justamente auxiliar os envolvidos para que cada um consiga reconhecer sua participação e responsabilidade. Tomar consciência dos próprios atos e seus efeitos leva a uma atitude positiva de responsabilidade, de reparação, de transformação e de mudança.

Seguindo-se esse raciocínio é possível constatar que a aplicação de medidas socioeducativas pode andar na contramão do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, que garante textualmente a este o gozo de “todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral” garantindo-lhes “por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”, e da Constituição Federal de 1988, cujo parágrafo 1º, do artigo 227, estabelece que “o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem”. Também são esses mesmos dispositivos legais que autorizam a prática da mediação penal/socioeducativa restaurativa com adolescentes autores de atos infracionais.

De fato, as medidas socioeducativas não podem servir somente como retribuição, pelo ato infracional cometido, especialmente quando se trata de privação de liberdade. Se sobre um adolescente infrator recair apenas a retribuição, não se pode falar que recebeu a proteção integral formulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 3º) e pela Constituição Federal de 1988 (artigo 227, parágrafo 1º), na medida em que não resultaram atendidas suas necessidades fundamentais.

Devido à “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento” (artigo 227, parágrafo 3º, inciso V, da Constituição Federal de 1988), o ato infracional praticado pelo adolescente deve ser transformado em aprendizagem, em experiência de vida, em instrumento de conscientização e emancipação, e não como simples punição ou castigo.

O efeito que a mediação penal/socioeducativa restaurativa produz sobre o adolescente autor de ato infracional é o de transformação positiva emancipatória. É preciso compreender o ato infracional do adolescente como pedido de socorro, como uma tentativa inexitosa e desastrada de se estabelecer como sujeito, e, a partir dessa concepção, dar oportunidade de expressar seus sentimentos pelo diálogo baseado no respeito, de reconhecer suas necessidades e remanejar sua vida no sentido de atendê-las de forma efetiva e duradoura. A mediação restaurativa possibilita ao adolescente infrator a tomada de consciência de seu valor, de sua importância para a sociedade e de seus direitos. O adolescente autor de ato infracional poderá reconhecer seu erro e aceitar, na contrapartida, as obrigações e responsabilidades decorrentes de seus atos.

Lília Maia de Moraes Sales⁴⁴⁹ sintetiza os efeitos emancipadores da prática da mediação penal/socioeducativa transformadora aplicada nos conflitos envolvendo adolescentes nos seguintes termos:

A mediação entre os adolescentes infratores e as vítimas permite que os adolescentes percebam o sofrimento que causaram, reconhecendo o poder e o alcance de seus atos, e possibilita às vítimas escutarem as motivações da atitude do infrator. Muitas vezes, por meio do diálogo, ambos se percebem envolvidos por uma sociedade desigual, em que o indicador de nobreza é o patrimônio acumulado e as pessoas se conhecem mais como posses do que como seres humanos. A partir disso, verificam que existem causas sociais que influenciaram ou definiram os atos ilícitos cometidos por adolescentes e isso permite o questionamento do sentido da vida de um adolescente infrator.

Atualmente, diante da prática de um ato infracional por um adolescente, a resposta do Estado brasileiro é a aplicação de medida socioeducativa, por meio da qual o sistema de controle social é acionado para punir o adolescente, sem possibilitar-lhe modificação, pela conscientização, de sua prática infracional. O adolescente é tratado como objeto de atuação do Poder Público e não como sujeito de direitos e deveres, os quais carecem de respeito e que necessitam de limites impostos pelas convenções sociais, para assumir as obrigações decorrentes do ato praticado, seja ele infracional ou não, preparando-o para a responsabilização de seu próprio futuro.

⁴⁴⁹ SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos**: família, escola e comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 127.

A utilização da prática da mediação penal/socioeducativa restaurativa para o adolescente autor de ato infracional abre caminhos para o diálogo, possibilitando a comunicação direta deste com sua família, com a vítima, com seu grupo social, enfim, com todos os envolvidos ou afetados pelo ato, podendo refletir sobre os fatos, enfim, aprender com seus erros.

O tema envolvendo mediação penal/socioeducativa restaurativa com adolescentes em conflito com a lei não se exaure nas palavras até aqui assentadas, nem se esgotará com este estudo. Ao contrário, trata-se de um terreno fértil às pesquisas, debates e aperfeiçoamento. No intuito de contribuir com esse processo, apresenta-se, na sequência, a mediação na forma da Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE).

4.2 Mediação na Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE)

A Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE); regulamenta a execução das medidas socioeducativas a adolescente que pratique ato infracional; cria um plano individual de cumprimento das medidas socioeducativas, que poderá ocorrer em programa de meio aberto ou programa de privação de liberdade, com requisitos específicos para cada espécie; e transfere ao Poder Executivo os programas socioeducativos, antes sobre os ombros e responsabilidade do Poder Judiciário. Vale dizer que o controle judicial está circunscrito ao texto legal (Lei nº 8.069/90).

O tema ora proposto aborda a questão dos princípios e garantias, dos direitos fundamentais e da cidadania de crianças cuja defesa e aplicabilidade depende da representatividade política. Objetiva-se apontar, dentro do sistema jurídico brasileiro, o melhor interesse do adolescente em conflito com a lei, no contexto de uma sociedade absolutamente desigual e injusta.

Esta mesma lei define o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo como o “conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que envolvem a execução de medidas socioeducativas”, abarcando os “sistemas estaduais, distrital e municipais, bem como todos os planos, políticas e programas específicos de

atendimento a adolescente em conflito com a lei” (parágrafo 1º, do artigo 1º, da Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012).

O objetivo da Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012 é tratar das questões atinentes à aplicação das medidas socioeducativas, na medida em que o Estatuto da Criança e do Adolescente apenas traça diretrizes genéricas acerca da matéria, o que vinha provocando a disparidade na execução das medidas socioeducativas pelos diversos órgãos dos entes federados, ficando a efetividade das medidas de proteção a mercê de cada componente da federação e de seu grau de responsabilidade sociopolítica com os direitos ligados ao adolescente.

Este diploma legislativo foi instituído justamente para preencher essa lacuna normativa, e, por intermédio da instituição do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, coordenado pela União, com a participação dos Estados, Distrito Federal e Municípios, pretendeu afastar a ideia de redução da imputabilidade penal, que não é suficiente para produzir resultados positivos no combate à criminalidade.

Na forma da Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, em comento, o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) tem por escopo principal estabelecer um conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que devem ser observados no processo de apuração de ato infracional, como também na execução das medidas socioeducativas.

O redesenho proposto pelo legislador da Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, visa à uniformidade na política de atendimento socioeducativo, traçando preceitos que devem ser observados pelos entes da federação. Em resumo, à União, cabe formular e coordenar a política nacional de atendimento socioeducativo; aos Estados, criar e manter programas para as medidas de semiliberdade e internação; e aos Municípios, criar e manter programas para as medidas socioeducativas em meio aberto.

Além de prever direitos e garantias aos adolescentes infratores, consagrados na Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas e ratificada pelo Brasil, em 20 de setembro de 1990, a Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, regulamenta a execução da medida socioeducativa aplicada ao adolescente infrator e estabelece a instituição de um processo singular para cada espécie de medida aplicada, levando-se em conta as particularidades dos adolescentes a ela sujeitos.

Ainda, a Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012 institui regras normativas e explicativas atinentes aos programas de atendimento. Também subdivide os programas em programas de meio aberto e programas de privação de liberdade, com requisitos específicos para cada espécie.

Com a finalidade de elaborar proposta que representasse não apenas a ressignificação institucional, mas a efetiva solução dos problemas atinentes aos adolescentes infratores, a Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012 cria um plano individual de cumprimento das medidas socioeducativas, que figura como um forte instrumento de tutela do adolescente infrator, na medida em que individualiza, ao máximo, a aplicação da medida, e leva em conta as singularidades do adolescente, servindo como meio de gerenciamento e registro de todas as atividades por ele desempenhadas.

O plano individual contará com a participação de diversos órgãos, além da direção do programa de atendimento, órgão responsável pela sua confecção, do Ministério Público, do defensor do adolescente e da autoridade judiciária, que, acompanhando a sua implantação, levará em conta a opinião do adolescente, bem como dos pais e responsável.

Regulamenta, ainda, a situação de adolescentes submetidos à medida socioeducativa que sejam portadores de doença ou deficiência mental, ou dependência química. O texto faz menção da necessidade da presença de um grupo intersetorial, formado por equipes técnicas do programa de atendimento e da rede de assistência à saúde, para elaboração e execução dos atos terapêuticos a serem aplicados, segundo as singularidades de cada adolescente.

A Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, também alterou artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente, visando conferir maior celeridade ao andamento de recursos processuais atinentes ao adolescente.

Trata-se de um avanço significativo no tratamento dos adolescentes infratores sem romper com as bases ideológicas da proteção integral, consagradas na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

As medidas socioeducativas que poderão ser aplicadas ao adolescente, mediante a verificação da prática de ato infracional, são: a advertência; a obrigação de reparar o dano; a prestação de serviços à comunidade; a liberdade assistida; a inserção em regime de semiliberdade; e a internação em estabelecimento

educacional (artigo 112, do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990).

Assim, a Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, contempla dispositivos que pretendem consagrar a justiça restaurativa na resolução de conflitos envolvendo adolescentes como forma de socioeducação àquele sujeito à norma suprarreferida.

A primeira e mais importante contribuição da norma em comento, no que se refere ao conteúdo das medidas socioeducativas, está em definir os objetivos dessas medidas, vale dizer, os objetivos do atendimento ou do seu cumprimento.

Na forma do parágrafo 2º e incisos, do artigo 1º, da Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, as medidas socioeducativas tem por objetivos: responsabilizar o adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, incentivando a sua reparação sempre que possível; promover a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento do plano individual e personalizado de atendimento; bem como desaprovar a conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites normativos.

A Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, no inciso I, define como primeiro objetivo das medidas socioeducativas, previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, a responsabilização deste quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando sua reparação, imprimindo uma diretriz essencialmente restaurativa à aplicação de medidas socioeducativas.

Na interpretação adjacente dos autores Leoberto Brancher, Afonso Armando Konzen e Beatriz Aginsky⁴⁵⁰, o *rol* dos objetivos das medidas socioeducativas enumerados nos incisos I a III, do parágrafo 2º, do artigo 1º, da Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, merece uma observação conjunta:

O inciso II, que refere como objetivo da medida socioeducativa a integração social do adolescente está nitidamente relacionado ao eixo “apoio”. O inciso III, que refere como objetivo da desaprovação da conduta infracional, está relacionado ao eixo “controle”. Resultado da interseção entre eles, e assumindo caráter prevalente, o inciso I se refere à responsabilização, como produto final de um sistema de justiça juvenil restaurativa.

⁴⁵⁰ BRANCHER, Leoberto; KONZEN, Afonso Armando; AGUINSKY, Beatriz. **Capacitação para operadores do SINASE (UnB e SDH)**. In: *Módulo IX*. Curso do Centro de Estudos Avançados de Governo e Administração Pública - CEAG. Brasília: Universidade de Brasília, 2011. p. 9.

Ao definir os princípios regentes das medidas socioeducativas, a Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, reforça a importância, para o legislador, de incorporar as práticas restaurativas ao sistema de justiça juvenil brasileiro e ressalta a socioeducação para uma cultura de paz pela conscientização da responsabilidade que todos possuem como integrantes da Sociedade. É o que se depreende do texto do artigo 35, *in verbis*:

Artigo 35: a execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios: I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto; II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos; III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas; IV - proporcionalidade em relação à ofensa cometida; V - brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o artigo 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); VI - individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente; VII - mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida; VIII - não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou *status*; e IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo (Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012).

De acordo com a previsão do artigo 35, da Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, a execução das medidas socioeducativas será regida pelos seguintes princípios: legalidade, excepcionalidade; priorização de medidas restaurativas; proporcionalidade; brevidade; individualização; intervenção mínima; não discriminação; e fortalecimento de vínculos:

a) legalidade: significa que o adolescente não pode receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;

b) excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas: o objetivo é favorecer os meios de autocomposição de conflitos, vale dizer, fora do âmbito do Poder Judiciário;

c) priorização de medidas restaurativas: prevê o legislador que, em se tratando de adolescentes, é preciso dar prioridade às práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;

d) proporcionalidade: significa que as medidas socioeducativas devem ser proporcionais em relação à ofensa cometida;

e) brevidade: brevidade da medida em resposta ao ato cometido;

f) individualização: as medidas socioeducativas devem ser individualizadas, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;

g) intervenção mínima: intervenção restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida;

h) não discriminação: o adolescente não pode ser discriminado, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou *status*; e

i) fortalecimento dos vínculos: por esse princípio, os vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo deverão ser fortalecidos.

O que interessa nesse estudo, como pontos marcantes, são os constantes nos incisos do art. 35 da Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Assim, o princípio da excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas abre espaço para criação de mecanismos destinados à mediação de conflitos, como é a proposta da justiça restaurativa, procurando, inclusive, atender as necessidades das vítimas.

Como se pode perceber, restou instituído, no Brasil, um modelo de justiça juvenil transformadora, que, neste estudo, se denomina de mediação penal/socioeducativa restaurativa para a resolução de conflitos envolvendo adolescente autor de ato infracional.

A pretensão da Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, é permitir o diálogo, a busca da compreensão mútua entre a vítima e o ofensor, a responsabilização pelo ato praticado, a construção de plano de ação individualizado para reparação de danos e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Com o objetivo de mediar situações conflituosas, as quais envolvem adolescentes, ressaltando a livre vontade e interesse das partes, a prática da mediação penal/socioeducativa restaurativa contribui para desjudicializar situações conflituosas que podem ser resolvidas fora do âmbito de incidência do Poder Judiciário, prevenir a violência e promover uma cultura de paz.

Em suma, a Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, objetiva a reinserção social do adolescente através de práticas restaurativas como possibilidade de resolução de conflitos extrajudiciais, com a finalidade de promover a responsabilização deste perante a sociedade de forma pacífica.

A prática da mediação penal/socioeducativa restaurativa, na forma da Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, deverá ser realizada mediante o diálogo aberto, honesto e respeitoso entre os envolvidos, oportunizando que a vítima se manifeste e

exponha suas necessidades e aflições e que o adolescente autor do ato infracional seja ouvido, num encontro seguro, de respeito e diálogo, que priorize a responsabilização, a restauração dos vínculos interpessoais, a reparação dos danos e a reintegração do adolescente infrator ao convívio familiar e social.

A mediação penal/socioeducativa restaurativa para o adolescente com prática infracional, prevista na Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, ao se incorporar às normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990, abre a possibilidade de ser pré-processual ou processual, como se observará a seguir:

a) pré-processual: pode ser oferecida pelo Ministério Público com base nos artigos 126, 127 e 128, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a saber:

Artigo 126: antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional. Parágrafo único: iniciado o procedimento, a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo.

Artigo 127: a remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação.

Artigo 128: a medida aplicada por força da remissão poderá ser revista judicialmente, a qualquer tempo, mediante pedido expresso do adolescente ou de seu representante legal, ou do Ministério Público.

Incorpora-se na remissão pré-processual o Enunciado de Súmula nº 108, do Superior Tribunal de Justiça - STJ, julgada em 16 de junho de 1994, tendo em vista que o Ministério Público só poderá conceder a remissão da forma própria e não poderá concedê-la condicionada a uma medida socioeducativa que, nos termos do enunciado da Súmula, é: “da competência exclusiva do juiz”.

b) processual: iniciado o procedimento, a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo (artigo 126, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente). O juiz pode suspender o processo para permitir que o adolescente infrator e a vítima/ofendido/lesado dialoguem com apoio do mediador, visando compor/negociar e resolver o conflito sem a necessidade de uma decisão judicial.

Antes mesmo da edição da Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, o Estatuto da Criança e do Adolescente já abria espaço para a introdução de práticas restaurativas, “em diversos momentos de tramitação de um processo por ato infracional, inclusive antes e depois que o processo ocorra”. Essas oportunidades são representadas pela ajustabilidade da remissão a qualquer tempo e pela possibilidade de modificar a medida em execução⁴⁵¹.

4.2.1 Práticas de mediação penal/socioeducativa restaurativa antes da sentença, como alternativas ao prosseguimento do processo judicial pelas vias convencionais

Neste momento, trata-se da introdução de práticas de medidas penais restaurativas com adolescentes autores de atos infracionais antes da sentença judicial, por meio do instituto da remissão previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Na forma do artigo 126, do Estatuto da Criança e do Adolescente, em qualquer momento que anteceda o início do procedimento judicial para apuração de ato infracional, o Promotor de Justiça, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional, poderá conceder a remissão como forma de exclusão do processo.

Iniciado o procedimento judicial para a apuração do ato infracional, a concessão da remissão pela autoridade judiciária produzirá como efeito a suspensão ou a extinção do processo (parágrafo único, do artigo 126, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Destaca-se que a remissão não implica, necessariamente, no reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem mesmo prevalece para implicação de antecedentes, podendo, eventualmente, incluir a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, excetuando-se a colocação do adolescente infrator em regime de

⁴⁵¹ BRANCHER, Leoberto; KONZEN, Afonso Armando; AGUINSKY, Beatriz. *Op. cit.*, p. 5.

semiliberdade e de internação (artigo 127, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Significa que é possível conceder remissão e ao mesmo tempo submeter o adolescente infrator a alguma medida socioeducativa, desde que não seja restritiva ou privativa de liberdade. Disso infere-se que é admissível cumular remissão com advertência, reparação do dano, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida, podendo essas medidas serem aplicadas isoladamente ou cumuladas entre si, desde que haja compatibilidade entre as mesmas.

Ademais, a medida aplicada por força da remissão poderá ser revista pelo juiz, no decorrer do processo, a qualquer tempo, desde que solicitada pelo adolescente, seu representante legal, ou pelo Ministério Público (artigo 128, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Nas definições e explicações de Breno Moreira Mussi⁴⁵², a remissão concedida tanto pelo promotor de justiça como pelo juiz, ao adolescente autor do ato infracional, “tem um misto de perdão, afrouxamento, diminuição e abrandamento, podendo ser total ou parcial”. No caso do perdão puro e simples, sem aplicação de nenhuma medida, é denominada de “remissão própria”. Quando ocorre a aplicação de alguma medida, isolada ou cumulativa, salvo semiliberdade ou internação, ocorre a “remissão imprópria”. Nas palavras de Breno Moreira Mussi⁴⁵³:

A remissão será concedida em função da atribuição da prática de ato infracional a adolescente, tanto faz o seja pelo Promotor de Justiça como pelo Juiz de Direito. O momento próprio é que difere: no primeiro, logo após apresentado o adolescente e tomadas as medidas do esclarecimento da situação de fato (artigos 171 a 179, c/c. o artigo 180, inciso II), convencido o Ministério Público não ser caso nem arquivamento e nem representação (artigo 180, inciso I e III). No segundo, durante o processo de conhecimento instaurado a partir da representação de que tratam os artigos 180, inciso III, e artigo 182 e parágrafos.

A remissão é admissível no procedimento do Estatuto da Criança e do Adolescente em dois momentos: a) na fase pré-processual, ou seja, antes da representação, quando será ajustada pelo Promotor de Justiça - ou simplesmente concedida (remissão simples), no caso de não ser cumulada com nenhuma medida socioeducativa - e terá como efeito a exclusão do processo de conhecimento

⁴⁵² MUSSI, Breno Moreira. **Breve contribuição ao debate sobre a aplicação de medidas sócio-educativas ao adolescente nos casos de remissão concedida pelo Ministério Público.** In: *Revista AJURIS*, nº 55, ano XIX. Porto Alegre, julho 1992. p. 249.

⁴⁵³ MUSSI, Breno Moreira. *Op. cit.*, p. 249.

(artigos 126 e 180, inciso II⁴⁵⁴); b) na fase processual, quando pode ser aplicada pelo juiz em qualquer etapa do processo que anteceda a sentença (artigo 188⁴⁵⁵), tendo como efeito a exclusão ou suspensão do processo.

Destaca-se que todas as oportunidades legais de ajuste da remissão representam a possibilidade de aplicação de práticas restaurativas.

Conforme Leoberto Brancher, Afonso Armando Konzen e Beatriz Aginsky⁴⁵⁶, “se utilizadas de modo restaurativo, essas oportunidades processuais trarão grandes vantagens comparando com o modo como tem sido aplicado o instituto da remissão” desde a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990. Prosseguem explicando que:

A ambientação de um encontro restaurativo, seja com ou sem a participação da vítima, sempre proporcionará melhores condições para uma livre pactuação de compromissos do que uma tratativa, por mais cuidadosa que seja, estabelecida diretamente entre o adolescente e os operadores do sistema de justiça (promotor, defensor, juiz)⁴⁵⁷.

As dificuldades para a implantação da mediação penal restaurativa do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) são: capacitação humana para a preparação e a conclusão de processos restaurativos; e a organização dos encaminhamentos, ou seja, como inserir a mediação no fluxograma dos encaminhamentos já tradicionais.

No primeiro caso, já existe um movimento em torno de ações voltadas à formação e capacitação de recursos humanos e de mobilização institucional social e comunitária. Não é difícil dar continuidade ao processo.

Porém, a organização e inserção do programa nos procedimentos já existentes não é tarefa tranquila.

Conforme as explicações e orientações que constam no Módulo do Curso de Capacitação para os Operadores do Sistema Nacional de Atendimento

⁴⁵⁴ “Artigo 126: antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e conseqüências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional. Parágrafo único: iniciado o procedimento, a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo” (Estatuto da Criança e do Adolescente). “Artigo 180: adotadas as providências a que alude o artigo anterior, o representante do Ministério Público poderá: [...] II - conceder a remissão; [...]” (Estatuto da Criança e do Adolescente).

⁴⁵⁵ “Artigo 126: a remissão, como forma de extinção ou suspensão do processo, poderá ser aplicada em qualquer fase do procedimento, antes da sentença” (Estatuto da Criança e do Adolescente).

⁴⁵⁶ BRANCHER, Leoberto; KONZEN, Afonso Armando; AGUINSKY, Beatriz. *Op. cit.*, p. 5.

⁴⁵⁷ BRANCHER, Leoberto; KONZEN, Afonso Armando; AGUINSKY, Beatriz. *Op. cit.*, p. 5.

Socioeducativo (SINASE), elaborado pelos juristas Leoberto Brancher (juiz de direito), Afonso Armando Konzen (procurador de justiça) e Beatriz Aginsky (doutora em serviço social)⁴⁵⁸, todos especialistas em direito da criança e do adolescente, tendo como instituições envolvidas o Centro de Estudos Avançados de Governo e Administração Pública (CEAG) da Universidade de Brasília, a Secretaria de Direitos Humanos e a Presidência da República, o acordo pode ser cumulado com qualquer medida socioeducativa, apenas com medida protetiva ou sem cumulação de medida socioeducativa:

a) acordo decorrente de mediação penal restaurativa cumulado com qualquer medida socioeducativa: se o acordo contemplar a inclusão do adolescente em acompanhamento socioeducativo, sua homologação dará início ao processo de execução da medida socioeducativa.

Já no andamento do processo de execução da medida socioeducativa, se o acordo for completo o suficiente, deverá ser dotado como substitutivo do Plano Individual de Atendimento (PIA) ou, pelo menos, definirá as bases para a sua elaboração.

O orientador ficará incumbido de considerar o conjunto dos compromissos contemplados no acordo como condições de cumprimento da medida socioeducativa. Se as condições ou a própria medida socioeducativa não forem cumpridas, a situação dá ensejo à apreciação das consequências do descumprimento pelo Poder Judiciário.

Por essas características, Leoberto Brancher, Afonso Armando Konzen e Beatriz Aginsky⁴⁵⁹ concluem que a medida que melhor se afeiçoa com o acordo restaurativo decorrente do processo de mediação é a de liberdade assistida.

b) acordo de mediação penal restaurativa com cumulação somente de medida protetiva: se o acordo restaurativo (remissão) não contemplou a aplicação de medida socioeducativa, mas somente medida de proteção, nos termos legais do artigo 136, inciso VI, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o acompanhamento do caso deveria passar à responsabilidade do Conselho Tutelar: “artigo 136: são atribuições do Conselho Tutelar: [...]; VI - providenciar a medida estabelecida pela

⁴⁵⁸ BRANCHER, Leoberto; KONZEN, Afonso Armando; AGUINSKY, Beatriz. *Op. cit.*, p. 5.

⁴⁵⁹ BRANCHER, Leoberto; KONZEN, Afonso Armando; AGUINSKY, Beatriz. *Op. cit.*, p. 5.

autoridade judiciária, dentre as previstas no artigo 101, de I a VI⁴⁶⁰, para o adolescente autor de ato infracional; [...]”.

Nesse caso, as medidas protetivas que melhor se afeiçoariam ao acompanhamento do acordo restaurativo seria a de orientação, apoio e acompanhamento temporários (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 101, inciso II)⁴⁶¹.

c) acordo restaurativo sem cumulação de medida: no caso de não ter sido adicionada ao Plano Individual de Atendimento qualquer medida legal com relação ao adolescente, nem protetiva nem socioeducativa, a remissão é dada em caráter puro e simples.

Quanto às implicações jurídicas do acordo restaurativo, se a remissão for ajustada como forma de exclusão ou extinção do processo, com ou sem medidas, o eventual descumprimento do acordo poderá acarretar sua modificação, por meio de pedido expresso do adolescente ou de seu representante legal, ou do Ministério Público (artigo 128, do Estatuto da Criança e do Adolescente). Se o acordo resultar inexitoso, não ensejará sanções jurídicas.

Se a remissão foi adotada como forma de suspensão do processo, o descumprimento implicará na retomada do processo de apuração do ato infracional, vale dizer, se os ajustes do acordo restaurativo foram definidos sob a ressalva expressa de que deveriam ser cumpridos como condição à extinção do processo, e o adolescente não cumpriu os compromissos que assumiu, depois de ouvido para se justificar, o processo poderá retomar seu curso em direção à sentença impositiva da medida.

⁴⁶⁰ “Artigo 101: verificada qualquer das hipóteses previstas no artigo 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; [...]” (Estatuto da Criança e do Adolescente); “Artigo 98: as medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta” (Estatuto da Criança e do Adolescente).

⁴⁶¹ BRANCHER, Leoberto; KONZEN, Afonso Armando; AGUINSKY, Beatriz. *Op. cit.*, p. 5.

4.2.2 Práticas de mediação penal/socioeducativa restaurativa depois da sentença, quando da execução das medidas socioeducativas

Como apontado anteriormente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, desde sua edição, em 1990, já havia criado uma ampla abertura à introdução de práticas de medidas penais restaurativas com adolescentes autores de atos infracionais para antes da sentença judicial, por meio do instituto da remissão.

Contudo, o mesmo Estatuto da Criança e do Adolescente concede uma larga margem de ocasiões para aplicá-las também depois de pronunciada a sentença, caso em que poderão ser definidas como instrumentos complementares da atividade jurisdicional.

Isso acontece porque, em respeito à natureza peculiar de pessoa em desenvolvimento do adolescente, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece também grande flexibilidade no que se refere ao cumprimento das sentenças impositivas de medidas socioeducativas.

Esta orientação é definida em lei tendo por base as medidas mais gravosas. Dentre as medidas de meio aberto, estabelece o artigo 118, parágrafo 2º, que a medida de liberdade assistida pode ser, a qualquer tempo, prorrogada, revogada ou substituída por outra medida. Com relação às medidas de meio fechado, o artigo 121, parágrafo 2º, diz que a internação não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses.

A partir dessas regras, combinadas com a do artigo 128 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no que se refere a medidas ajustadas por remissão, estabelece-se uma interpretação sistemática, segundo a qual, respeitados determinados limites definidos em favor do adolescente, qualquer medida pode ser objeto de ajustes e modificações a qualquer tempo.

Evidenciado esse permissivo legal, pode-se afirmar que qualquer oportunidade de revisão do Plano Individual de Atendimento (PIA) representa uma oportunidade de serem introduzidas as práticas da justiça restaurativa. Isso porque o Plano Individual de Atendimento (PIA), tanto na oportunidade de elaboração quanto nas suas posteriores modificações e ajustes, deve partir de um levantamento das necessidades do adolescente à vista da infração cometida e suas consequências.

Nada mais adequado para um refinamento dessa abordagem do que a aplicação das práticas restaurativas - resultando em acordos que poderão substituir, ou ao menos subsidiar, tanto a elaboração dos planos de atendimento quanto os pareceres técnicos relativos à definição dos objetivos, metas e condições de cumprimento da medida.

Melhor ainda, os compromissos assumidos em um processo restaurativo serão seguramente mais autênticos do que sua concordância em cumprir objetivos traçados pelo juiz na sentença ou pelo técnico na elaboração unilateral do plano. Além disso, a pactuação desses compromissos não se limitará ao adolescente e aos objetivos a serem assumidos por ele, mas envolverão todos os participantes do encontro num processo de corresponsabilização.

Portanto, não seria necessária nenhuma modificação do Estatuto da Criança e do Adolescente para legitimar as práticas da justiça restaurativa na ordem jurídica brasileira. A Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) veio apenas regulamentar a execução das medidas socioeducativas e disciplinar a aplicação da mediação penal restaurativa com adolescentes em conflito com a lei.

É preciso ressaltar à exaustão que a construção da nova cultura da prática da mediação restaurativa, fundada na educação emancipatória e transformadora, implica na superação da tradição retributiva.

Sobre o assunto, Leoberto Brancher, Afonso Armando Konzen e Beatriz Aginsky⁴⁶² explicam, exemplificando, que:

É provável que o adolescente tenha na ponta da língua o artigo do Código Penal em que foi enquadrado. E dirá que cumpre a medida para “pagar a sua”. A tradição retributiva não deixa dúvidas sobre as perguntas que faz e imprime suas respostas de forma indelével⁴⁶³. Mas será que a abordagem do programa está ajudando a refletir sobre quais as causas e consequências da infração, de modo que o adolescente possa compreendê-las e evitá-las no futuro, elaborando um plano de comportamentos mais saudável para si e para os outros? Será que ele sabe dizer quem foi prejudicado pela infração? Saberá o que a vítima sofreu, ou que dificuldades ela enfrentou, em consequência do seu ato? Alguma vez ele se colocou no lugar da vítima? Pôde compreender que não só a vítima direta foi atingida, mas que seus familiares, seus amigos, e até ele próprio estão sofrendo essas consequências? Será que ele teria como pagar os danos materiais e

⁴⁶² BRANCHER, Leoberto; KONZEN, Afonso Armando; AGUINSKY, Beatriz. *Op. cit.*, p. 11.

⁴⁶³ “Certa ocasião, um adolescente que cumpria internação por latrocínio numa Unidade Socioeducativa em Porto Alegre perguntou a sua técnica se poderia se oferecer para doar sangue quando obtivesse autorização para atividades externas. ‘Porque?’ - Ela perguntou. ‘Porque eu vi na TV que quem doa sangue pode salvar vidas. E como eu participei de um fato em que uma pessoa perdeu a vida, eu poderia doar sangue para salvar vidas’. Será que ele entendeu? (grifos do original) (sic) (BRANCHER, Leoberto; KONZEN, Afonso Armando; AGUINSKY, Beatriz. *Op. cit.*, p. 11.)

emocionais da vítima? Aliás, será que ele chegou a se perguntar o que poderia fazer, ainda que indiretamente, para reparar os danos que causou?

É sobre questionamentos e indagações como estas que se deve debruçar para construir um programa de mediação com os adolescentes autores de ato infracional, verdadeiramente norteado pelo princípio da responsabilidade ativa recomendada pela justiça restaurativa.

Não se pode imaginar que as práticas completas de justiça restaurativa envolvendo o encontro entre o ofensor, a vítima, as pessoas afetadas pelo ato infracional e o entorno social, sempre serão possíveis e exitosas nos programas socioeducativos. Porém, mesmo que, no início, sejam realizados poucos encontros, e nem todos com o resultado esperado, o estudo e a experimentação das ideias sobre a mediação penal restaurativa podem modificar a maneira de se ver e, conseqüentemente, o modo de se fazer justiça.

Essa nova forma de olhar e de trabalhar com o adolescente autor de ato infracional precisa da participação livre e voluntária dos envolvidos; da mudança do foco para o resultado da infração e não para o ato em si; do respeito na escuta das necessidades das vítimas; e da reparação dos danos.

É preciso levar em conta que esse processo implica em mudança sociocultural, algo que não é fácil e muito menos acontecerá da noite para o dia. Contudo, aos poucos e com perseverança, é possível alcançar resultados que consigam humanizar e dar mais efetividade ao atendimento socioeducativo e, como consequência, reintegrar o adolescente à sociedade.

4.3 Roteiro básico para o procedimento da mediação de adolescentes infratores

A partir do século XX, houve certo amadurecimento social e a humanidade passou a questionar os resultados da tutela jurisdicional oferecida pelo Estado aos seus cidadãos. A partir de então, outros métodos possíveis de resolução de conflitos começaram a ser experimentados em vários campos e domínios. Foi com o intuito

de criar modelos mais democráticos e justos que se buscou implementar um modelo mais participativo, atento às diversidades culturais e sociais, e não excludente”⁴⁶⁴.

Essas práticas começaram a se alastrar pelo mundo todo até que, em 2002, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas decidiu por recomendar a aplicação da justiça restaurativa aos Estados-Partes das nações Unidas.

No Brasil, o porvir do século XXI fez despertar o desejo de mudanças, a começar pela reforma do Poder Judiciário e a função social da tutela jurídica. As discussões passaram a girar em torno de mecanismos que viabilizassem uma justiça mais célere, participativa, efetiva, acessível, que ampliasse a dimensão do respeito aos direitos fundamentais e que garantisse os direitos sociais.

Muitas foram as experiências que começaram a ser realizadas a partir desse movimento reformador. Uma delas foi a prática de um modelo alternativo de resolução de conflitos, que se denominou de “restaurativo”, exercido por meio de um procedimento de mediação.

Foi assim que, em 2005, três projetos-piloto nacionais de justiça restaurativa foram implantados, financiados pela Secretaria de Reforma do Poder Judiciário e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento: um em Porto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul, denominado de “Justiça do Século 21”; o outro em Brasília, no Distrito Federal; e o outro em São Caetano do Sul, no Estado de São Paulo, com o nome “justiça e educação: parceria para a cidadania”⁴⁶⁵. Todos esses projetos estão institucionalmente vinculados ao Poder Judiciário e recebem apoio da iniciativa privada (sociedades civis).

O projeto-piloto de justiça restaurativa de Porto Alegre é desenvolvido na Terceira Vara Regional do Juizado da Infância e Juventude, responsável pela execução das medidas socioeducativas. Os apoiadores deste projeto são: o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, pelo Programa Justiça Instantânea; a Fundação de Atendimento Socioeducativo (FASE); a Fundação de Assistência Social e Cidadania (FASC); a Secretaria Municipal dos Direitos Humanos e Segurança Urbana; e a Faculdade de Serviço Social da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

⁴⁶⁴ MELO, Eduardo Rezende; MADZA, Ednir; YAZBEK, Vania Curi. **Justiça restaurativa e comunitária em São Caetano do Sul**: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania. Rio de Janeiro: CECIP, 2008. p. 11.

⁴⁶⁵ MELO, Eduardo Rezende; MADZA, Ednir; YAZBEK, Vania Curi. *Op., cit.*, p. 12.

Este projeto congrega os princípios restaurativos em dois instantes distintos do processo de execução de medidas: na elaboração do Plano Individual de Atendimento (PIA); e quando da realização da avaliação das medidas aplicadas, para se verificar se existe a possibilidade de progressão da medida⁴⁶⁶. Portanto, atua apenas na fase de execução da medida, vale dizer, depois da sentença.

O projeto-piloto de justiça restaurativa de Brasília, no Distrito Federal, é realizado no Primeiro e no Segundo Juizado Especial de Competência Geral do Núcleo Bandeirante, englobando cinco regiões administrativas. Só podem integrar o projeto os conflitos de competência dos Juizados Especiais Criminais. Os parceiros desse projeto-piloto são: o Tribunal de Justiça, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal; a Secretaria de Estado de Ação Social; o Instituto de Direito Internacional e Comparado; a Escola da Magistratura do Distrito Federal e a Universidade de Brasília.

Para participar do projeto, primeiro são selecionados casos em que os envolvidos possuem um relacionamento prolongado ou com projeção para o futuro. Em seguida, a equipe mediadora conversa com autor e vítima, em separado, para explicar o que é justiça restaurativa e perguntar se querem participar, porque não é um processo obrigatório. Depois, seguem diversos encontros preparatórios, sempre em separado, com os mediadores, a vítima ou o ofensor, e familiares, amigos ou membros da comunidade, que são convidados pela parte para lhe dar apoio. Depois que as partes já se encontram seguras e preparadas para o encontro face a face, é marcado o encontro restaurativo, quando discutem o conflito e elaboram um acordo posteriormente homologado pelo juiz e pelo promotor de justiça.

O projeto-piloto de justiça restaurativa de São Caetano do Sul está sendo desenvolvido por iniciativa da Vara da Infância e da Juventude, liderado pelo juiz Eduardo Rezende Melo, com apoio institucional do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; da Diretoria Regional de Ensino; do Conselho Tutelar; do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, da Escola Paulista de Magistratura; do Centro de Criação e Imagem Popular (CECIP) e da Comunicação Não-Violenta (CNV). Essas duas últimas são Organizações Não-Governamentais (ONGs).

⁴⁶⁶ MELO, Eduardo Rezende. **A experiência em justiça restaurativa no Brasil**: um novo paradigma que avança na infância e na juventude. *In: Revista do Advogado*, ano XXVI, nº 87, p. 125-128. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, setembro de 2006. p. 127.

Este projeto baseia-se na parceria entre justiça e educação para a construção de espaços de resolução de conflitos, movimentando-se entre os ambientes escolar, comunitário e forense. Os encontros são denominados de círculos restaurativos, e participam os ofensores, os ofendidos, os educadores das escolas, os pais e mães, os alunos, os assistentes sociais e conselheiros tutelares. Nesse modelo, qualquer conflito pode ser encaminhado ao círculo restaurativo, mesmo que não se trate de ato infracional, a exemplo de uma infração escolar disciplinar ou mesmo assédio moral, como o *bullying*⁴⁶⁷.

Todos os acordos decorrentes dos casos mediados pelos círculos restaurativos são encaminhados ao juízo para serem fiscalizados e registrados. No caso dos círculos restaurativos forenses, o público alvo são os adolescentes autores de atos infracionais. Nesse modelo, os círculos restaurativos acontecem na fase inicial do processo de conhecimento, e não somente na fase de execução como acontece no modelo desenvolvido em Porto Alegre. A dinâmica do círculo restaurativo é desenvolvida em três etapas: da compreensão mútua, do reconhecimento do ato e seus efeitos; e do acordo, quando são desenvolvidas as ações de reparação, restauração e reintegração⁴⁶⁸.

Esses projetos-piloto despertaram interesses em vários lugares do país. Desde então palestras vem sendo proferidas bem como cursos de capacitação de mediadores. O modelo mais copiado é o de São Caetano do Sul, porque é um projeto amplo, dinâmico, que dialoga com o contexto e que se aperfeiçoa na mesma medida em que trabalha o aperfeiçoamento da realidade onde está inserido. Também não trata apenas de atos infracionais, mas outros conflitos familiares, comunitários e escolares.

Foi com base nessas experiências que o legislador brasileiro editou a Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e consagrou na ordem jurídica brasileira a justiça restaurativa para a resolução de conflitos envolvendo adolescentes.

A proposta de aplicação da justiça restaurativa adotada pela Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) para responsabilizar o adolescente autor de ato infracional pelas consequências lesivas de sua conduta e prover sua integração social é um processo onde as partes resolvem em conjunto

⁴⁶⁷ MELO, Eduardo Rezende; MADZA, Ednir; YAZBEK, Vania Curi. *Op., cit.*, p. 13.

⁴⁶⁸ MELO, Eduardo Rezende; MADZA, Ednir; YAZBEK, Vania Curi. *Op., cit.*, p. 13.

como tratar as consequências do ato infracional e suas implicações para o futuro. Trata-se de um método de resolução de conflitos que restaura, pelo diálogo, a harmonia e o equilíbrio perdidos. Na definição de Leoberto Brancher, Afonso Armando Konzen e Beatriz Aginsky⁴⁶⁹:

A justiça restaurativa é um novo modelo de justiça, focado nas relações pessoais prejudicadas pela infração, suas consequências e danos, e não na definição de culpados e punições. A justiça restaurativa valoriza a autonomia das pessoas e o diálogo entre elas, criando oportunidades para os envolvidos e interessados (ofensor, vítima, familiares, comunidades) se expressarem e interagirem. Assim, viabiliza a criação de ações que possibilitam a violência e lidar com suas implicações.

A justiça restaurativa difere-se da justiça retributiva porque esta vê o crime como uma transgressão da lei, enquanto que a justiça restaurativa reconhece que o crime produz danos às vítimas, às comunidades e aos próprios autores do ato infracional. A justiça penal fundada na retribuição trabalha apenas com o Estado e o infrator. A justiça retributiva inclui nesse processo a vítima, a família, demais afetados pelo ato e a comunidade. A justiça retributiva mensura o castigo infringido enquanto que a justiça restaurativa estima os danos que são reparados ou prevenidos.

Tudo isso deve ser levado em conta quando da elaboração de um roteiro básico para o procedimento da mediação de adolescentes autores de atos infracionais.

⁴⁶⁹ BRANCHER, Leoberto; KONZEN, Afonso Armando; AGUINSKY, Beatriz. *Op. cit.*, p. 11.

CONCLUSÃO

A resposta do Estado para os casos de ato infracional praticado por adolescente implica no emprego de medida socioeducativa, que, de acordo com o artigo 112, do Estatuto da Criança e do Adolescente, pode ser de advertência, de obrigação de reparar o dano, de prestação de serviços à comunidade, de liberdade assistida, de inserção em regime de semiliberdade e de internação em estabelecimento educacional. Vale dizer que estas podem ser cumuladas ou não com medidas específicas de proteção previstas nos incisos I a VI, do artigo 101, do mesmo texto normativo, conforme consta no inciso VII do artigo 112 já referido.

Na aplicação de quaisquer dessas medidas, o Estado tem o dever de promover a emancipação do adolescente, de respeitá-lo como sujeito de direitos e de levar em consideração seu especial estado de pessoa em condição peculiar de desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual, social e intelectual, em consonância com o artigo 3º da Lei nº 8.069/90.

Uma alternativa às famigeradas práticas exclusivamente retributivistas é o encaminhamento do autor de ato infracional à mediação restaurativa, uma forma mais dialogada e democrática de resolução de conflitos. Dentre as vantagens, destacam-se: Celeridade, Informalidade, Flexibilidade, Confidencialidade e Economia, por suas características.

Os resultados costumam ser mais justos e exitosos face aos objetivos a que se destinam, como por exemplo: minimizar o acúmulo de processos nos tribunais; reduzir os desgastes econômicos, psicológicos e sociais decorrentes da demora judicial; incrementar a participação da comunidade nos processos de resolução de conflitos; facilitar o acesso à justiça; oferecer à sociedade uma forma mais efetiva de resolução de conflitos; estabelecer uma proximidade positiva do Mediador, vítima e adolescente infrator pela escuta ativa (onde a atenção é concentrada na pessoa que fala, escuta-se sem interrupção, respeitando o direito de comunicar-se, com a valorização do silêncio); promover o reconhecimento e compreensão de emoções das partes; e possibilitar o estabelecimento da habilidade interrelacional.

Com o objetivo restaurativo e socioeducador, a Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), e determina nos incisos II e III, do artigo 35, a mediação penal restaurativa para a

resolução de problemas envolvendo adolescentes com prática infracional, quando da ajustabilidade da remissão, bem como, em qualquer tempo, a possibilidade de modificar a medida em execução, visando à socioeducação efetiva pela reflexão e compreensão do ato praticado.

Pela mediação restaurativa, nos termos legais, é dado um espaço aos adolescentes envolvidos em ato infracional, dentro do procedimento judicial, para que sejam discutidas todas as questões envolvendo a situação conflituosa junto com os seus responsáveis, as eventuais vítimas e os técnicos, promovendo-se, desse modo, um laço social mais sólido, de modo a realinhar as dinâmicas familiares e sociais para evitar reiteração infracional.

Mesmo que não houvesse autorização normativa específica para o uso do método de justiça restaurativa com adolescentes autores de atos infracionais, o processo judicial, tradicional e retributivo, com a presença de juiz e promotor de justiça, por suas especificidades, acaba impedindo a instauração de um diálogo construtivo e horizontal. Na justiça restaurativa, o juiz e o promotor não participam do primeiro momento. O ambiente menos hostil, face a ausência do temor reverencial, das salas de reunião restaurativa e a presença de um facilitador do diálogo no lugar de um julgador, permite uma comunicação eficiente e uma resolução efetiva do problema. Em essência, a justiça restaurativa dá voz ao adolescente envolvido no procedimento infracional.

A prática da justiça restaurativa é capaz de proporcionar, efetivamente, uma discussão da dinâmica do adolescente em relação ao contexto familiar, social e escolar. São esses os três eixos desse modelo de solução de conflitos.

Muitas vezes os adolescentes praticam atos infracionais sem violência física grave, na pretensão de se fazerem ver e ouvir como sujeitos, na medida em que a adolescência é o momento do rompimento do “cordão umbilical”, quando se inicia o processo de autonomia em relação aos pais, de dúvidas e incertezas quanto ao futuro, buscando o seu espaço no mundo.

O mito grego da Esfinge retrata bem o jovem adolescente, o qual deseja e busca, sem saber ao certo como, alcançar o respeito como sujeito singular e autônomo. Quando isso não ocorre, este atua em desacerto, como no caso vivenciado por Édipo.

Segundo a lenda grega, as condições adversas de Édipo iniciaram com o seu nascimento, pois Laio, seu pai e rei de Tebas, fora alertado pelo Oráculo de Delfos

que iria ser acometido por uma maldição, haja vista que o filho que nasceria o mataria e se casaria com sua esposa Jocasta.

Assim, Édipo ao nascer é abandonado por Laio, no monte Citerão, o qual tenta matá-lo pregando um prego em cada pé. O menino foi encontrado e recolhido, mais tarde, por um pastor e batizado como "Edipodos", o de "pés-furados", posteriormente foi entregue ao rei de Corinto e sua esposa e considerado como filho do casal.

Édipo, nos arrobos da fase da adolescência (fase que ainda não era assim denominada), vai à Delfos e consulta o Oráculo, o qual lhe dá a mesma informação ofertada a Laio, qual seja: "matarás seu pai e desposarás sua mãe!".

Édipo acreditando tratar-se dos pais que o criaram, foge de Corinto para Tebas. No caminho encontra um homem e, sem saber que era seu pai, mata-o, pois Laio determinou que ele saísse da estrada e de sua frente.

Seu desafio em sua nova fase de vida não para aí, pois havia uma Esfinge que desafiava e aterrorizava a todos os chegados na região de Tebas e o fez também a Édipo dizendo: "decifra-me ou lhe devoro". Então lança seu desafio: "Qual é o animal que tem quatro patas de manhã, duas ao meio-dia e três à noite?".

Édipo consegue desvendá-lo, dizendo que era o homem. O amanhecer é a criança engatinhando, entardecer é a fase adulta, em que usamos ambas as pernas, e o anoitecer é a velhice, em que se usa a bengala.

Conseguindo derrotar o monstro, seguiu para sua cidade natal e casou-se, "por acaso", com Jocasta e de mais uma saga Édipo é acometido.

Desde priscas eras, como utilizado no exemplo do mito grego de Édipo, um jovem só se tornaria adulto e usufruiria da plenitude dos direitos de um cidadão após passar por rito de passagem.

Inicialmente, o adolescente vivencia uma fase de isolamento, período de transição, para o novo papel que virá a exercer na sociedade. Esse processo compreende a morte da fase infantil e o nascer de uma nova fase, onde, gradualmente, adquire capacidade civil, da relativa para a plena, que se afigura na fase adulta, aos 18 anos, de acordo com o Código Civil Brasileiro.

Para alguns, essa transição é desafiadora e aterrorizante, tendo o adolescente o desafio de decifrar a sociedade sob pena de, não o fazendo, ser devorado pela Esfinge social. Os excluídos por esta, entre eles os adolescentes que

cometem ato infracional, necessitam para sua reintegração social de um ritual de passagem, alternativo aos procedimentos das audiências vivenciadas nos juizados.

É o exemplo da mediação restaurativa, que é um procedimento não adversarial no qual um terceiro neutro - o mediador também denominado de facilitador - auxilia as partes a negociar para chegar a um resultado mutuamente aceitável. O mediador atua como um facilitador e não como um juiz que toma decisões. Não se trata de um árbitro que atribui a cada um dos mediados uma parte do objeto em litígio; é mais um comunicador, um negociador.

Se as partes, graças ao processo de mediação restaurativa, lograrem uma solução, celebrarão um acordo que, uma vez homologado, resolve definitivamente a controvérsia. Quando é realizada uma tentativa frustrada de mediação, vale dizer, caso não se cheguem a um acordo, os disputantes podem, posteriormente, recorrer a outras opções de resolução de conflitos, como a tradicional via judicial.

Para os adolescentes autores de atos infracionais, na prática do modelo responsabilizador de justiça adotado pela Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), a mediação restaurativa constitui um enfoque diferenciado que contribui para o êxito de sua reinserção social.

A justiça restaurativa levada a cabo pela mediação, ou simplesmente mediação restaurativa, no caso de conflitos envolvendo adolescentes, se traduz num processo de responsabilização e conscientização que o obriga a pensar e a refletir sobre sua conduta; permite que perceba a dimensão de sua ação, fomenta o autocontrole e previne a reincidência.

Ao se falar de responsabilidade não se está fazendo referências à responsabilização meramente objetiva, baseada no resultado do fato delitivo, mas de um conceito muito mais profundo de responsabilidade que tem a ver com o responder diante de si mesmo e dos demais pelos próprios atos ou atitudes.

Uma característica geral dos adolescentes é a falta de previsão sobre o alcance de sua conduta. Sabem que fizeram algo errado, mas frequentemente só conseguem uma visão parcial, muitas vezes desfocada, de sua ação, e por isso não conseguem valorar a amplitude de seus atos e consequências.

É verdade que os sujeitos possuem níveis distintos de consciência, mas isto não implica que, quando a identificação é precária ou inexistente relação de consciência entre o indivíduo e suas próprias ações, não se lhe deva exigir responsabilidade. Por isso, é importante favorecer ao adolescente infrator o

exercício da reflexão sobre seus atos e de compreender as consequências em quem sofreu os danos. O processo de mediação restaurativa permite justamente essa tomada de consciência de que seus atos lhe pertencem e que possuem consequências, tanto para si mesmo, como para terceiros.

Ao adolescente autor de ato infracional não é incomum se sentir injustiçado, como se fosse vítima, e essa é uma comisseração real, típica de pessoas em desenvolvimento que não possuem maturidade e alcance para perceber a amplitude dos efeitos de seus atos, e que sofrem com a denúncia, a intervenção da polícia, a reação dos familiares, dos colegas na escola, dos amigos, dos vizinhos, enfim, da coletividade.

Por isso precisa ser acolhido para que possa expressar-se sobre as consequências que o fato produziu em si mesmo, mas também é importante não deixá-lo com essa visão parcial dos danos de seus atos sobre si mesmo, e levá-lo a refletir sobre todas as consequências derivadas de sua ação e os sofrimentos que foram causados a outras pessoas.

Desde o momento em que se introduz a vítima no discurso, se produz uma mudança substancial na atitude do adolescente autor de ato infracional, porque sua ação adquire outra dimensão, antes ignorada por ele. O adolescente se vê obrigado a pensar, a refletir sobre sua conduta, a tomar certa distância para analisar as circunstâncias que o levaram à prática da ação infracional, bem como os motivos e as consequências para a vítima.

A mediação restaurativa supõe um exercício de introspecção para o adolescente infrator, posto que este precisa contestar muitos “porquês” sobre si mesmo, coisa que não está muito acostumado a fazer. Aprende a conhecer algo mais, põe à prova sua capacidade de raciocínio e de argumentação. A reflexão sobre a conduta e a tomada de consciência do outro também colocam à prova sua habilidade de analisar e reconhecer, nas demais pessoas, com empatia, os aspectos dos danos e sofrimentos causados ao outro. No momento em que percebe o estrago que causou, o adolescente começa a desenvolver o desejo de reparar.

A mediação restaurativa também permite que o adolescente perceba a dimensão de sua ação, evitando que dramatize, que crie um exagerado sentimento de culpa ou que banalize o fato, o que levaria a supor não ter aprendido com a experiência.

Esse modelo de resolução de conflitos permite que os aspectos saudáveis do indivíduo sejam resgatados e evita a estigmatização. Ademais, fomenta o autocontrole e previne a reincidência. Todo esse processo constitui uma importante experiência de aprendizagem e de educação para a responsabilidade. Por isso entende-se como método capaz de reverter o quadro de exclusão social do adolescente autor de ato infracional, formando uma ponte à reinserção dessas especiais pessoas em desenvolvimento à sociedade.

Se a experiência vivida é sentida e a implicação emocional é uma das condições para adquirir conhecimentos duradouros, o adolescente poderá integrá-la em seu processo de amadurecimento e convertê-la num experimento que reforçará sua personalidade.

Em relação à vítima, que vive o conflito e suas consequências, tradicionalmente não era considerada e muito menos compreendida pela Justiça tradicional. Assim, não apenas sofre o ato infracional e suas consequências materiais, senão que, frequentemente, também tem que suportar outros danos morais, psicológicos e sociais.

A experiência mostra que a vítima sente medos, ansiedades, indignações e muitos outros sentimentos e emoções dolorosas. Participando do processo de mediação, tem a oportunidade de reduzir, aliviar, compreender e até solucionar alguns destes danos. A mediação reduz a vitimização.

Quando as consequências do ato infracional foram de muito sofrimento à vítima, ser atendida e ouvida lhe permite relaxar a tensão e desapertar o nó da ansiedade. Percebe que alguém se interessa pelos seus sentimentos, pelo que viveu, a atende, a reconhece e lhe oferece uma possível via de solução.

A mediação restaurativa também é um espaço de informação. A vítima recebe as informações sobre o processo judicial iniciado e os termos da representação. Ao ser informada acerca da vontade do adolescente autor do ato infracional de tentar resolver o conflito, sua reação é de surpresa. Mas, enquanto dispõe de mais informações sobre o que a mediação restaurativa pode proporcionar, também vê uma oportunidade de participar ativamente na solução do conflito que lhe afetou.

O espaço da mediação restaurativa é um ambiente de desdramatização, de contenção das emoções. O delito nem sempre é dirigido a uma vítima concreta ou simplesmente a intencionalidade do fato não é proporcional ao dano causado. Ademais, quando a vítima fica emocionalmente abalada, precisa ser ajudada a

relativizar o sucedido para superar o trauma sofrido e encontrar um caminho que lhe permita reorganizar sua vida com tranquilidade.

Encontrar-se com o autor do delito e ouvir suas circunstâncias ajuda a desdramatizar a situação. Ver quem a prejudicou, frente a frente, dando-lhe explicações e se mostrando numa atitude muito diferente da do dia da ocorrência dos fatos permite que a vítima se sinta aliviada, e que desapareça grande parte do imaginário em relação ao autor do fato. Assim, a mediação é capaz de dar ao conflito sua justa medida.

O procedimento da mediação restaurativa também é um lugar de reparação, pois permite que se leve em conta os danos sofridos pela vítima. Normalmente o termo “reparação” remete à restituição material dos danos, ao pagamento dos prejuízos causados. É óbvio que a mediação pode ajudar na reparação material do dano, colocando nas mãos das partes a possibilidade de chegar a acordos adaptados às necessidades e possibilidades das mesmas, mas o verdadeiro sentido da mediação é restaurar os danos moral e/ou psicológico da vítima e a reflexão qualificada do adolescente infrator. O que mais repara a vítima é que se leve em conta sua dor, seu medo, sua ansiedade. Poder manifestar esta situação num clima de tranquilidade, comprovar a mudança de atitude do autor e ouvir seu compromisso de futuro é o que compensa realmente a vítima e lhe liberta dos medos. Estes fatos, associados a um verdadeiro protagonismo na solução do conflito, é o que a libera do papel de vítima.

Enfim, toda mediação restaurativa que começa já se traduz numa forma de comunicação. Enquanto o facilitador se põe em contato com a vítima para informá-la que o ofensor quer se comunicar com ela, na presença de um terceiro que possa facilitar o diálogo, já se estabelece certa comunicação. Mesmo que a vítima não aceite o encontro, não poderá ignorar que seu malfeitor tenha vontade de dialogar de modo preciso, por meios legais e corretos.

O encontro entre as partes é o ponto fundamental do processo de mediação restaurativa. É um espaço em que se expõe a situação, se dialoga, se estabelece uma comunicação. O adolescente autor de ato infracional e a vítima falam num clima de tranquilidade sobre suas razões, suas circunstâncias, suas vivências.

Cada um faz um esforço para entender o outro. A imagem negativa e possivelmente vingativa, que inicialmente cada um podia ter do outro, se modifica ao comprovar que o outro também tem aspectos positivos reparadores.

A mediação é responsabilização. Devolve às partes um conflito que lhes pertence, dando-lhes a oportunidade de defini-lo e de resolvê-lo satisfatoriamente. O princípio retributivo da medida socioeducativa dá resposta ao fato, mas não resolve o conflito, bem como também não é sempre a melhor solução para as partes. Por outro lado, a mediação parte do fato delitivo para chegar a entender o conflito, com vista a finalidade de facilitar formas de solução válidas para o futuro.

O procedimento de mediação restaurativa permite às partes recuperar seu protagonismo num assunto que lhes afeta, e tratar de alcançar uma solução eficaz ao seu conflito. A solução nunca é imposta, senão proposta, discutida e aceita pelas partes. A implicação voluntária da mesma no acordo alcançado facilita que este se perdue no tempo.

Ademais, fomenta o diálogo, a compensação entre as partes, cria um vínculo de entendimento, evita o rancor e o ressentimento que pode gerar uma solução judicial. Converte a regra do “eu ganho tu perdes” para “tu ganhas eu ganho”. O conflito se transforma numa oportunidade e o processo de mediação em uma experiência construtiva, de aprendizagem e de crescimento.

Também representa um processo de responsabilização, um compromisso, uma melhora na convivência; facilita que vítima e infrator encontrem uma saída que lhes permita seguir em frente. Também atua como inibidor da reincidência. Mesmo que este não seja seu objetivo, a mediação tem efeitos terapêuticos.

As reuniões restaurativas são preventivas porque as soluções obtidas pressupõem um processo de responsabilização, não são punitivas e não geram ressentimentos nem medos de uma parte para a outra, mas suscitam confiança, permitem um ponto final ao conflito e o retorno à paz social.

A mediação restaurativa torna possível a agilidade dos processos, o baixo custo e a satisfação dos envolvidos. Já não é mais tida como intrusa no campo penal/socioeducativo, pois a experiência demonstrará os benefícios que aporta tanto ao autor como à vítima e à justiça.

Como grande parte das infrações envolvendo adolescentes atinge vítimas e infratores que moram fisicamente próximos entre si e com grande probabilidade de continuarem se encontrando, apenas a aplicação retributiva da medida ao infrator é insuficiente. As pessoas precisam de determinação pessoal para que consigam continuar lidando umas com as outras. Processar o adolescente por infração leve pelo sistema de justiça convencional pode colocar duas famílias, muitas vezes

vizinhas e amigas de muito tempo, em situação muito desconfortável, incapazes de continuar a se relacionar socialmente. A reunião restaurativa proporciona uma forma de lidar com esses sentimentos, de se reconciliar e de superar a crise, de promover a inclusão social dos infratores e de manter a paz social.

Os benefícios da mediação se referem a conflitos que afetam as pessoas, as suas relações, à convivência. É nesse ponto que se concentra e faz o verdadeiro sentido a mediação restaurativa. Trata-se de uma excelente ferramenta para a comunicação, a tolerância e a prática democrática. É diálogo, é comunicação, é a arte do compromisso. Fomentar e potencializar sua utilização, em qualquer das áreas das relações humanas, torna as pessoas mais responsáveis e contribui para enriquecer o relacionamento democrático em qualquer instância, quer familiar, quer escolar ou social.

Com este estudo restou demonstrado que a mediação restaurativa é uma maneira inovadora de considerar a justiça penal tradicional bem como a socioeducativa nos moldes em que vem sendo aplicada como forma de castigo ou de forma mais próxima no tempo de retribuição apenas ao mal injusto perpetrado. Com a mediação passamos a concentrar mais em reparar o dano causado às pessoas e às relações numa forma contemporânea de educar e reeducar aos integrantes sociais à cultura da paz.

A justiça restaurativa surgiu recentemente, na década de setenta do século passado, como uma forma de mediação entre vítimas e agressores, sendo que, nos anos noventa, teve seu alcance ampliado para incluir, também, as comunidades de apoio, com a participação de familiares e amigos das vítimas e dos infratores em procedimentos de colaboração denominados de “reuniões de restauração”.

Este novo enfoque no processo de subsanação às pessoas afetadas por uma infração e a obtenção de controle pessoal associado parece ter um grande potencial para otimizar a coexistência social nas sociedades contemporâneas cada vez mais indiferentes e alienadas da condição humana. Assim, a justiça restaurativa e suas práticas emergentes constituem uma nova e promissora área de estudo para as ciências sociais.

De fato, considerar o castigo como resposta ao ato infracional ou o delito do adulto ou, ainda, outras formas existentes de mau comportamento, é prática prevalecente nos sistemas de justiça penal na maioria das sociedades modernas. O castigo normalmente se vê como a resposta mais apropriada ao delito e ao mau

comportamento humano nas escolas, nas famílias, nos lugares de trabalho como a cultura da vingança, do olho por olho, do dente por dente. Aqueles que não castigam as crianças travessas, os adolescentes rebeldes e os adultos que se portam mal são etiquetados como permissivos.

Esse aspecto punitivo-permissivo mostra a perspectiva popular atual, no que diz respeito ao castigo e à disciplina, mas oferece uma visão extremamente limitada e escassas opções para castigar ou não. Nesse caso, a única variável existente é a severidade do castigo, da violência, assim como o valor da multa ou a duração da sentença. Inobstante, é possível obter uma solução mais útil à disciplina social, quando for observada a interação entre duas variáveis de caráter positivo, como é o “controle” e o “apoio”.

O controle é a disciplina que aplica limites e o apoio é a capacidade de animar, incentivar, proteger, tutelar e de estimular habilidades. Se associados esses dois termos, é possível combinar níveis altos e baixos de controle com níveis altos e baixos de apoio, identificando, assim, quatro possíveis abordagens gerais da disciplina social: negligência, permissibilidade, punição ou retribuição e restauração.

A permissibilidade está composta de baixo controle e alto nível de apoio. A abordagem punitiva ou retributiva, ao contrário da permissiva, compõe-se de alto nível de controle e pouco apoio. É essa abordagem punitiva que se encontra difundida e arraigada nas sociedades contemporâneas, nas escolas, nas relações familiares, nos Tribunais, enfim, de promover cada vez mais a punição, suspendendo ou expulsando estudantes e enviando cidadãos às prisões antes de qualquer outra medida.

A abordagem negligente se produz quando se presencia a ausência total do estabelecimento de limites ou de apoio. A última possibilidade é a restaurativa, que se traduz na reunião de todos os envolvidos numa conferência, assim fazendo uso de alto nível de controle e de apoio, esta abordagem confronta e desaprova o mau comportamento enquanto apoia, aprecia e sobreleva o valor intrínseco do sujeito.

Ao usar a palavra “controle” dentro da prática restaurativa, o objetivo é promover um alto controle do mau comportamento e não o controle dos seres humanos em geral. Normalmente, as repostas estigmatizantes ao mau comportamento são de caráter punitivo enquanto que as repostas reintegrativas são restauradoras.

Apesar dos estudos demonstrando que a abordagem restaurativa à disciplina social amplia as opções em relação ao aspecto tradicional punitivo-permissivo, a implementação da justiça restaurativa permanece muito restrita. O conceito de justiça restaurativa está confinado a apenas alguns programas, como projetos de serviços comunitários. As autoridades estão esperando que os projetos e programas de desenvolvimento e investigação demonstrem cabalmente que essa prática tem capacidade para reduzir o delito/ato infracional para, só então, transformar a justiça restaurativa numa corrente principal alternativa à justiça retributiva.

Porém, dificilmente este intento se tornará realidade. Já existe toda a classe de evidências de que as vítimas, os agressores e seus respectivos apoiadores aceitam as dinâmicas da justiça restaurativa, compreendendo-as como satisfatórias e justas. Isso deveria ser o bastante, sem ter que demonstrar de forma conclusiva que qualquer dinâmica da justiça restaurativa reduz os índices de reincidência ou previne o delito de alguma forma. Ademais já está comprovado que o sistema de retribuição da pena não produz reinserção nem contribui para a disciplina social, nem para a educação dos filhos em casa, nem nos ambientes escolares, por exemplo.

Contudo, é preciso ter consciência de que as reuniões restaurativas não funcionam, de per si, como panaceia para todos os males vivenciados pela sociedade contemporânea em relação à disciplina social, quanto à criminalidade e à violência. A intervenção restaurativa não pode, sozinha, modificar o comportamento e a forma de pensar de criminosos adultos e mesmo adolescentes de alto risco. É preciso pensar em algo maior: uma verdadeira mudança de paradigma social em que se substituem as práticas punitivas pelas práticas restaurativas em todos os segmentos, ações e relações sociais, como uma forma de transformação cultural.

O termo “prática restaurativa” inclui toda resposta ao mau comportamento que recai dentro dos parâmetros da disciplina social como apoiador e estabelecedor de limites. A justiça restaurativa é uma filosofia, um modelo, e deve guiar a forma em que as pessoas atuam em todas as áreas da vida. Serve para resolver todo tipo de conflito, seja nas famílias, nas escolas, nas empresas.

O maior fator de sucesso da justiça restaurativa é a possibilidade de dar voz ao adolescente autor de ato infracional, aos seus familiares ou representantes legais e à vítima. Todos podem articular e enunciar um discurso sem se submeter ao

engessado padrão formalista do processo judicial. Todos podem expor questões outras e não apenas aquelas vinculadas ao ato infracional submetido a julgamento.

Os envolvidos não precisam ter medo de se manifestar numa reunião restaurativa porque o que disserem nunca será usado contra eles. Por isso é que se advoga no sentido da difusão da prática de reuniões restaurativas nas escolas, nas relações familiares, na própria delegacia de polícia e no Conselho Tutelar. O procedimento auxilia na apreensão diferenciada do ato infracional, na medida em que substitui o ultrapassado, mas infelizmente ainda usado, discurso do bem contra o mal. A justiça restaurativa promove a inserção de uma cultura diferenciada em que o respeito à condição de adolescente prevalece.

A justiça restaurativa manifesta-se como um novo modelo de resolução de conflitos, permitindo o acostamento das instituições formais do sistema criminal retributivo com o informal, pela participação ativa e interessada de todos os envolvidos em infrações e transgressões penais, inclusive a própria comunidade.

Destarte, o sentido de justiça muda de significado recebendo, em seu conceito, a característica da restauração dos traumas decorrentes de um ato infracional, o que ocorre salutarmente pelo procedimento dialógico que se estabelece entre os envolvidos ou interessados, que passam a ocupar, nesse modelo de resolução de conflitos, um espaço de participação e compreensão.

As práticas de justiça restaurativa são contagiosas, passando do ambiente do trabalho ao convívio familiar. Para além do ritual formal da justiça penal tradicional existe uma infinidade de oportunidades para as intervenções restaurativas.

Para que as práticas restaurativas efetivamente modifiquem o comportamento dos jovens infratores e de suas vítimas, é preciso trabalhar alguns conceitos e ações fundamentais:

a) conscientizar: na intervenção mais básica, simplesmente são feitas algumas perguntas ao infrator para conscientizá-lo sobre como os demais foram afetados por seu comportamento. Em intervenções mais elaboradas é possível permitir que todos os envolvidos expressem seus sentimentos em relação ao agressor.

b) evitar reprimendas: quando os infratores são expostos aos sentimentos de outros e descobrem como foram afetadas as vítimas e outros por suas ações, sentem empatia. Quando são repreendidos, reagem de forma defensiva, se consideram vítimas e não se dão conta dos sentimentos dos outros.

c) envolver ativamente os autores de ato infracional: normalmente se busca a responsabilização dos infratores pelo castigo. Porém, numa intervenção punitiva, os infratores são sujeitos totalmente passivos. Ficam calados e atuam como se fossem vítimas. Numa intervenção restaurativa, os infratores são chamados a falar, a enfrentar as vítimas, a escutar de outros como foram afetados pelos seus atos. Ajudam a decidir como vai ser reparado o dano causado e precisam manter os compromissos e realizá-los. Os agressores adquirem um papel ativo no processo restaurativo e realmente assumem responsabilidade.

d) aceitar a ambiguidade: muitas vezes num conflito entre duas pessoas a culpa não se pode atribuir claramente a uma delas. Nesses casos, é preciso aceitar a ambiguidade. Assim, numa sala privada, antes do início da reunião restaurativa, o facilitador aconselha os indivíduos a assumirem ao máximo sua própria responsabilidade no conflito. Quando o infrator não aceita completamente sua responsabilidade, as vítimas querem proceder com o processo. De qualquer modo, depois que todos estão devidamente informados sobre a ambiguidade da situação, a decisão para proceder com a intervenção restaurativa pertence aos participantes.

e) separar o ato da pessoa que praticou o ato: a intervenção restaurativa permite que o comportamento seja reprovado, mas o autor do ato tenha seu valor reconhecido;

f) ver cada instância de mau comportamento e conflito como uma oportunidade para aprender. O professor na sala de aula, o policial na comunidade, o oficial penitenciário na prisão, todos tem oportunidades para modelar e ensinar. É possível transformar incidentes negativos em eventos construtivos - construir a empatia (colocar-se no lugar do outro) e o sentido de comunidade, que reduzem a probabilidade de incidentes negativos no futuro.

Já existem experiências demonstrando que, devido às práticas restaurativas, os jovens autores de atos infracionais mudam seus comportamentos, cooperam, assumem responsabilidades e se confrontam mutuamente sobre seu comportamento inapropriado. Algo positivo já vem acontecendo como resultado da implementação sistemática das práticas restaurativas. Mas é preciso empenho para que essas práticas se difundam em todos os cantos do mundo. As mudanças socioculturais são lentas e imperfeitas. Não é possível alimentar irrealismos e utopias, mas a humanidade precisa ser flexível e experimentar novas soluções,

ainda mais quando o sistema retributivo já demonstrou sua total ineficiência na inclusão social de infratores.

Se os sistemas não são restaurativos, não é possível esperar a produção de mudanças simplesmente ao prover uma intervenção restaurativa ocasional. As práticas restaurativas devem ser sistemáticas e não situacionais. Não se pode ter a implementação reuniões restaurativas e todos os demais atuando da forma tradicional. Não se pode ser restaurativo com estudantes e retributivo com os professores, por exemplo. Não se pode ter uma polícia punitiva e tribunais restaurativos.

Para reduzir a subcultura negativa que existe entre os adolescentes, para prevenir o delito de forma exitosa e para lograr mudanças sustentáveis e significativas, a justiça restaurativa deve ser percebida como um movimento social dedicado a fazer com que as práticas restaurativas sejam parte integral do cotidiano.

A violência vem aumentando nos últimos anos, e, tanto adultos quanto jovens, parecem não encontrar outra via além da violência como forma de resolução de conflitos. Por isso, a intervenção por meio da prática da mediação é certamente a mais adequada dentre as conhecidas ou imaginadas até então, porque supõe uma educação para a convivência que leve a assumir a responsabilidade cidadã.

Os conflitos existem na sociedade e é importante educar os membros mais jovens para que se façam responsáveis pelos seus atos e sejam partícipes da resolução dos conflitos que geram.

A abordagem estatal tradicional “resolve” o conflito - que implica já certo grau de violência - a partir da aplicação de mais violência. Os implicados depositam no outro (Poder Judicial, Polícia) a resolução do conflito, e muitas vezes nenhuma das partes fica satisfeita com o resultado. O conflito subjacente permanece aberto. O infrator não assume a responsabilidade pelos próprios atos e a vítima continua sendo vítima. Enquanto isso, a sociedade contempla desconforme, esperando que algum “outro” resolva seus conflitos.

Para a mediação, ao contrário, importa um ser partícipe e responsável pela resolução do conflito, que assuma as consequências dos próprios atos e busque o modo de reparar o dano causado à vítima da maneira que esta considere adequada e suficiente.

A mediação é uma oportunidade para que as partes se encontrem - com as devidas garantias - se escutem, assumam as responsabilidades que correspondem

ao conflito, peçam desculpas, conheçam as consequências danosas de seus atos e reparem o dano na medida do possível.

Em definitivo, aponta-se a necessidade de que os vínculos sejam restaurados, não apenas entre as partes envolvidas, mas também entre o infrator e a sociedade na qual vive, com as regras de convivência estabelecidas entre a vítima e esta mesma sociedade, reforçando o sentido de pertencer ao seu sistema de justiça.

Estes vínculos sociais são pilares fundamentais à realização do fim último da ordem jurídica: conseguir a paz social numa comunidade que garanta direitos fundamentais a todos os seus membros.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Manual de direito internacional público**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ALBERGARIA, Jason. **Direito penitenciário e direito do menor**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

ALMEIDA, Fernando H. Mendes (org). **Decreto Federal nº 17.913-A, de 12 de outubro de 1927**. Código de Menores. São Paulo: Saraiva, 1955.

ALVES, Airton Buzzo. Projeto Cantareira de Mediação Penal Interdisciplinar. In: INSTITUTO INNOVARE, 6., 2009, Rio de Janeiro. **Resumos...** Rio de Janeiro: Innovare, 2009. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/projeto-cantareira-de-mediacao-penal-interdisciplinar/print/>>. Acesso em: 06 set. 2012.

AMARAL E SILVA, Antonio Fernando do. **A criança e o adolescente em conflito com a lei**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Estatuto: o novo direito da criança e do adolescente e a Justiça da Infância e da Juventude**. São Paulo: Saraiva, 1995.

AMARAL E SILVA, Antonio Fernando do. **Mandar jovens de 16 anos para o sistema carcerário vai resolver a questão da violência e da criminalidade?** Santa Catarina: TJ, 2011. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br/cejur/artigos/infancia_juventude/jovens_amaral_silva.htm>. Acesso em: 12 ago. 2012.

AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. **O direito de acesso à Justiça e a mediação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

AMARILHA, Marly. Infância e literatura: traçando a história. **Revista Educação em Questão**, Natal, v. 10-11, p. 126-137, 2002.

ANDI, Agência de Notícias dos Direitos da Infância. **O país jovem dos meninos miseráveis**. Brasília: ANDI, 2011. Disponível em: <<http://www.andi.org.br/infancia-e-juventude/noticia-clipping/o-pais-jovem-dos-meninos-miseraveis>>. Acesso em: 12 jun. 2012.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Tradução de Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC/Guanabara, 1981.

ASSIS, Simone Gonçalves de. **Traçando caminhos numa sociedade violenta: a vida de jovens infratores e seus irmãos não infratores**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1999.

AZEVEDO, Noé de. **Socialização do direito penal e o tratamento de menores delinquentes e abandonados**. São Paulo: Biblioteca USP, 1927. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 1927.

BADINTER, Elizabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BESSA, Ana Carla Coelho. **Justiça restaurativa e mediação para o adolescente em conflito com a lei no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2008.

BÍBLIA Sagrada. **Novo Testamento (d.C)**. 8. ed. Aparecida: Editora Santuário, 1978.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlo Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: [s.n.], 2004.

BRANCHER, Leoberto; KONZEN, Afonso Armando; AGUINSKY, Beatriz. Capacitação para operadores do SINASE (UnB e SDH). In: **MÓDULO IX - Curso do Centro de Estudos Avançados de Governo e Administração Pública - CEAG**. Brasília: Universidade de Brasília, 2011.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Brasília: Senado, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 06 ago. 2012.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Brasília: Senado, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 06 ago. 2012.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 06 ago. 2012.

BRASIL. Constituição (1969). **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Brasília: Senado, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 06 ago. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 06 ago. 2012.

BRASIL. Legislação. **Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927**. Consolida as leis de assistência e proteção a menores (*sic*). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em: 06 ago. 2012.

BRASIL. Legislação. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Código Penal. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=847&tipo_norma=DEC&data=18901011&link=s>. Acesso em: 02 ago. 2012.

BRASIL. Legislação. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 05 ago. 2012.

BRASIL. Legislação. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 05 set. 2012.

BRASIL, Legislação. **Decreto-lei nº 3.799, de 05 de novembro de 1941**. Transforma o Instituto Sete de Setembro em Serviço de Assistência a Menores e dá outras providências. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=87272>>. Acesso em: 06 ago. 2012.

BRASIL. Legislação. **Decreto-lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 25 ago. 2012.

BRASIL, Legislação. **Emenda Constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010**. Altera a denominação do Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal de 1988 e modifica o seu artigo 227, para cuidar dos interesses da juventude. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc65.htm>. Acesso em: 06 ago. 2012.

BRASIL, Legislação. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 05 ago. 2012.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 4.513, de 01 de dezembro de 1964**. Autoriza o Poder Executivo a criar a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, a ela incorporando o patrimônio e as atribuições do Serviço de Assistência a Menores, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1964/4513.htm>>. Acesso em: 12 ago. 2012.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979**. Institui o Código de Menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6697.htm#art123>. Acesso em: 06 ago. 2012.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 06 ago. 2012.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 20 out. 2012.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.930, de 06 de setembro de 1994**. Dá nova redação ao artigo 1º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8930.htm>. Acesso em: 20 out. 2012.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 06 set. 2012.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); nº 7.560, de 19 de dezembro de 1986; nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990; nº 5.537, de 21 de novembro de 1968; nº 8.315, de 23 de dezembro de 1991; nº 8.706, de 14 de setembro de 1993; os Decretos-Leis nº 4.048, de 22 de janeiro de 1942, nº 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm>. Acesso em: 06 ago. 2012.

BRASIL, Legislação. **Projeto de Lei do Senado - PLS nº 236, de 09 de julho de 2012**. Reforma do Código Penal brasileiro. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 15 ago. 2012.

BRASIL, Legislação. **Projeto de Lei nº 4.827, de 10 de novembro de 1998**. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03DEZ1998.pdf#page=71>>. Acesso em: 02 ago. 2012.

CABALLO, Vicente E. **Manual de avaliação e treinamento das habilidades sociais**. Tradução de Sandra M. Dolinski; revisão científica de Maria Luiza Marinho. São Paulo: Santos, 2010.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CÂMARA, Projetos de Lei e outras Proposições. **Emenda do Senado - EMS de 12 de julho de 2006**: Emenda do Senado - EMS ao Projeto de Lei nº 4.827-C, de 1998. Substitutivo do Senado ao Projeto de Lei da Câmara nº 94, de 2002 (Projeto de Lei

do Senado 4.827, de 1998) que “institucionaliza e disciplina a mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos na esfera civil. Dispõe que a mediação paraprocessual nos conflitos de natureza civil será prévia ou incidental. Altera a Lei nº 5.869, de 1973. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br>>. Acesso em: 05 set. 2012.

CÂMARA, Projetos de Lei e outras Proposições. **Projeto de Lei nº 7.006, de 2006**. Propõe alterações no Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 06 set. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **A conciliação no novo Código de Processo Civil**. [2002?]. Disponível em: <<http://www.icj.com.br/artigos.htm#artigo01>>. Acesso em: 26 ago. 2012.

CARVALHO, Eronilda Maria Góis. **Educação infantil: percurso, dilemas e perspectivas**. Ilhéus, BA: Editus, 2003.

CAVALLIERI, Alyrio. **Direito do menor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

CCJC, Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. **Parecer sobre o Projeto de Lei nº 7.006, de 2006**. Relator: Antonio Carlos Biscaia. Sala da Comissão, em 10 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 06 set. 2012.

CINTRA, Antônio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 22 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

COE, Council Of Europe - Committee Of Ministers. **Recomendação o Conselho da Europa - CPE nº (1999) 19, de 15 de setembro 1999**. Recommendation nº R (99) 19 of the Committee of Ministers to member States concerning mediation in penal matters. Adopted by the Committee of Ministers on 15 september 1999 at the 679th meeting of the Ministers' Deputies. Disponível em: <<http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=420059&Site=DC>>. Acesso em: 06 set. 2012.

COSTA, Tarcísio José Martins. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CURY, Munir; *et alli*. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

D'ANTONIO, Daniel Hugo. **El menor ante el delito: incapacidad penal del menor - régimen jurídico, prevención y tratamiento**. 2.ed., ampl. e atual. Buenos Aires: Astrea, 1992.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DE MASI, Domênico. **O futuro do trabalho**: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. Tradução de Yadyr A. Figueiredo. 3. ed. Rio de Janeiro: José Olympio; Brasília, DF: Ed. da UnB, 2000.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado (parte especial)**: direito civil internacional. V. 1 (a família no direito internacional privado); Tomo Segundo (a criança no direito internacional). Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

DUARTE, Albertina Takiuti. **Sexualidade e plano de vida na adolescência**: bases para intervenções preventivas. In: *Tratado de Ginecologia*. Org. Hans Wolfgang Halbe. 3. ed. São Paulo: Roca, 2000.

DÜRRENMATT, Friedrich. **Procrusto**. In: *Engelmann, B. & Jens, W. (1982): Klassenlektüre*, Hamburg: Albrecht Knaus Verlag. pp. 96-99. Trad. Marco Antonio Frangiotti e Celso Braidá. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/procr.htm>>. Acesso em: 20 Ago. 2002.

EISENSTEIN, Evelyn. **Adolescência**: definições, conceitos e critérios. In: *Revista Adolescência & Saúde*, vol. 02, nº 02, p. 06-07. Núcleo de Estudos da Saúde do Adolescente - NESA - UERJ, jun. 2005.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila (org.). **A crise do conhecimento jurídico**: perspectivas e tendências do direito contemporâneo. Brasília: OAB Editora, 2004.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. **Mediação e solução de conflitos**: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2008.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **A arbitragem e os conflitos coletivos de trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 1990.

GALVÃO FILHO, Mauricio Vascolcelos; WEBER, Ana Carolina. **Disposição geral sobre a mediação civil**. p. 03-58. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (coord.). **Teoria geral da mediação**: à luz do projeto de lei e do direito comparado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Perversão e vergonha**: uma leitura de John Braithwaite e da justiça restaurativa a partir de Jean-Pierre Lebrun. In: *Revista de Direito e Psicanálise*, vol. 02, nº 03, p. 05-37. Curitiba, jan./dez. 2010.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GONZÁLES, Isabel Prieto. **Mitologia**: Palas Atenea. Disponível em: <<http://www.dearqueologia.com/isa.htm>>. Acesso em: 10. Out. 2005.

GONZALEZ, Ismal. **Tratados, convenções e declarações internacionais**. [s.d.].

Disponível em:

<http://www.mp.am.gov.br/images/stories/TRATADOS_CONVENES_E_DECLARAE_S_INTERNACIONAIS.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2012.

GREGORI, José (coord). **Atendimento ao adolescente em conflito com a lei: reflexões para uma prática qualificada**. Caderno 1, DCA - SNDH - MJ. *In: Série Ideias mais Resultados*. 72 p. Universidade de São Paulo, Núcleo de Estudo da Violência - NEV. 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008.

INFORMATION. **The International Save the Children Alliance**. September 2000.

Disponível em:

<<http://www.savechildren.org.uk/functions/aboutus/pdfs/Alliance00.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2012.

INTERNACIONAL, Legislação. **Convenção da Organização Internacional do Trabalho nº 138, de 1973, sobre a Idade Mínima de Admissão ao Emprego**.

Aprovada na 58ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra - 1973), entrou em vigor no plano internacional em 19 de junho e 1976. Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 4.134, de 15 de fevereiro de 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4134.htm>. Acesso em: 05 ago. 2012.

INTERNACIONAL, Legislação. **Convenção Intencional para a Supressão do Tráfico de Mulheres e Crianças, de 1921**.

Adotada em Genebra, a 30 de setembro de 1921. Entrada em vigor na ordem jurídica internacional em 15 de junho de 1922. Disponível em|: Acesso em: 07 ago. 2012.

INTERNACIONAL, Legislação. **Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979**.

Adotada pela Resolução nº 34/180 da Assembleia das Nações Unidas, em 18 de dezembro de 1979. Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 93, de 14 de novembro de 1983. Ratificada pelo Brasil em 01 de fevereiro de 1984 (com reservas). Promulgada pelo Decreto nº 89.406, de 20 de março de 1984. Disponível em:

<<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/ConvElimDiscContraMulher.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2012.

INTERNACIONAL, Legislação. **Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989**: adotada em Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989.

Aprovada na Resolução nº 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989. Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990 e Promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: Acesso em: 05 ago. 2012. Disponível em:

<http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em: 02 ago. 2012.

INTERNACIONAL, Legislação. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 12 ago. 2012.

INTERNACIONAL, Legislação. **Idade Mínima de Admissão nos Trabalhos Industriais, de 1919**. Convenção nº 05, aprovada na primeira reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Washington - 1919), entrou em vigor no plano internacional em 13 de junho de 1921. Disponível em: <<http://www.oit.org.br>>. Acesso em: 07 ago. 2012.

INTERNACIONAL, Legislação. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966**. Adotado pela Resolução nº 2.200-A da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Aprovado pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991. Ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Em vigor no Brasil em 24 de abril de 1992. Promulgado pelo Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm>. Acesso em: 05 ago. 2012.

INTERNACIONAL, Legislação. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966**. Adotado pela Resolução nº 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/pacto-internacional-dos-direitos-economicos-sociais-e-culturais-1966.html>>. Acesso em: 05 ago. 2012.

INTERNACIONAL, Legislação. **Regras mínimas das Nações Unidas para administração da Justiça da Infância e da Juventude, de 1985**. Regras de Beijing. Recomendadas no Sétimo Congresso das Nações Unidas sobre prevenção de delito e tratamento do delinquente, realizado em Milão de 26 de agosto a 06 de setembro de 1985 e adotadas pela Assembleia Geral por meio da Resolução nº 40/33, de 29 de novembro de 1985. Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/infancia/internacionais/ato/regras_minimas_para_a_administracao_da_justica.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2012.

INTERNACIONAL, Legislação. **Regras Mínimas das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, de 1990**. Diretrizes de Riad. Recomendadas no Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção de Delito e do Tratamento do Delinquente, realizado em Riad, de 28 de fevereiro a 01 de março de 1988, com a colaboração do escritório das Nações Unidas em Viena, e adotadas pela Assembleia Geral por meio da Resolução nº 45/112, de 14 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.mp.am.gov.br/attachments/article/2252/diretrizes%20de%20riad%20_%20prevenção%20da%20delinquência%20%20juvenil.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2012.

INTERNACIONAL, Legislação. **Regras Mínimas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, de 1990**. Sugeridas no Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e do Tratamento do Delinquente e adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 14 de dezembro de 1990. Disponível em: <<http://www1.direitoshumanos.gov.br/conselho/conanda/legis/link4/>>. Acesso em: 05 ago. 2012.

ISOLDI, Ana Luiza Godoy; PENIDO, Egberto. **Justiça restaurativa**: a construção de uma nova maneira de se fazer justiça. *In: MPMG jurídico* (Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais), ano I, nº 03, p. 60-61. dez. 2005/jan. 2006.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

JUSTIÇA DO SÉCULO 21. **Justiça restaurativa**. Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=20&pg=0>>. Acesso em: 12 nov. 2012.

KARAM, Maria Lúcia. **Aplicação da pena**: por uma nova atuação da justiça criminal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 02, nº 06, p. 117-132. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1994.

KONZEN, Afonso Armando. **Justiça restaurativa e ato infracional**. Porto Alegre: Livrariado do Advogado, 2007.

LEITE, Ligia Costa. **Meninos de rua**: o rompimento da ordem - 1554/1994. Rio de Janeiro: UFRJ/IPUB, 1998.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

LIMA, Alex Oliveira Rodrigues de. **Arbitragem**: um novo campo de trabalho. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Iglu, 1998.

LIMA, Jean Carlos. **Curso de mediação de conflitos**: teoria geral e prática - o manual do mediador. São Paulo: Livronovo, 2009.

MAIA NETO, Francisco. **Arbitragem**: a solução extrajudicial de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MARCÍLIO, Maria Luiza. **A lenta construção dos direitos da criança brasileira - Século XX - 1998**. *In: Revista Universidade de São Paulo (USP) - Dossiê Direitos Humanos no Limiar do Século XXI*, nº 37, p. 46-57. São Paulo, mar./mai., 1998.

MARCÍLIO, Maria Luiza. **A questão da liberdade e da democracia**. Discurso de Maria Luiza Marcilio no Congresso do Instituto Internacional Jacques Maritain -

Roma - 2010. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Obras-recentemente-publicadas>>. Acesso em: 12 de junho de 2012.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. **Processo coletivo do trabalho**. 3. ed. ver. e ampl. São Paulo: LTr, 2003.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **A opção do Judiciário brasileiro em face dos conflitos entre tratados internacionais e leis internas**. In: *Revista CEJ*, nº 14. p. 112-120. Brasília-DF, mai./ago. 2001.

MELO, Alfredo Pinto Vieira de (Min. Justiça e Negócios Interiores, no Governo Epitácio Pessoa e Joaquim Ferreira Chaves - interino). **Problemas de educação**. In: *Juizado da Infância e da Juventude de Belo Horizonte, Histórico*. Disponível em: <<http://netra.tjmg.gov.br/jij/presenca.html>>. Acesso em: 02 jun. 2012.

MELO, Eduardo Rezende. **A experiência em justiça restaurativa no Brasil: um novo paradigma que avança na infância e na juventude**. In: *Revista do Advogado*, ano XXVI, nº 87, p. 125-128. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, setembro de 2006.

MELO, Eduardo Rezende; MADZA, Ednir; YAZBEK, Vania Curi. **Justiça restaurativa e comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania**. Rio de Janeiro: CECIP, 2008.

MENDES, Augusto de Carvalho. **Gonzalo de Berceo e a infância medieval**. In: *Cadernos de História*, nº 14, vol. 11, p. 79-103. Belo Horizonte, 1º sem. 2010.

MÉNDEZ, Emilio García. **Derecho de la infancia-adolescencia en America Latina: de la situación irregular a la protección integral**. Colombia: Santa Fé de Bogotá, 1994.

MÉNDEZ, Emílio García. **Infância e cidadania na América Latina**. Tradução de Ângela Maria Tijiwa. São Paulo: Hucitec / Instituto Ayrton Senna, 1998.

MÉNDEZ, Emílio García; COSTA, Antonio Carlos. **Das necessidades aos direitos**. São Paulo: Malheiros, 1994.

MÉNDEZ, Emílio García; SIMONETTI, Cecilia; BLECHER, Margaret (orgs.). **Do avesso ao direito**. III Seminário Latino-Americano. São Paulo: Malheiros/UNICEF, 1994.

MOORE, Chistopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para resolução de conflitos**. 2. ed. Tradução de Magna França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAES, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à Jurisdição**. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MORGADO, Isabele Jacob. **A arbitragem nos conflitos de trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

MUSSI, Breno Moreira. **Breve contribuição ao debate sobre a aplicação de medidas sócio-educativas ao adolescente nos casos de remissão concedida pelo Ministério Público**. In: *Revista AJURIS*, nº 55, ano XIX. Porto Alegre, julho 1992.

MUSZKAT, Malvina Ester. **Guia prático de mediação de conflitos em famílias e organizações**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Summus, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 22. ed., rev. e atual. São Paulo: LTr, 1996.

NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. **Juventude: novo alvo da exclusão**. In: BURZTYN, Marcel (org.). *No meio da rua: nômades, excluídos e viradores*. Rio de Janeiro: Garamond, 2000.

NAZARETH, Lissa Cristina Pimentel; NAZARETH JUNIOR, Luiz Antonio Ferreira. **O direito penal juvenil como instrumento de proteção à infância e juventude**. In: *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*, realizado em São Paulo, nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. São Paulo: CONPEDI. p. 9167.

NICOLAS, Queloz. **Proteção, intervenções e direitos das crianças e dos jovens**. In: *Revista Infância e Juventude*, nº 04 (OCL 02.04.2), p. 39-60, Lisboa, out./dez., 1991.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários ao código de menores**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Resolução da ONU nº 2002/12**. Conselho Econômico e Social - ECOSOC. 37ª Sessão Plenária. 24 de julho de 2002. Dispõe sobre os princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0>. Acesso em: 20 out. 2012.

OTOBONI, Mário. **Cristo sorrindo no cárcere**. 3. ed. São Paulo: Edições Paulinas, 1983.

OUTEIRAL, José Ottoni. **Adolescer: estudos sobre adolescência**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1994.

PEREIRA, Tania da Silva (coord.). **O melhor interesse da criança e do adolescente: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PETIT, Juan. **Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro**. [s.d.]. Disponível em:

<http://www.tjrj.jus.br/institucional/inf_juv_idoso/cap_vara_inf_juv_idoso/cap_vara_inf_juv_idoso.jsp>. Acesso em: 06 ago. 2012.

PFROMM NETO, Samuel. **Psicologia da adolescência**. São Paulo: EDUSP/Pioneira, 1968.

PILOTTI, Francisco; RIZZINI, Irene. **A arte de governar crianças**: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano Del Nino, Editora Universitária Santa Úrsula, Anais Livraria e Editora, 1995.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria geral da mediação à luz do Projeto de Lei e do direito comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PONTES JÚNIOR, Felício. **Conselhos de direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Malheiros, 1993.

RAMOS, Augusto Cesar. **Mediação e arbitragem na Justiça do Trabalho**. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, nº 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2620>>. Acesso em: 29 ago. 2012.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **Lock-out**: aspectos conceituais no direito comparado. In: *Revista Direito Mackenzie*, nº 2, ano 1, p. 157-168. Universidade Presbiteriana Mackenzie, 24 de março de 2003.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ROSA, Alexandre Morais da. **Direito infracional**: garantismo, psicanálise e movimento anti-terror. Florianópolis: Habitus, 2005.

ROSA, Miriam Debieux. **O discurso e o laço social dos meninos de rua**. Psicol. USP, vol.10, nº 2, São Paulo, 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-65641999000200013&script=sci_arttext>. Acesso em: 26 jun. 2012.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos**: família, escola e comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SANTANA, Selma Pereira. **Justiça restaurativa**: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa e Marques; *et alli*. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**: O caso português. Centro de Estudos Judiciários/Centro de Estudos Sociais. Porto: Edições Afrontamento, 1996.

SARAIVA, João Batista Costa. **Sobre a redução da idade penal**. Artigo publicado no Jornal Zero Hora, em 16 de março de 2003. Disponível em: <http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/docs/DOUTRINA/SOBRE+A+REDU%C7%C3O+DA+IDA+DE+PENAL_0.HTM>. Acesso em: 12 ago. 2012.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e ato infracional**: garantias processuais e medidas socio-educativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SIMON, Pedro (relator). **Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, de 2006**: sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 94, de 2002 (Projeto de Lei nº 4.827, de 1998, na Casa de origem), que institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 29 ago. 2012.

SLAIKEU, Karl A. **No final das contas**: um manual prático para mediação de conflitos. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

SOUZA, Fábio Araújo de Holanda. **Mediação familiar e a segurança pública**. Artigo publicado em 17 de junho de 2009. Disponível em: Acesso em: 22 ago. 2012.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. **A efetividade dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Pillares, 2008.

SPOSATO, Karyna Batista. **O direito penal juvenil**. Prefácio de Sérgio Salomão Shecaira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 87.585/TO**. Tribunal Pleno. Relator Marco Aurélio. Julgado em 03 de dezembro de 2008. Publicado no DJe-118, de 25 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 29 jun. 2012.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343/SP**. Tribunal Pleno. Relator Cezar Peluso. Julgado em 03 de dezembro de 2008. Publicado no DJe-104, de 04 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 29 jun. 2012.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 7.308/98-SP**. In: *Diário de Justiça da União*, de 27 de abril de 1998.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

TEIXEIRA, Maria de Lourdes de. **O estatuto da criança e do adolescente e a questão do delito**. In: *Cadernos Populares*. São Paulo: SITRAENFA, 1991.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2002.

TJDFT, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Justiça restaurativa**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/aceso-rapido/acoes/sistema-de-solucao-de-conflitos>>. Acesso em: 12 nov. 2012.

TOMÁS, Catarina Almeida. **Direito de menores**: período de transição em Portugal. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, II, nº 06, ago 2001. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5557&revista_caderno=12>. Acesso: 12 jun. 2012.

UNICEF, United Nations Children's Fund. **Situação mundial da infância**. Edição Especial, celebrando 20 anos da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989. USA: UNICEF, 19 nov. 2009.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**: origem, desenvolvimento e perspectivas (uma abordagem sociojurídica). Trabalho para obtenção do título de professora da cadeira de Direito da Criança e Adolescente da UFSC. Florianópolis, setembro de 1996.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**: construindo o conceito de sujeito-cidadão. p. 31-50. *In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**: origem, desenvolvimento e perspectivas (uma abordagem sócio-jurídica). Trabalho para obtenção do título de professora da cadeira de Direito da Criança e Adolescente da UFSC. Florianópolis, setembro de 1996.

VERONESE, Josiane Rose Petry; LIMA, Fernanda da Silva. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE**: breves considerações. *In: Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade*, nº 1, ano 1, p. 29-46. São Paulo: UNIBAN, 2009.

VEZZULLA, Juan Carlos. **A mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional**. Florianópolis: Habitus, 2006.

VOLPI, Mario; SARAIVA, João Batista C. **Os adolescentes e a lei**: para entender o direito dos adolescentes, a prática de atos infracionais e sua responsabilização. Brasília: ILANUD, 1998.

WACHTEL, Ted; O'CONNELL, Terry; WACHTEL, Ben. **Reuniões de justiça restaurativa**: Real Justice (Justiça Verdadeira) e Guia de Reuniões Restaurativas. Bethlehem, Pensilvânia, EUA: International Institute for Restorative Practices, 2010.

WASELFISZ, Júlio Jacobo (coord.). **Juventude, violência e cidadania**: os jovens de Brasília. São Paulo/Brasília: CORTEZ/UNESCO, 1998.

WARAT, Luís Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

ZAPPE, Jana Gonçalves; DIAS, Ana Cristina Garcia. **Adolescência, violência e uso de drogas**: um estudo de casos múltiplos. *Revista Revista Adolescência & Saúde*, v. 09, nº 02, p. 30-36. Rio de Janeiro, abr./jun. 2012.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.