

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

BEATRIZ ALCICI MATOS LEITE

**ANÁLISE DO PARÁGRAFO SEGUNDO DO ARTIGO 182 DO
ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA: UM
PARALELO ENTRE O *MENORISMO* E A DOUTRINA DA
PROTEÇÃO INTEGRAL.**

VITÓRIA
2022

BEATRIZ ALCICI MATOS LEITE

**ANÁLISE DO PARÁGRAFO SEGUNDO DO ARTIGO 182 DO
ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA: UM
PARALELO ENTRE O *MENORISMO* E A DOUTRINA DA
PROTEÇÃO INTEGRAL.**

Monografia – Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Graduação em Direito da
Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como
requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Raphael Boldt de Carvalho.

VITÓRIA
2022

BEATRIZ ALCICI MATOS LEITE

**ANÁLISE DO PARÁGRAFO SEGUNDO DO ARTIGO 182 DO
ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA: UM
PARALELO ENTRE O *MENORISMO* E A DOUTRINA DA
PROTEÇÃO INTEGRAL.**

Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito
de Vitória – FDV, como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em ____, de _____, de 2022.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Raphael Boldt de Carvalho
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof.
Faculdade de Direito de Vitória

RESUMO

Tem como objetivo desenvolver reflexões sobre a expressa dispensa de justa causa prevista no parágrafo segundo do artigo 182 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Parte do pressuposto de que a justa causa representa uma garantia processual penal indispensável ao processamento dos imputáveis e, conseqüentemente, sua dispensa se faz manifestamente conflitiosa com os preceitos constitucionais que delimitam o devido processo legal e a presunção de inocência. A análise é desenvolvida a partir da fronteira entre dois filtros: o dogmático e o histórico. Com o dogmatismo debate-se a compatibilidade da dispensa de justa causa com a Doutrina da Proteção Integral e o Estado Democrático de Direito. A retomada histórica, analisa tanto o impacto da Doutrina da Situação Irregular na construção legislativa da referida norma, quanto os efeitos dos vestígios do *menorismo* no Ordenamento Jurídico brasileiro. Utiliza como parâmetro técnicas de pesquisa exploratória, bibliográfica e descritiva. Conclui-se que, para além da incompatibilidade, os profissionais do direito possuem dever compartilhado de proteção dos direitos humanos das crianças e adolescentes, como manifestações da própria dignidade humana e como pilar da democracia e devem, portanto, ser capazes de manejar o parágrafo segundo do artigo 182 do Estatuto da Criança e do Adolescente em atenção a esses deveres de responsabilidade.

Palavras-chave: Justa Causa. Estatuto da Criança e do Adolescente. Direito Penal Juvenil. Doutrina da Situação Irregular. Doutrina da Proteção Integral.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 SÍNTESE HISTÓRICA DA CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: DA ABSOLUTA INDIFERENÇA À DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL	8
2 ANÁLISE DO PARÁGRAFO SEGUNDO DO ARTIGO 182 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	16
2.1 A JUSTA CAUSA E O PROCESSO PENAL DOS IMPUTÁVEIS	17
2.2 <i>IN DUBIO PRO SOCIETATE X IN DUBIO PRO REO</i>	20
2.3 A DISPENSA DA JUSTA CAUSA NO PROCESSO PENAL JUVENIL	23
3 A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL	27
3.1 A CONDIÇÃO PECULIAR DE DESENVOLVIMENTO E A AUTONOMIA PROGRESSIVA DO ADOLESCENTE	29
3.2 A PRIORIDADE ABSOLUTA E A DISCRIMINAÇÃO POSITIVA	33
4 A INCOMPATIBILIDADE DO PARÁGRAFO SEGUNDO DO ARTIGO 182 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COM A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL	38
4.1 OS VESTÍGIOS DO <i>MENORISMO</i> NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	41
4.2 OS IMPACTOS DA APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO SEGUNDO DO ARTIGO 182 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
REFERÊNCIAS	54

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por escopo precípua investigar o entendimento dado ao parágrafo segundo do artigo 182 do Estatuto da Criança e do Adolescente e, a partir disso, verificar em que medida essa construção legislativa demonstra uma conservação da cultura *menorista* e, conseqüentemente, denota uma incompatibilidade com a Doutrina da Proteção Integral.

Valendo-se de técnicas de pesquisa exploratória, bibliográfica e descritiva, o trabalho extrai sua relevância na verificação da concretização dos Direitos dos adolescentes investigados por ato infracional, sendo capaz de fomentar uma discussão doutrinária, com interesse no efetivo controle externo, a fim de assegurar a efetivação do Princípio da Proteção Integral, reconhecendo os adolescentes em suposto conflito com a lei enquanto sujeitos de direitos com prioridade absoluta, dada a condição de pessoa em desenvolvimento.

Assim, a relevância da análise da desnecessidade de justa causa na apuração do ato infracional, presente no §2º do artigo 182 do Estatuto da Criança e do Adolescente, cinge da concessão da prerrogativa, ao Ministério Público, de representar o adolescente por ato infracional independente de indícios de autoria e materialidade do fato, ferindo princípios constitucionais e processuais, como os Princípios da Presunção de Inocência e da Não Culpabilidade.

Nesse sentido, pode-se caracterizar a finalidade fiscalizadora da pesquisa quanto a atuação do Ministério Público, por questionar a compatibilidade de uma de suas atribuições institucionais com as suas demais funções de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Nota-se que o teor da pesquisa interfere diretamente na atuação ministerial, por questionar a compatibilidade de uma de suas atribuições institucionais, em paralelo as funções de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, contribuindo para a construção de uma sociedade

livre, igualitária, justa e solidária, reconhecendo sua especial função como precursor do direito de punir do Estado.

A análise interpretativa do parágrafo em questão, utiliza-se como base o estudo de teses bibliográficas e doutrinárias para conceituação do termo justa causa e a verificação da sua dispensa ou indispensabilidade na garantia de um processo penal digno, compatível com os preceitos de um Estado Democrático de Direito, por intermédio do paralelo construído com o processo penal dos imputáveis.

A construção legislativa do dispositivo em tela será apurada em conjunto com a examinação direta do sistema de responsabilização juvenil do tutelarismo *menorista* que marcou boa parte do século XX, por intermédio de uma metodologia descritiva, exploratória e qualitativa.

Além disso, será observada a sedimentação da Doutrina da Proteção Integral da criança e do adolescente após a revogação do Código de Menores, com a instituição do Estatuto da Criança e do Adolescente, os princípios que regem o Estatuto e delimitam o caminho interpretativo a ser percorrido durante o processo penal juvenil, considerando o peculiar estado de pessoa em desenvolvimento.

O marco teórico do presente trabalho concentra-se entre os autores que integram a Doutrina Jurídica da Proteção Integral e defendem a definição do Direito Penal Juvenil como um sistema de garantias de direitos aos adolescentes que garante o afastamento das decisões baseadas em critérios assistencialistas e paternalistas, em detrimento da conduta praticada para o processo de apuração do ato infracional, dos quais destacam-se os trabalhos de Karyna Sposato e João Batista da Costa Saraiva.

Partindo do pressuposto de que o parágrafo segundo do artigo 182 do Estatuto da Criança e do Adolescente representa a manifestação da dispensa da justa causa no processo penal juvenil, dois são, assim, os problemas centrais da presente tese, expostos nas seguintes perguntas que serão propostas, nela, a responder: é possível identificar uma influência da cultura *menorista* para essa construção legislativa? Para além disso, quais os impactos da aplicação da norma na vigência da Doutrina da Proteção Integral?

Pelo exposto, a investigação tem como foco a análise do parágrafo segundo do artigo 182 do Estatuto da Criança e do Adolescente enquanto manifestação da dispensa da justa causa no processo penal juvenil e em que medida essa interpretação retoma a discricionariedade exercida pelo Juiz de Menores na Fase Tutelar, confrontando as garantias constitucionais e processuais asseguradas aos adolescentes no processo de apuração do ato infracional.

A retomada histórica, proposta no primeiro capítulo do presente trabalho, busca pontuar os eventos que conduziram à construção do atual sistema de garantias de direitos das crianças e adolescentes. Para tanto, o estudo se utiliza da divisão proposta por Paulo Afonso Garrida de Paula, que se fragmenta em quatro fases: da Absoluta Indiferença, da Mera Imputação Criminal ou Etapa Indiferenciada, Tutelar – Doutrina da Situação Irregular – e a vigente fase da Proteção Integral – Doutrina da Proteção Integral.

Estabelecer cronologicamente a evolução histórica se faz pertinente a medida que, ainda que os dispositivos da Constituição Federal de 1988 conduzam para compreensão da superação do discurso sustentado pela Doutrina da Situação Irregular e, por consequência, da legislação menorista, busca-se investigar se o processo de alteração jurídica e social pela substituição do paradigma menorista pelo garantista se deu por completo, ou se é possível observar a incidência dos discursos tutelares nas políticas de atenção à infância e juventude que estão vigentes.

Em outros dizeres, a partir da interpretação da referida norma, realizada no capítulo dois do presente trabalho, busca-se investigar se tal o dispositivo é compatível com o sistema garantista instituído pela Doutrina da Proteção Integral, e se sua construção legislativa contém resquícios do tutelarismo e discricionariedade característicos da cultura *menorista*.

Além disso, o debate acadêmico visa apurar a compatibilidade da norma em relação ao ordenamento jurídico brasileiro atual, sob a ótica dos princípios constitucionais e processuais que o regem, observando, em especial, o avanço e domínio do sistema garantista de direitos da infância e juventude, exposto no capítulo três da pesquisa.

A partir disso, no capítulo quatro, o presente estudo propõe avaliar as consequências práticas decorrentes da aplicação do parágrafo segundo do artigo 182 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Isso porque o questionamento da compatibilidade normativa da dispensa da justa causa no processo penal juvenil guarda estrita relação com a repercussão social da inexigibilidade dos indícios mínimos de autoria e materialidade para os adolescentes investigados por ato infracional.

Posto isso, o que se objetiva é a extração de uma verdade particular: qual a influência histórica da ausência da justa causa no processo penal juvenil e em que medida essa dispensa conflita com o Princípio da Proteção Integral que rege o Estatuto da Criança e do Adolescente.

1 SÍNTESE HISTÓRICA DA CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: DA ABSOLUTA INDIFERENÇA À DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A retomada histórica para a investigação das influências ideológicas que influíram na construção legislativa do Estatuto da Criança e do Adolescente manifesta-se extremamente propícia para construção do escopo precípua do trabalho: verificar a repercussão do paradigma *menorista* na construção do §2º do artigo 182 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

De início, cumpre esclarecer que a identificação de crianças e adolescentes enquanto sujeitos de direitos no Brasil representa uma conquista recente em termos históricos. O reconhecimento da condição peculiar de desenvolvimento e da autonomia progressiva dos adolescentes são resultado de uma evolução no plano social, científico e legal e, conseqüentemente, um rompimento com paradigmas do passado.

Torna-se indispensável, portanto, compreender o contexto de criação do Estatuto e os marcos históricos que o antecederam para melhor interpretar o §2º do artigo 182 e

verificar se, de fato, é possível afirmar que houve um rompimento com os paradigmas *menoristas* com o fortalecimento da Doutrina da Proteção Integral.

Nesse sentido, para compreensão cronológica da evolução histórica do direito das crianças e dos adolescentes, este estudo utilizará a divisão proposta por Paulo Afonso Garrida de Paula, que se fragmenta em quatro fases: da Absoluta Indiferença, da Mera Imputação Criminal ou Etapa Indiferenciada, Tutelar – Doutrina da Situação Irregular – e a vigente fase da Proteção Integral – Doutrina da Proteção Integral.

A Fase da Absoluta Indiferença representou a completa ausência de interesse estatal em relação às crianças e adolescentes, não se observava qualquer espécie de referência aos direitos da criança e do adolescente no plano jurídico internacional até o século XIV.

Na perspectiva nacional, durante esse período o Estado compreendia as crianças e os adolescentes como meros objetos da intervenção do mundo adulto e extensão de suas famílias. Seus interesses eram subordinados aos interesses da família, da sociedade e do próprio Estado.

Como consequência dessa lógica, o Direito se preocupava em disciplinar exclusivamente as prerrogativas dos pais em relação aos filhos.

A importância ou valor da criança não tinha a dimensão suficiente para fomentar o reconhecimento de que suas relações com o mundo adulto pudessem interessar ao mundo do Direito, de modo a identificar possibilidades de conflitos e, via de consequência, qualificar juridicamente certos interesses como prevalentes. (DE PAULA, 2002, p. 11)

A evolução jurídica propiciou a inauguração da Fase da Mera Imputação Criminal, também denominada Etapa Indiferenciada. Com o avanço da normatização nacional, as infrações cometidas por *menores* de idade foram tratadas com base nos Códigos Penais retribucionistas do século XIX, cuja diferenciação dos adolescentes e adultos se limitava à redução de pena, sendo permitida sua execução nos mesmos estabelecimentos penais destinados aos adultos.¹

¹ SPOSATO, Karyna Batista. **Direito Penal de Adolescentes**: elementos para uma teoria garantista. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 51.

Isso significa dizer que, de início, eram impostas às crianças e adolescentes as mesmas sanções jurídico-penais conferidas aos adultos, ainda que com atenuantes. Estavam os adolescentes, então, inseridos em um contexto de obrigações, mesmo sem o reconhecimento de quaisquer direitos.

Sobre esse cenário, importa destacar a responsabilidade penal dos adolescentes estabelecida pelo Código Criminal de 1830. O Código Criminal do Império valia-se da subjetividade do critério biopsicológico para identificar a capacidade de discernimento do adolescente na prática do ato para aplicação da sanção correspondente. Assim, durante o período imperial, não se julgavam criminosos os menores de 14 anos, já a responsabilização criminal dos jovens maiores de 14 e menores de 17 anos estava sujeita à discricionariedade da autoridade judiciária que, se compreendesse útil, poderia aplicar uma pena de cumplicidade, isto é, 2/3 daquela que caberia ao adulto.

A transição do Império à República conduziu ao surgimento de uma nova estrutura jurídico-institucional intervencionista, marcada pelo Código Penal de 1890 (Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890). A época foi definida pela ascensão industrial, assim, as normas legais foram alinhadas à realidade da nascente industrialização e exprimiam uma política repressiva, fundada no medo ante a crueldade das penas.

A industrialização e a urbanização se aprofundaram, e os efeitos sociais negativos do capitalismo industrial avançavam, o tema de uma juventude indisciplinada ganhou força no cenário global ocidental e impactava especialmente a juventude oriunda das classes trabalhadoras. A juventude se encontrava na estrutura da reprodução do capital.²

O caráter intervencionista da legislação determinava medidas sanitárias e de comportamento, além de manifestar o interesse econômico da criminalização dos adolescentes. Isso porque no Código Penal da República as punições previstas eram motivadas pela prática de desordem, vadiagem, embriaguez, furto e roubo, que tinham

² GROPPPO, Luís Antonio. **Dialética das juventudes modernas e contemporâneas**. Revista de Educação do Cogeime, Juventude e Educação, ano 13, n. 25, dez. de 2004. p. 10.

como destino os estabelecimentos disciplinares industriais, para realização de trabalhos forçados.

A "recuperação" desses menores se daria, a partir do novo Código Penal Republicano, "não mais pelo simples encarceramento numa instituição de correção, mas sim pela disciplina de uma instituição de caráter industrial, deixando transparecer a pedagogia do trabalho coato como principal recurso para a regeneração daqueles que não se enquadravam no regime produtivo vigente. [...] Com poucos anos de vida as crianças pobres entravam no trabalho da fábrica ou da oficina; simetricamente, desde os 9 anos de idade meninos e meninas tornavam-se penalmente responsáveis, com a ressalva de terem obrado com discernimento', na faixa entre os 9 e 14 anos. (FAUSTO, 2001, p. 94)

Nesse ínterim, o Estado descobre a possibilidade de moldar novos cidadãos e, em se tratando da infância vulnerável, o objetivo era educar para moldar para a submissão. No lugar de investir em uma política nacional de educação de qualidade para todos, optou-se por investir em uma política *menorista* predominantemente jurídico-assistencialista para a juventude em situação de vulnerabilidade econômica e social.³

Somado a isso, a infância passou a ser interpretada sob uma ótica de preocupação com o futuro do país. A matriz dessa perspectiva constitui um pensamento assistencialista que consolida, anos depois, uma visão de natureza tutelar.

O abandono e a delinquência se fizeram crescentes e revelaram um problema social, cuja solução parecia ser relevante para o país, demandando ações de intervenção por parte do Estado. Nesse contexto, era possível observar a emergência das primeiras legislações especializadas estrangeiras, que previam condutas de crianças como crimes e cominaram sanções penais correspondentes, diferenciando seu tratamento do direcionado ao adulto.

Esse movimento de reconhecimento da necessidade de manutenção da ordem e de criação mecanismos que protegessem a criança, buscava livrá-las dos perigos que pudessem desviá-la do caminho da disciplina e do trabalho.

³ RIZZINI, Irene. **O século perdido**: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil. São Paulo: Editora Cortez, 2007. p. 30.

No Brasil, essa etapa foi superada quando a delinquência juvenil passou a ser tratada por leis especiais para *menores* em situação irregular, fundadas no binômio carência-delinquência, caracterizado pela não diferenciação no tratamento a ser dado aos abandonados e aos delinquentes.

A Fase Tutelar é marcada, portanto, por invocar a matéria infracional autônoma e independente do direito penal tradicional. Nesse momento, a preocupação do Estado se limitava ao uso do poder punitivo contra os jovens em situação irregular.

Com efeito, a consolidação desse momento histórico se deu com a criação da Lei nº 4.242, de 05 de janeiro de 1921, que acabou por fomentar a posterior criação do Primeiro Código de Menores de 1927.

Mais de que uma peça orçamentária a mencionada lei acabou por determinar a organização de serviço de assistência e proteção à infância abandonada e delinquente (art. 3º, inc. I), definir hipóteses de abandono e situações a elas equiparadas (art. 3º, § 1º), ampliar as causas para a suspensão e destituição do pátrio poder, prever situações justificadoras da colocação dos menores sob guarda de terceiros e indicar sanções aos pais ou responsável (art. 3º, §§ 2º a 15). Também regulamentou as sanções e os procedimentos destinados a infratores (art. 3º, §§ 16 a 37). (DE PAULA, 2002, p. 17)

Daí se materializa o que viria a ser a denominada cultura *menorista*. A legislação era utilizada com intuito repressivo e higienista, com fundamento no assistencialismo e nas práticas segregatórias, ainda não se falava em garantia de direitos, visto que as crianças e adolescentes não eram considerados sujeitos de direitos.

Inspirado na Doutrina da Situação Irregular, na década de XX, o Estado passou a se preocupar com as crianças em situação irregular, as demais permaneciam sob total cuidado dos seus familiares. Assim, inspirado na atuação de um juiz chamado Mello Mattos, que atuou no primeiro Juizado de Menores do Brasil e da América Latina, o Código de Menores de 1927 carregava em suas disposições o discurso assistencialista e protetivo.

Durante esse período, as crianças e adolescentes representavam tão somente um objeto de intervenção do Estado, ao passo que tal intervenção visava suprir as irregularidades em que as crianças se encontravam, seja por uma situação de

abandono, carência ou delinquência. Essa lógica buscava satisfazer o discurso assistencialista, por intermédio do controle social.

Por *Menorismo* se quer referir o conjunto de princípios e regras fundado na doutrina da Situação Irregular, correspondendo ao tratamento dispensado aos menores de idade a partir de uma suposta abordagem autônoma do Direito Penal e por isso desvinculada dos princípios de garantia: contraditório, ampla defesa, equilíbrio entre acusação e defesa. E que no campo da execução de sanções e programas específicos, caracteriza-se por uma intervenção sem prazo determinado e altamente correccional. Nas lições de Luigi Ferrajoli, o paradigma paternalista do direito menoril resultava de sua natureza informal e discricionária, sempre consignado a um suposto poder “bom” que invariavelmente atuaria no “interesse superior do menor”. (SARAIVA, 2010, p. 30)

O discurso apresentava uma dupla interpretação, onde a criança precisava ser protegida, mas também contida, a fim de que não causasse danos à sociedade. Essa ambiguidade se edifica à medida que os órfãos abandonados eram identificados como seres em perigo, ao passo que o adolescente delinquente era classificado como perigoso – uma ameaça à sociedade –, sendo que ambos eram destinados às mesmas instituições.

Urge esclarecer que esse tratamento observava a estrutura social segregacionista. Os adolescentes considerados em situação irregular passaram a ser identificados por um perfil repetitivo: os filhos das famílias empobrecidas, geralmente negros ou pardos, vindos do interior e das periferias.⁴

Daí a construção de uma categoria jurídica específica: a do *Menor*, dividindo a infância em duas e atrelando a periculosidade às crianças e adolescentes pobres, alvo preferencial da intervenção estatal. Para a infância, o controle é exercido pela família e pela escola; para os menores o controle é de atribuição dos tribunais, ou seja, com base no sistema de proteção e assistência e nas disposições do Código de Menores, submetia-se qualquer criança, por sua simples condição de pobreza, à ação da Justiça e da Assistência. A esfera jurídica se transforma assim em protagonista na questão dos menores, por meio da ação jurídico-social dos Juizes de Menores. SPOSATO, 2011, p. 25)

A figura do Juiz de Menores ilustra bem a Fase Tutelar. No lugar das garantias, surgia a imagem de um juiz com amplos poderes decisórios, considerando que a justiça de

⁴ CUNHA, José Ricardo. **O estatuto da criança e do adolescente no marco da doutrina jurídica da proteção integral**. In: Revista da faculdade de direito Cândido Mendes, Rio de Janeiro, vol. 1, 1996. p. 98

menores deveria possuir um caráter familiar, e que o juiz de menores deveria ser como um pai.⁵

O papel do *juiz bom pai* era decidir pela intervenção em nome de um superior interesse da criança em situação irregular. A autoridade judiciária atuava com informalismo e discricionariedade, tendo em vista a ausência de rigor procedimental e de garantias processuais, uma vez que não reputava crianças e adolescentes como sujeitos de direitos.

O caráter principal desses tribunais (de menores) é a simplicidade. Simplicidade na organização. Simplicidade nas práticas de julgamento. Simplicidade na aplicação das medidas de caráter coercitivo ... (um) tribunal numeroso equivaleria à morte desta luminosa criação. Basta um juiz para julgar. Porém, esse juiz deve ser exclusivamente um juiz de menores: não deve, não pode, exercer outra função. Se nas grandes cidades, ou em regiões onde o coeficiente de criminalidade é mais elevado, torna-se necessária a criação de diversas especializações do crime, também é imperioso que se designem juízes especiais para o julgamento de menores. [...] O juiz atua como pai. (MENDEZ, 1998, p. 58)

A concepção *menorista* sobreviveu uma segunda etapa, representada juridicamente pelo Código de Menores de 1979, instituído pela Lei nº. 6.697/79, consubstanciado sob uma ideologia paternalista, autoritária, assistencialista e tutelar.

O Código, criado no final do regime militar, ratificou uma visão consolidada e ultrapassada que ignorava garantias às crianças e adolescentes, como se eles fossem objeto do direito, e não sujeitos dele. Poucos meses após o início do regime de exceção, publica-se o Decreto-Lei intitulado Da Política Nacional do Bem Estar do Menor e, com ele, a Fundação Nacional de Bem Estar do Menor – FUNABEM.

A criação dessa instituição, ainda em 1964, e da Febem, em 1976, entidade que se vinculava à primeira, permitiu uma consolidação da política de controle social que buscava mecanismos sociais de contenção da violência. Os juristas aperfeiçoaram os

⁵ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei**. Da indiferença à proteção integral. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 56.

mecanismos pedagógicos do desajuste como elemento central da periculosidade social.⁶

Até esse momento, o Estado permanecia sobrevivendo seus interesses sobre os das crianças e adolescentes. A mudança de paradigma pode ser observada com o reconhecimento da condição da criança como titular de direitos, operada pela Carta Constitucional de 1988.

A constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil visa distanciar a preconceituosa visão *menorista* para se admitir que o atendimento deve ser voltado à toda criança e adolescente, sem discriminações econômicas, sociais, étnicas ou de qualquer outra ordem.

A conquista da construção do sistema especial de proteção aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes teve forte influência da participação popular na construção de políticas especiais para a infância e adolescência e correspondia ao consenso na comunidade internacional, que posteriormente se constituiu nos princípios inaugurados pela Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

Com disposições garantistas, a Constituição Federal de 1988, nos artigos 227 e 228 estabeleceu como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro o dever compartilhado de proteção dos direitos humanos das crianças e adolescentes, como manifestações da própria dignidade humana e como pilar da democracia.

Tais disposições acabaram por sintetizar os ideais da Doutrina da Proteção Integral, estabelecendo a “absoluta prioridade” não somente como uma simples expressão, mas um princípio constitucional que gera direitos e obrigações jurídicas, fomentando a criação de legislações voltadas à proteção especial das crianças e adolescentes.

Não por acaso, dois anos após a Constituição, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 13.07.1990, entra em vigor instrumentalizando os mandamentos constitucionais da prioridade absoluta por meio do que se

⁶ SPOSATO. Karyna Batista. **Direito Penal de Adolescentes**: elementos para uma teoria garantista. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 31.

convencionou chamar de “Doutrina Jurídica da Proteção Integral”, que por sua vez, corresponde a uma síntese do pensamento do legislador constituinte a partir de garantias substanciais e processuais destinadas a assegurar os direitos consagrados. (SPOSATO, 2011, p. 43)

O Estatuto da Criança e do Adolescente obedeceu a superação da categoria de menoridade, como desqualificação e inferiorização de crianças e jovens, que agora são reconhecidas condições de igualdade perante a lei, identificando seu potencial disruptivo em relação aos paradigmas do passado.

Ocorre que, o contexto de elaboração do Estatuto é marcado por disputas travadas na arena política da atividade legislativa que revelam que, apesar de a lei trazer inovações no sentido de impor limitações à intervenção estatal, apresenta continuidades com relação ao modelo anterior.

Essa é a conjuntura em que situa a vigência e aplicação do parágrafo segundo do artigo 182 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que passará a ser analisado no próximo capítulo.

2 ANÁLISE DO PARÁGRAFO SEGUNDO DO ARTIGO 182 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O artigo 182 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) está contido no Capítulo III – Dos Procedimentos, na Seção V – Da Apuração de Ato Infracional Atribuído a Adolescente e dispõe acerca da possibilidade de o Ministério Público oferecer representação à autoridade judiciária. O artigo contém a seguinte redação:

Art. 182. Se, por qualquer razão, o representante do Ministério Público não promover o arquivamento ou conceder a remissão, oferecerá representação à autoridade judiciária, propondo a instauração de procedimento para aplicação da medida sócio-educativa que se afigurar a mais adequada.

§ 1º A representação será oferecida por petição, que conterá o breve resumo dos fatos e a classificação do ato infracional e, quando necessário, o rol de testemunhas, podendo ser deduzida oralmente, em sessão diária instalada pela autoridade judiciária.

§ 2º A representação independe de prova pré-constituída da autoria e materialidade.

Nota-se que o parágrafo primeiro do referido artigo delimita as condições formais exigidas para o oferecimento da representação pela autoridade ministerial, ao passo que o parágrafo segundo manifesta uma dispensa para tal oferta.

A expressão “independe”, utilizada para se referir à presença das provas pré-constituídas de autoria e materialidade no oferecimento da representação pelo Ministério Público, pressupõe que a presença de tais elementos não se faz necessária para instauração de procedimento para apuração de ato infracional e aplicação da medida socioeducativa.

Dito isso, parte-se do pressuposto que a representação se equipara a denúncia no processo penal dos imputáveis e por isso torna-se propício recorrer, nesse momento, a verificação do entendimento doutrinário acerca dos requisitos necessários para o oferecimento de denúncia e instauração do processo penal dos imputáveis, para que se possa estabelecer uma análise comparativa da suposta dispensa dos elementos indiciários que amparam a representação de um suposto cometimento de um ato infracional.

2.1 A JUSTA CAUSA E O PROCESSO PENAL DOS IMPUTÁVEIS

A justa causa configura um elemento essencial ao oferecimento de denúncia no processo penal dos imputáveis, sem a qual a denúncia ou queixa será rejeitada, conforme interpretação dada ao artigo 395, inciso III do Código de Processo Penal.

Introduzida no Código de Processo Penal pela lei 11.719/08, a justa causa se materializa como um requisito necessário e anterior ao recebimento da denúncia. Em razão de não ter sido conceituada pelo legislador, a interpretação ficou a cargo da doutrina e jurisprudência.

Verifica-se, como consequência disso, um esforço doutrinário, conceitual e interpretativo, para produção de entendimentos. Entendimentos esses que não são pacíficos, mas podem ser classificados em duas acepções principais. A primeira

equipara a justa causa ao lastro probatório mínimo relativo à materialidade e à autoria da infração exigido para o ajuizamento da ação penal condenatória, inserindo-a no interesse de agir. A segunda considera-a como o suporte fático e jurídico necessário para tornar lícita a coação representada pelo processo criminal, isto é, como uma das condições da ação.

Em outros dizeres, busca-se classificar os indícios mínimos como uma condição da ação ou apenas uma qualidade desta. De todo modo, a exigência de indícios razoáveis de autoria e materialidade garante um suporte probatório mínimo que deve lastrear toda e qualquer acusação penal, a fim de assegurar um controle processual e evitar acusações temerárias.

Considerando a instrumentalidade constitucional do processo penal, a justa causa acaba por constituir uma condição de garantia contra o uso abusivo do direito de acusar, sendo reconhecida como mecanismo de controle processual ao caráter fragmentário da intervenção.⁷

A análise da justa causa como condição da ação constitui a exigência de apresentação de elementos probatórios de autoria e materialidade, o que não se confunde com a demonstração de que a conduta praticada é aparentemente típica, ilícita e culpável do *fumus commissi delicti*.

A exigência da justa causa para o oferecimento da denúncia funda-se na finalidade de evitar o abuso do *ius ut procedatur*. Em outros dizeres, uma vez que a prova dos indícios de autoria e materialidade condicionam do exercício da pretensão acusatória do Ministério Público (ou querelante), verifica-se que a justa causa opera um controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal e como filtro legítimo ao direito de ação.

Isso porque a acusação não pode, diante da inegável existência de penas processuais, ser leviana e despida de um suporte probatório suficiente para, à luz do

⁷ JUNIOR, Aury Celso Lima Lopes. **Direito Processual Penal**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 373.

Princípio da Proporcionalidade, justificar o imenso constrangimento que representa a assunção da condição de réu.⁸

Isso significa dizer que somente o ajuizamento da ação penal se faz suficiente para atingir o estado de dignidade do acusado, de modo a provocar graves repercussões na órbita de seu patrimônio moral, partilhado socialmente com a comunidade. Daí porque a peça acusatória deve vir acompanhada de suporte mínimo de prova, sem os quais a acusação carece de admissibilidade.

[...] a questão de se exigir lastro mínimo de prova pode ser apreciada também sob a perspectiva do direito à ampla defesa. Com efeito, exigir do Estado, por meio do órgão da acusação, ou do particular, na ação privada, que a imputação feita na inicial demonstre, de plano, a pertinência do pedido, aferível pela correspondência e adequação entre os fatos narrados e a respectiva justificativa indiciária (prova mínima, colhida ou declinada), nada mais é que ampliar, na exata medida do preceito constitucional do art. 5º, LV, da CF, o campo em que irá se desenvolver a defesa do acusado, já ciente, então, do caminho percorrido na formação da *opinio delicti*. (OLIVEIRA, 2008)

Por exigir a apresentação de uma causa jurídica e fática que legitime e justifique a acusação e a própria intervenção penal, a justa causa também encontra lastro no Princípio da Intervenção Mínima e da Reserva Legal, visto que não deve o Direito Penal sancionar todas as condutas lesivas a bens jurídicos, mas tão somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes.⁹

O fato é que o referido artigo deixa expressamente assentada a justa causa como uma questão preliminar, reconhecendo-a enquanto suporte probatório mínimo que deve lastrear toda e qualquer acusação penal.¹⁰

Embora grande parte da doutrina venha confundindo a justa causa simplesmente com o interesse de agir, parece-nos correta a lição de Maria Thereza Rocha de Assis Moura, sustentando que a justa causa, em verdade, espelha uma síntese das condições da ação. Inexistindo uma delas, não há justa causa para a ação penal. Portanto sob esse prisma soa-nos ilógica a atual disposição do art. 395 do CPP. Deve-se rejeitar a denúncia ou queixa se faltar condição para o exercício da ação penal (inciso II) ou faltar justa causa para o exercício da ação penal (inciso III). Ora, um inciso se subsume

⁸ JUNIOR, Aury Celso Lima Lopes. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. I, 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 380.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 19.

¹⁰ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 449.

no outro. Se faltar justa causa significa não haver alguma das condições para o exercício da ação penal. E, por outro prisma, inexistindo qualquer das condições para o exercício da ação penal, não há justa causa. (NUCCI, 2010, p. 193-194).

A existência da justa causa, seja como quarta condição da ação, inserida no contexto da demonstração do interesse de agir, seja enquanto lastro mínimo de prova, a demonstrar a viabilidade da pretensão deduzida, representa um instrumento processual e constitucional limitador do arbítrio estatal no processo penal.

Dito isso, parte-se do pressuposto de que a demonstração de indícios que instruem a viabilidade da denúncia se faz imprescindível para o ajuizamento da ação penal aos imputáveis.

2.2 *IN DUBIO PRO SOCIETATE X IN DUBIO PRO REO*

Tratando-se de uma etapa inicial e intermediária da persecução penal, isto é, de investigação e oferecimento de denúncia, urge que seja examinada a influência do princípio do *in dubio pro societate* nesse momento pré-processual. Tal princípio, apesar de não encontrar amparo legal, é reputado por expressiva parcela da doutrina e jurisprudência como norteador da fase investigativa à ocasião do juízo de admissibilidade da acusação.

Com efeito, nos momentos da formação da *opinio delicti* pelo Ministério Público e da apreciação judicial preliminar da denúncia ofertada, a obscuridade na valoração dos elementos de convicção produzidos deve ser interpretada em favor da sociedade. Não tendo sido realizada a instrução probatória, a dúvida sobre a existência ou não de conduta juridicamente criminosa e punível, materialidade e autoria, deveria levar à etapa investigativa posterior.

Tal premissa é equivocada, no mínimo, por duas razões. Em primeiro lugar, por realizar uma falsa dicotomia entre acusado e sociedade, como se aquele não fizesse parte dessa e como se a sociedade não tivesse interesse em que o judiciário tivesse todo o cuidado possível antes de devassar a vida de um de seus componentes. O indivíduo, processado, nada mais é do que a sociedade vivenciando o controle estatal por meio de um de seus componentes. Em segundo lugar, a ideia de um *“in dubio pro societate”*

subverte a conquista civilizatória, obtida quando da elaboração dos preceitos penais liberais, do “*in dubio pro reo*”. A dúvida sempre deve beneficiar o réu. Acaso o estado tenha dúvidas acerca da possibilidade ou não de violar os direitos do cidadão, a resposta deve sempre ser impeditiva à violação. Então como equacionar a possibilidade de investigar e punir os culpados com a dúvida existente frente à culpa do indivíduo? (SILVA; VAY, 2021, p. 257-274)

O *in dubio pro reo*, do contrário, representa uma máxima que vigora, em regra, durante todo o curso do processo, em especial no momento de decisão de condenação ou absolvição. Trata-se de um dos desdobramentos da presunção de inocência, que é consagrada não apenas no ordenamento constitucional, mas também convencional e processual penal. Veja-se:

Artigo 5º da Constituição Federal. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LVII - Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. [...]

Artigo 386, Código de Processo Penal. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:
VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena

Extraí-se, a partir disso, a regra probatória segundo a qual a dúvida na persecução criminal milita em favor do acusado. Essa máxima não deveria se restringir aos atos que sucedem a deflagração do processo penal, tendo em vista que a valoração da prova ocorre também nos momentos anteriores.

Assim, sob a ótica das garantias do imputado, a admissão do *in dubio pro societate* representa uma transgressão a proteção constitucional da presunção de inocência, antes mesmo de iniciar o processo.¹¹ Sua aplicação atribui prejuízo ao indiciado em razão de dúvida, transferindo para ele o ônus da prova, ao passo que retira do Ministério Público o dever de fundamentar suas alegações.

Essa compreensão influi na “qualidade” ou “força” da instrução da peça inaugural, tendo em vista que ela se desenvolve estruturada sobre juízo de mera possibilidade.

¹¹ JUNIOR, Aury Celso Lima Lopes. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 172.

Esse entendimento leva a dispensa de apresentação de indícios mínimos de autoria e materialidade do crime.

Somado a isso, mesmo que o indicado comprove a sua inocência, o fato de ter sido submetido a julgamento sempre significará uma cota considerável de sofrimento, de gastos e de descrédito público. Por essas razões, um processo corretamente estruturado tem que garantir, também, que a decisão de submeter o acusado a julgamento não seja precipitada, superficial ou arbitrária.¹²

A luz das garantias do devido processo legal, o indiciamento do indivíduo suspeito da prática de crime, deve ser feito apenas e tão somente quando houver um lastro probatório mínimo e razoável.

De todo modo, ainda que se defenda a aplicação do *in dubio pro societate*, é certo que nem toda dúvida é apta a fundamentar a denúncia, vez que esta deve se amparar em indícios mínimos de autoria e materialidade, isto é, não se exige certeza, mas certa probabilidade.

Isso significa dizer que, com o avanço na persecução e o escalonamento da cognição, aumenta-se o grau de convicção sobre materialidade e autoria delitivas. Nesse sentido, o indiciamento e a acusação só são autorizadas com indícios suficientes e a condenação apenas se justifica com provas robustas.

Por aplicação do *in dubio pro reo*, a dúvida deve permanecer beneficiando o imputado no momento do oferecimento da denúncia, tendo em vista que, incerta a presença de indícios veementes do crime e de seu autor, ou obscuro o *fumus* razoável de sua plausibilidade, o oferecimento da denúncia não deveria ser feito, quiçá deveria passar pelo juízo de admissibilidade.

Sobre esse ponto, destaca-se que o ajuizamento da ação penal se faz suficiente para atingir o estado de dignidade e o patrimônio material do acusado, tendo em vista o imenso constrangimento que representa a assunção da condição de réu.

¹² BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani, com revisão e apresentação de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 187.

O *Parquet* deve, portanto, oferecer denúncias fundamentadas na existência do lastro probatório exigido, não podendo a dúvida autorizar o avanço da atividade persecutória estatal. As garantias processuais e constitucionais não devem ser relativizadas, o contrário, na verdade, culminam por operar em desfavor da própria sociedade que intenta beneficiar.

2.3 A DISPENSA DA JUSTA CAUSA NO PROCESSO PENAL JUVENIL

Firmada a estrutura da justa causa no processo penal dos imputáveis, retoma-se a análise do disposto no parágrafo segundo do artigo 182 do Estatuto da Criança e do Adolescente para verificação da suposta dispensa dos elementos indiciários que amparam a representação de um suposto cometimento de um ato infracional.

Em um primeiro momento, conforme enunciado, a expressão “independe” é utilizada para se referir à presença das provas pré-constituídas de autoria e materialidade no oferecimento da representação pelo Ministério Público, o que condiciona a compreensão de que a presença de tais elementos não é necessária para instauração de procedimento para apuração de ato infracional e aplicação da medida socioeducativa.

Em outros dizeres, o suporte probatório que indique indícios razoáveis de autoria e materialidade que deve lastrear toda e qualquer acusação penal, aparenta, em uma primeira análise, ser dispensável ao oferecimento da representação de um adolescente pelo Ministério Público.

Acontece que, por todo exposto, ainda sem considerar complexidade das características específicas decorrentes do sistema adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, parece que tal dispensa confronta a máxima da presunção de inocência e princípio do *in dubio pro reo*.

Isso porque, falando-se em justa causa, está se tratando de exigir uma causa de natureza penal que possa justificar o imenso custo do processo criminal e suas diversas penas, mas acima disso, que uma pessoa não sofra acusações temerárias.

A supra citada representação está equiparada à denúncia, de cujo processo poderá culminar a aplicação das sanções penais enumeradas no artigo 112 do ECA, além da pesada pena de sujeitar o adolescente a um processo fictício, que, nos termos desta lei, não precisa assentar-se na prova da materialidade e da autoria, mas em simples suposição, suspeição, presunção - e por que não dizer - na imaginação e na subjetividade de um acusador. A mencionada regra - que coloca todo adolescente sob suspeita e, potencialmente, no banco dos réus - foi aprovada, desavisadamente, pelas duas Casas do Congresso Nacional e promulgada, desassessoradamente, pelo Presidente da República, retroagindo ao tempo do inquisitorialismo, pois foi esquecido por todos que o ônus da prova é de quem acusa (CPP, art. 156). Ademais, em se tratando de justa causa, como condição primeira para o exercício da ação penal, a análise da prova da materialidade e indícios da autoria deve ser feita previamente, por ocasião da instauração do processo e não ao seu final (art. 189, II), o que é mais uma impropriedade desta lei. (CORRÊA, 1998, p. 209)

Cabe à acusação o ônus de provar a culpabilidade do acusado, portanto, a representação oferecida pelo Ministério Público deveria conter ao menos os indícios mínimos lastreadores de autoria e materialidade delitiva para ser oferecida, a fim de evitar a exposição do adolescente ao constrangimento de uma persecução processual infundada.

A dispensa da justa causa confere ao Ministério Público a liberdade de oferecer representação diante de um procedimento apuratório vago de autoria e materialidade, o que pode resultar em um descompromisso com o bom andamento de suas atividades na busca e no ordenamento da produção de provas para o alcance dos objetivos do processo penal de apuração do ato infracional.

Além disso, se devidamente considerado, o princípio da proporcionalidade visto como proibição de excesso de intervenção garante uma base constitucional à justa causa, com lastro no Princípio da Intervenção Mínima e da Reserva Legal.

Resta demonstrado que, no processo penal do imputável deve existir, no momento em que o juiz decide se recebe ou rejeita a denúncia ou queixa, uma proporcionalidade entre os elementos que justificam a intervenção penal e processual.

Sobre esse ponto, não deveria se observar diferenças entre as condições da ação para o processo penal de adultos em relação ao processo penal juvenil, senão para aprimorar as garantias conferidas aos adolescentes em razão de sua especial condição de pessoa em desenvolvimento, por força do disposto no artigo 228 da Constituição Federal.

Essa previsão tem como objetivo afirmar o adolescente enquanto sujeito de direito e prioridade absoluta do Estado, vedando o tratamento mais gravoso ao adolescente do que aquele conferido ao adulto em semelhante situação.

No mesmo sentido assinala o inciso I do artigo 35 da Lei nº 12.594/12, que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase).

Art. 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;

Compreende-se, pois, que a aplicação da medida socioeducativa fica condicionada à análise do ato infracional praticado, no que concerne à sua tipicidade, autoria e, sobretudo, à proporcionalidade da resposta sancionatória.

Trata-se de um princípio que fixa os limites dentro dos quais pode mover-se o arbítrio judicial, isso porque a existência do ato infracional restringe-se às hipóteses legais aptas a sancionar o adulto. Ou seja, se a legalidade é pressuposto necessário para a aplicação de uma pena segundo a fórmula clássica *Nulla poena el nullum crimen sine lege*, também o é para a imposição de uma medida socioeducativa.

Ocorre que, a incidência do princípio da legalidade no Estatuto da Criança e do Adolescente não diz respeito somente a tipicidade, por exercer uma função limitadora e individualizadora de condutas humanas penalmente relevantes que autorizam a imposição de uma medida socioeducativa, mas também faz menção à vedação ao tratamento mais gravoso ao adolescente do que o conferido ao adulto.

Notadamente, tal disposição, para além da mera aplicação das medidas, diz respeito às garantias processuais penais constitucionais, como a presunção de inocência, assegurando uma discriminação positiva ao adolescente, seguindo a lógica da proteção absoluta prevista no artigo 227 da Constituição Federal.

Diante disso, dá-se início a verificação dos indicativos de que o teor do parágrafo 2º do artigo em comento acaba por transparecer uma incompatibilidade com os princípios da proteção integral do adolescente e da prioridade absoluta, além do Princípio Presunção de Inocência.

Isso porque da aplicação do artigo pode resultar, como providência, a internação do adolescente e, portanto, comunica com a esfera da sua liberdade. Além disso, admitir que o adolescente seja submetido a um procedimento judicial ainda que ausentes os indícios mínimos da materialidade e autoria, também diz respeito à sua dignidade humana.

Pelo exposto, conclui-se que aparenta inconstitucional qualquer tentativa de subverter o comando do tratamento diferenciado e mais vantajoso ao adolescente, não podendo este, em nenhuma hipótese, ser processado como adulto ou em condições piores do que como um adulto seria processado.

Nota-se que o tratamento diferenciado dos adolescentes em relação aos adultos cinge da própria previsão legal, sendo o fator discriminante a condição de pessoa em desenvolvimento em razão da idade biológica. A discriminação tem por objetivo justamente reduzir as vulnerabilidades decorrentes dessa condição, com isso, enquanto um processo especial, o direito penal juvenil deve garantir um tratamento menos oneroso aos adolescentes.

O que o parágrafo segundo do artigo 182, do Estatuto da Criança e do Adolescente confere, por sua vez, é uma subversão dessa lógica. Pois, em que pese a realização

de um tratamento desigual aos desiguais, atua de forma a intensificar a vulnerabilidade do adolescente, em detrimento de reduzi-la.¹³

A submissão do adolescente ao processamento de apuração de um suposto ato infracional sem a garantia de indícios razoáveis de autoria e materialidade não confere benefícios ao seu amadurecimento. Do contrário, vai na contramão do intuito protetivo e acirra as vulnerabilidades do adolescente.

Além disso, reconhecendo a justa causa como objeto de controle processual ao caráter fragmentário da intervenção e garantia contra o uso abusivo do direito de acusar, verifica-se que sua dispensa autoriza a ingerência estatal sobre uma série de direitos fundamentais, para além da liberdade de locomoção do adolescente.

Conclui-se, pois, que a dispensa da justa causa para a apresentação da representação por parte do *Parquet* se faz manifestamente conflituosa com os preceitos constitucionais que delimitam o devido processo legal e a presunção de inocência.

Princípio esse que veda a iniciativa probatória do julgador justamente porque incumbe ao acusador demonstrar toda a dimensão jurídica que pretende imputar, de forma que, ausente a prova necessária, é inadmissível a inversão do ônus probatório, devendo imperar o princípio do *in dubio pro reo*.

3 A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Conforme delineado, a vigente Doutrina da Proteção Integral encontrou respaldo no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Dessa positivação decorreram premissas protetivas que passaram a conferir direitos

¹³ SILVA, Fernando Augusto Pinto da; VAY, Giancarlo Silkunas. **Justa Causa no Processo Penal Juvenil**. In: Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci, Michelle Asato Junqueira. (Org.). Estatuto da Criança e do adolescente após 30 anos: narrativas, ressignificações e projeções. 1. ed. Londrina: Thoth, 2021, v. 3, p. 266.

às crianças e adolescentes, reconhecendo-os enquanto sujeitos de direitos, e estabelecendo obrigações positivas para o Estado no âmbito dessa proteção.

O processo de construção da Constituição Federal de 1988 e a introdução do Direito da Criança e do Adolescente preconiza a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990. Iniciou-se, a partir disso, uma fase intitulada como garantista, em face de efetivas garantias que são incorporadas aos procedimentos de apuração da responsabilidade dos adolescentes, bem como à execução das medidas impostas.

Com a instrumentalização do mandamento constitucional pela prioridade absoluta, convencionou-se o Princípio da Proteção Integral como um princípio norteador que deve obter implementação concreta na vida das crianças e dos adolescentes sem qualquer distinção.

Desmembrando esses conceitos, tem-se por integral a garantia dos direitos fundamentais a todas as crianças e adolescentes, sem qualquer tipo de discriminação. Essa proteção sem distinções confronta a Doutrina da Situação Irregular, que considerava as crianças e adolescentes em situação irregular como “objetos de intervenção”.

Essa lógica visa romper com a sistemática anterior e estabelece a igualdade jurídica entre todas as crianças e todos os adolescentes, que possuindo o mesmo status jurídico, gozam da mesma gama de direitos fundamentais, independentemente da posição que ocupam na sociedade.

Com efeito, para atingir o escopo de proteção do Direito da Criança e do Adolescente, o estudo normativo é indissociado da verificação dos princípios finalísticos enquanto critérios de interpretação do texto legal.

Em outros dizeres, na sua expressão normativa, o Direito da Criança e do Adolescente se revela através da disciplina de relações jurídicas em que o enunciar de direitos fundamentais e evitar lesão ou ameaça de ofensa aos interesses por eles tutelados. Assim, a concretude da proteção integral se materializa com a criação de mecanismos

de estímulo à realização espontânea dos direitos e a regulamentação do acesso à justiça, nos seus aspectos material e processual.

Do Princípio da Proteção Integral decorre as importantes noções de respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e a prioridade absoluta, que serão destrinchados em seguida. Esses entendimentos sedimentam a necessidade do compromisso e da obrigação solidária da sociedade e do Estado na proteção dos direitos das crianças e adolescentes.

3.1 A CONDIÇÃO PECULIAR DE DESENVOLVIMENTO E A AUTONOMIA PROGRESSIVA DO ADOLESCENTE

A proteção especial conferida às crianças e adolescentes decorre da sua condição peculiar de desenvolvimento. Assim, tanto a proteção integral desses sujeitos de direitos, como a responsabilização penal devem ser vislumbradas sobre o filtro dessa condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

A definição de desenvolvimento infantil e adolescente é estruturada pela lógica da psicologia do desenvolvimento, envolto no estabelecimento de processo de maturação biopsicossocial que avança por estágios temporais.

Essa reflexão representa a superação da Teoria da Incapacidade, que repercutia no desconhecimento da criança e do adolescente enquanto agentes políticos concretos.

Nesse momento de incidência da fase *menorista*, o ordenamento jurídico os reconhecia tão somente enquanto extensão do mundo adulto, sendo desconsideradas as necessidades peculiares de cada idade. Assim, sob um juízo paternalista e discricionário, os direitos materiais e processuais eram restringidos aos adolescentes sob o fundamento da superação de irregularidades.

No lugar das garantias, vigorava a figura de um juiz com amplos poderes decisórios, com os quais aplicava com discricionariedade. A justiça de *menores* era conferida sob

um caráter familiar, tratava-se de um sistema em que o juiz de *menores* deveria ser como um bom pai, a decidir sobre situações de irregularidades sem observância da legalidade.

A Constituição Federal, em seu art. 227, institui o princípio dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Por isso a nós, Parlamentares, não resta outra alternativa senão regulamentar o estatuto sugerido pelas próprias crianças brasileiras, no qual cada um de seus direitos se encontra especificado e conceituado, para que, no momento em que o juiz julgar o caso de uma criança, não o faça segundo sua vontade, mas com base em uma regra escrita. [...] Nossas crianças pobres não pertencem mais ao Estado-Juiz (AGUIAR, 1989, p. 10.794).

Com efeito, a consolidação dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes permitiu que os institutos de proteção fossem evocados em prol do desenvolvimento desses adolescentes desde o nascimento.

Construiu-se a noção de que a criança deve ser colocada a salvo de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, pois o futuro dessa pessoa se materializa na sociedade, devendo seus direitos serem assegurados no presente, de modo a garantir esse futuro.

O adolescente, então, passou a ter o direito de ser protegido integralmente e com absoluta prioridade, devendo ser enxergado e ouvido, de modo a propiciar-lhe desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

A previsão legal da especial proteção das crianças e adolescentes encontra respaldo no avanço da psicologia infantil e da neurociência. O período entre o nascimento e a adolescência foi classificado em estágios de desenvolvimento.

A noção clara da etapa do desenvolvimento configura um fator muito importante que não pode ser menosprezado no estudo das mais variadas questões jurídicas, as quais devem ser analisadas à luz das especificidades próprias da etapa do desenvolvimento em que cada um se encontra.¹⁴

¹⁴ TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 76.

A título de exemplo acerca das previsões legislativas que identificam as especificidades dos estágios de desenvolvimento, tem-se o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente – que dispõe de previsões gerais – e o Marco Legal da Primeira Infância, a Lei 13.257/16.

Esta última lei tem por finalidade proteger a fase do nascimento até os seis anos de idade, estabelecimento de políticas, planos, serviços e programas que atendam às especificidades de cada faixa etária, garantindo o desenvolvimento integral como dever do Estado. Assim, as propostas são voltadas para as necessidades específicas dessas idade, identificando sua importância no processo de construção identitária do ser humano.

Seguindo essa lógica, deve-se considerar a convergência temporal entre as oscilações de comportamento dos adolescentes, a fim de conferi-los um tratamento adequado em razão de sua condição de pessoa em desenvolvimento. O ponto de maturação da parte racional do cérebro é atingido após os 20 anos de idade, tendo um pico de desenvolvimento dos 13 aos 26 anos.

Isso porque o lado emocional amadurece mais rapidamente que o racional e isso provoca, num período entre os 16 e os 18 anos, um desequilíbrio em que o comportamento é mais emocional do que racional. Esse desequilíbrio provoca uma dificuldade na avaliação do risco.¹⁵

O Princípio da Condição Peculiar de pessoa em desenvolvimento nasce com essa finalidade: considerar a situação peculiar da adolescência e as intensas transformações físicas e psicológicas decorrentes dessa condição para definir o tratamento adequado. Nesse período se concentra o desenvolvimento da personalidade, a busca de auto afirmação e a construção de uma identidade. Trata-se de uma fase de transição para a idade adulta.

¹⁵ PORTO, Rita. **A adolescência pode ir até aos 24 anos?** Os cientistas dizem que sim. Lisboa, Observador On Time, S.A. mar. 2018.

Respeitar a condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento impende considerar, em qualquer ato decisório, que o adolescente encontra-se atravessando ingentes transformações que os fazem sujeitos peculiares de relações jurídicas que mantêm com o mundo adulto.

Sob pálio da garantia da prioridade absoluta e identificando a importância da verificação da maturação da racionalidade, com o fim assegurar o desenvolvimento saudável dos adolescentes, sob nenhuma hipótese, deve-se relativizar a garantia dos direitos materiais e processuais conferidos a eles.

O reconhecimento dessa peculiar condição das crianças e adolescentes não anula a noção de autonomia progressiva e reconhece a aquisição de deveres com o tempo. Afinal, da aquisição de direitos, decorrem obrigações.

Cuida-se, sobre esse ponto, da observância da idade e das etapas decorrentes do crescimento biológico que oportunizam a progressiva construção da racionalidade dos adolescentes, devendo o sistema de responsabilidade penal juvenil considerar essa condição.

Compreender a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, sob a ótica da neurociência e da evolução histórica se faz importante para permitir a busca pelas formas mais adequadas de intervenção do Estado em face do cometimento de um ato infracional, observadas as ferramentas efetivas de limitação à pretensão punitiva do Estado.

Em se tratando de limitações de medidas abusivas, tem-se que a justa causa representa um exemplo ideal de contenção à pretensão punitiva, tendo em vista que condiciona o *Parquet* a apresentar um lastro probatório mínimo para o oferecimento de denúncias.

Verifica-se que essa exigência acaba por prevenir os efeitos negativos decorrentes da aplicação das medidas, especialmente das privativas de liberdade, em face de denúncias temerárias.

Urge que seja observada a razoabilidade dos indícios de autoria e materialidade do cometimento de um ato infracional passível de movimentar a máquina pública e submeter um adolescente a um processo judicial que pode compelir a privação da sua liberdade.

Sobre esse ponto, deve-se considerar a natureza jurídica híbrida da medida socioeducativa, em vista do seu caráter pedagógico e sancionatório. Com efeito, a sua aplicação na condição de sanção, enquanto resposta e representação da intenção do Estado, precisa estar relacionada à prática de condutas previamente definidas em lei como típicas e antijurídicas, comprovação de autoria e materialidade, e à rígida observância das garantias processuais e dos limites temporais de sua execução.

Com isso, os adolescentes, enquanto detentores de prerrogativas próprias e peculiares, devem se valer de todo instrumental jurídico garantista, penal e processual, estabelecido para os adultos, tal qual a justa causa.

3.2 A PRIORIDADE ABSOLUTA E A DISCRIMINAÇÃO POSITIVA

Em decorrência da compreensão da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, o ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu um sistema de garantias que fundamentam o Princípio da Prioridade Absoluta na proteção dos interesses das crianças e dos adolescentes.

Nesse sentido, o disposto no artigo 227 da Constituição Federal, um dos pilares da constitucionalidade do Direito das Crianças e dos Adolescentes, determina que os interesses de crianças e adolescentes devem ser assegurados com absoluta prioridade, obrigando não só ao Estado, mas também à família e à sociedade na sua garantia.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

De início, destaca-se a força emanada pela previsão constitucional de prioridade absoluta em estabelecer garantias substanciais e processuais destinadas a assegurar os direitos das crianças e adolescentes. Nota-se que tal previsão assegura não só os direitos fundamentais conferidos a todas as pessoas, mas também aqueles que atentam às especificidades da especial condição de desenvolvimento.

A relevância do termo “absoluta” confere o entendimento de que, em qualquer situação, deve-se priorizar a alternativa que assegure os interesses da criança e do adolescente, sendo a responsabilidade por essa proteção absoluta compartilhada entre o Estado, a sociedade e as famílias.

Sob outra perspectiva, a prioridade absoluta da criança e do adolescente, entre outros aspectos, indica o reconhecimento da igualdade jurídica entre todas as crianças e todos os adolescentes, que, possuindo o mesmo status jurídico, gozam da mesma gama de direitos fundamentais, independentemente da posição que ocupam na sociedade, o que acaba por instaurar o escopo da Doutrina da Proteção Integral.

Tal princípio é reafirmado e melhor desenvolvido pelo artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

O referido dispositivo confere notoriedade e organiza uma estrutura integrada de garantias às crianças e adolescentes, dividida em três sistemas harmônicos entre si.

O Sistema Primário de Garantias estabelece as diretrizes para uma Política Pública que priorize crianças e adolescentes, reconhecidos em sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. O Sistema Secundário trata das Medidas de Proteção

dirigidas a crianças e adolescentes em situação de risco pessoal ou social. Já o Sistema Terciário, que trata das medidas socioeducativas, aplicáveis a adolescentes em conflito com a Lei.¹⁶

Nota-se que os dois primeiros sistemas nutrem uma relação de prevenção em relação ao terceiro, tendo em vista que buscam proporcionar condições de desenvolvimento saudável e regularizar eventuais situações de conflito, a fim de que não seja necessário o emprego de medidas socioeducativas.

Esse cenário reconhece que, dentro do contexto de prioridade absoluta decorrente da condição de pessoa em desenvolvimento infantil e juvenil, existem classificações de prioridades. A título de exemplo, tem-se a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146 de 2015) e o Marco Legal da Primeira Infância (Lei 13.257 de 2016).

O sistema jurídico brasileiro compreende, portanto, que todas as crianças e adolescentes devem ter seus direitos integralmente assegurados com prioridade absoluta, sem qualquer distinção. Além disso, confere uma preocupação especial em observância às condições específicas dessas crianças e adolescentes, a fim de garantir que cresçam em condições que a capacitem no futuro.

Dentro do Sistema Terciário também é possível notar a influência dessa discriminação positiva, a notar o disposto no artigo 228 da Constituição Federal, que prevê uma responsabilidade penal diferenciada aos menores de 18 anos.

A identificação da inimputabilidade penal do adolescente, instituída pelo referido artigo, significa fundamentalmente a insubmissão do adolescente por seus atos às penalizações previstas na legislação penal, o que não o isenta de responsabilização e sancionamento, tampouco relativiza suas garantias processuais.¹⁷

¹⁶ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei**. Da indiferença à proteção integral. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 90-91.

¹⁷ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei**. Da indiferença à proteção integral. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 133.

Extrai-se que, ao adolescente que se atribui a autoria de ato infracional são conferidas todas as garantias previstas aos adultos mais outras, próprias de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, em um plus de garantias, que se tem denominado discriminação positiva das garantias penais e processuais penais que o sistema de responsabilidade juvenil consagra.

As medidas socioeducativas aplicadas aos adolescentes devem ter objetivo educativo, uma vez que, embora sejam responsabilizados, o processo deve ser guiado pelo devido processo legal. Isso porque, enquanto exercício do poder coercitivo do Estado, as medidas são potenciais limitadoras da liberdade do indivíduo, e deve se apresentar sob o princípio da excepcionalidade e representa um sancionamento estatal.

Surge daí a necessidade de se impor limites assegurando a intervenção punitiva sobre os adolescentes, levando-se em consideração as regras gerais de legalidade de delitos, penas, jurisdicionalidade e intervenção mínima, com com o qual a intervenção estatal repressivo-punitiva deveria ser concebida como *ultima ratio*.

Já em relação aos limites especiais que decorrem de um conjunto direitos, garantias e princípios constitucionais assecuratórios especiais do sistema de responsabilização penal juvenil, nota-se um universo de valores que desconstrói o paradigma da incapacidade para reconhecer o adolescente em sua condição de sujeito de direitos, com responsabilidade penal juvenil.

A identificação da essência destas medidas também comunica com a garantia da plena observância dos direitos fundamentais dos adolescentes e a especial condição de pessoa em desenvolvimento. Assim, quantitativamente, essas sanções devem ser menos severas, e, qualitativamente, o sistema de resposta deve prestar atenção à necessidade de desenvolvimento e os direitos humanos especiais do adolescente.¹⁸

¹⁸ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei**. Da indiferença à proteção integral. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 137.

Em decorrência dessa lógica se materializou o disposto no inciso I do artigo 35 da Lei nº 12.594/12, que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), que condiciona a aplicação da medida socioeducativa à análise do ato infracional praticado, no que concerne à sua tipicidade e autoria, bem como veda o tratamento mais gravoso ao adolescente do que o conferido ao adulto.

Surgem, então, garantias materiais e processuais especiais aos adolescentes, como a identificação da natureza legal híbrida das medidas socioeducativas. O conjunto destas garantias integra o sistema legal de apuração da prática de atos infracionais e imposição de medidas socioeducativas e faz emergir o denominado Direito Penal Juvenil.

Desse microsistema, decorre o entendimento de que as normas processuais e os princípios previstos no ordenamento jurídico devem estar indissociados da aplicação e execução das medidas socioeducativas, observando a proporcionalidade da resposta sancionatória. Daí a exigência de elementos tipicamente penais e processuais penais para que a imposição da medida socioeducativa se materialize.

Em outros dizeres, o preenchimento de aspecto material – constatação de fato típico, antijurídico e culpável, prova de materialidade e autoria – é o que garante a aplicação do caráter essencialmente retributivo da medida socioeducativa, dada a obediência ao devido processo legal.

Afinal, para que o adolescente seja responsabilizado penalmente, urge que seja observado o procedimento de apuração de ato infracional, devendo, para tanto, serem respeitadas as garantias advindas de um modelo constitucional e convencional de processo, vez que representa direito fundamental inerente a qualquer cidadão. Essa noção decorre da própria Constituição da República, que ao prever tratamento especial a crianças e adolescentes, não os exclui dos direitos fundamentais que são destinados a todos os cidadãos, mas amplia a seara de seus direitos.

Isso significa dizer que a observância dessas garantias não se restringe a esse momento processual. Os adolescentes, enquanto destinatários da referida norma, devem ter suas garantias asseguradas também durante a fase pré processual e

processual, sob pena de violação do devido processo legal e do princípio da presunção de inocência.

Surge daí o seguinte questionamento: a dispensa da justa causa para o oferecimento da representação pelo Ministério Público representa uma discriminação positiva para o adolescente?

4 A INCOMPATIBILIDADE DO PARÁGRAFO SEGUNDO DO ARTIGO 182 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COM A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Sedimentadas as especificidades decorrentes do Direito das Crianças e dos Adolescentes, em especial no que tange a responsabilização penal dos adolescentes, urge que a dispensa da justa causa para o oferecimento seja analisada em observância das premissas decorrentes da Doutrina da Proteção Integral, a fim de verificar sua compatibilidade com o sistema garantista.

Parte-se do pressuposto, por todo exposto, que os adolescentes são sujeitos de direitos dotados de todas as garantias de natureza penal e processual penal aplicáveis aos adultos, sendo-lhes assegurado outras garantias especiais, a considerar sua condição de pessoa em desenvolvimento.

Assim, em se tratando de responsabilização penal por ato infracional, tem-se que a relativização da condição de sujeitos de direitos em desenvolvimento ou discriminação negativa da criança e do adolescente não é admitida, sob a égide da Constituição da Republica.

Nesta senda, sob o ponto de vista do Direito Penal, que tanto se aproxima do Direito Penal Juvenil, o presente estudo já demonstrou que a aplicação *do in dubio pro reo* na fase pré processual é legitimada pelo Princípio da Presunção de Inocência, assim, a demonstração de indícios que instruem a viabilidade da denúncia se faz imprescindível para o ajuizamento da ação penal aos imputáveis.

Sob essa lógica, a justa causa representa um instrumento processual e constitucional limitador do arbítrio estatal no processo penal que exige que o Parquet ofereça denúncias fundamentadas na existência do lastro probatório exigido, não podendo a dúvida autorizar o avanço da atividade persecutória estatal.

Nesse contexto, deve-se verificar em que medida a dispensa da apresentação de indícios mínimos de autoria e materialidade do cometimento de um ato infracional para o oferecimento de representação pelo Ministério Público representaria uma afronta ao sistema de garantias dos adolescentes.

A apuração da compatibilidade do disposto no parágrafo segundo do artigo 182 do Estatuto da Criança e do Adolescente com o ordenamento jurídico brasileiro se faz indispensável para a execução do disposto no artigo 227 da Constituição Federal, que os reconhece enquanto prioridade absoluta e responsabilidade do Estado, da sociedade e da família.

A dúvida sobre a conformidade dessa dispensa se edifica sob o entendimento de que as garantias processuais e constitucionais não devem ser relativizadas, sob pena de operar em desfavor da própria sociedade.

A justa causa, seja como quarta condição da ação, inserida no contexto da demonstração do interesse de agir, seja enquanto lastro mínimo de prova, a demonstrar a viabilidade da pretensão deduzida, representa uma limitação ao poder punitivo e uma proteção ao cidadão contra denúncias temerárias.

Desta feita, a representação oferecida pelo Ministério Público sem a devida justa causa como aspecto condicionante da ação fere o Princípio da Presunção de Inocência e apresenta uma violação às garantias constitucionais. Essa interpretação é fundamentada sob a ótica do Direito Penal e Processual Penal dos imputáveis, sequer reconhece as especificidades decorrentes da condição dos adolescentes enquanto pessoas em desenvolvimento.

O que se vislumbra em face da dispensa de indícios mínimos suficientes para relacionar o cometimento de uma conduta penalmente típica a um adolescente, é a abertura de margem para discricionariedade e para o punitivismo. Afinal, qual seria a benesse conferida ao adolescente quando, ainda que incerta a presença de indícios veementes do crime e de sua autoria, ou obscuro o *fumus* razoável de sua plausibilidade, fosse oferecida e recebida a representação?

Nesse sentido, sob a alçada do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, faz-se controversia a dispensa da justa causa para o oferecimento de representação. Prova disso é o artigo 114 do Estatuto, que determina a presença de um determinado grau de convicção sobre materialidade e autoria delitivas para a aplicação das medidas socioeducativas.

Art. 114. A imposição das medidas previstas nos incisos II a VI do art. 112 pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do art. 127.

Nota-se que, para o oferecimento e recebimento da representação tornam-se dispensáveis os indícios suficientes de autoria e materialidade, mas a condenação somente se justifica com provas robustas.

Em outros dizeres, o Ministério Público detém a liberdade de oferecer representação com um aparato probatório vago de informações e indícios, ao passo que a aplicação das medidas socioeducativas exigem provas de autoria e materialidade do ato infracional.

Verifica-se, então, o rompimento da noção de escalonamento da cognição, com o qual aumenta-se o grau de convicção sobre materialidade e autoria delitivas no curso do processo, tendo em vista que mesmo incerta a presença de indícios veementes do crime e de seu autor, ou obscuro o *fumus* razoável de sua plausibilidade é permitido o oferecimento da representação.

Ao conferir tal liberdade ao Ministério Público, está-se permitindo a relativização das garantias processuais dos adolescentes, isso porque estes possuem todos os direitos processuais e constitucionais conferidos aos adultos, entre outros.

Conclui-se que a dispensa da justa causa não configura uma discriminação positiva ao adolescente, do contrário, permite que estes sejam submetidos ao crivo do judiciário em face de denúncias temerárias.

Por aplicação do *in dubio pro reo*, a dúvida deveria beneficiar o adolescente no momento do oferecimento da representação, tendo em vista que, no processamento dos imputáveis, incerta a presença de indícios veementes do crime e de seu autor, ou obscuro o *fumus* razoável de sua plausibilidade, o oferecimento da denúncia não deveria ser feito, quiçá poderia passar pelo juízo de admissibilidade.

Essa garantia não se confunde com a noção de impunidade, do contrário, opera em favor da própria sociedade. Não há que se falar em cidadania sem responsabilidade, de mesmo modo não pode haver responsabilização sem o devido processo e o rigor garantista.

Sob essa lógica, o Direito Penal Juvenil está submetido à Ordem Constitucional, como dimensão única de sua eficácia e legitimação. Assim, a validade e eficácia do texto legal somente pode ser reconhecida a partir de seu assento constitucional, a considerar a condição especial de pessoa em desenvolvimento e a discriminação positiva conferida aos adolescentes.

Por todo exposto, tem-se que a construção legislativa do parágrafo segundo do artigo 182 do Estatuto da Criança e do Adolescente denota considerável incompatibilidade com a noção de prioridade absoluta na proteção dos direitos da criança e do adolescente.

4.1 OS VESTÍGIOS DO *MENORISMO* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Surge das conclusões acima descritas, o questionamento acerca da repercussão da conservação da cultura *menorista* na construção do disposto no parágrafo segundo

do artigo 182. Isso porque, se tal norma não é compatível com o atual sistema garantista, seria essa disposição uma regressão ao tutelarismo decorrente da Doutrina da Situação Irregular?

A dúvida prescinde do fato de o revogado Código de Menores submeter as crianças e os adolescentes em situação irregular ao crivo do judiciário, com discricionariedade fundamentada no paternalismo e assistencialismo. Essa lógica encontrava respaldo no fato de crianças e adolescentes não se caracterizarem enquanto sujeitos de direitos, mas como objetos de proteção.

A Doutrina da Situação Irregular consagrava o binômio carência/delinquência por intermédio de uma política de supressão de garantias para assegurar a "proteção dos *menores*". Em outros dizeres, a fim de combater a indistinção de tratamento entre adultos e crianças, criava-se, em nome da infância, aquilo que resultou no caráter tutelar da justiça de *menores*.¹⁹

Nesse contexto, o perverso binômio acabava por não distinguir os estados de abandonados e carentes dos infratores, o que denota que o foco do processo reside muito mais nas condições sociais e pessoais do adolescente do que, propriamente, no fato supostamente praticado.

O Código de Menores apresentava disposições de caráter sancionatório, fruto de um momento histórico marcado pelo autoritarismo e patriarcalismo. Como consequência dessa influência, suas disposições eram marcadas de discriminações segregacionistas, o que refletia o apelo da comunidade punitivista

O Código edificou um perfil do adolescente infrator e o distanciou da condição de sujeito de direitos, tornando-o mero objeto do processo, das atividades policiais e das políticas sociais, com as práticas tradicionais de institucionalização e criminalização da pobreza decorrentes do período do Regime Militar.

¹⁹ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei**. Da indiferença à proteção integral. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 40.

Os comportamentos dos adolescentes eram enquadrados como tipos penais, enquanto representavam, em realidade, problemas de natureza social. O processamento desses atos era pautado pelo critério da periculosidade e pela discricionariedade judicial.

As medidas socioeducativas, aplicadas muitas vezes sem a observância do devido processo legal e do contraditório, constituem uma ferramenta de reforço da exclusão a que muitos ou a esmagadora maioria dos adolescentes estão expostos. A ironia é que no momento de sua imposição, as medidas socioeducativas se sustentam num discurso compensatório, já que os adolescentes envolvidos com a prática de infrações penais sempre revelam em alguma fase de suas vidas direitos negligenciados, desde famílias problemáticas, violência doméstica, baixa escolaridade, defasagem escolar, precária inserção no mercado de trabalho, abandono e vivência institucional em abrigos ou vivência de rua. Deste modo, a medida acaba se definindo em razão de uma condição do adolescente e afastando-se da análise do ato infracional praticado, no que concerne à sua legalidade, à autoria, e, sobretudo à proporcionalidade da resposta sancionatória. (SPOSATO, 2011, p. 10)

Fundado sob uma ideologia tutelar, terapêutica e higienista, o *menorismo* instaurou um sistema penal que tipifica condutas consideradas delinquentes de maneira ambígua e vazia de conteúdo típico, tal qual o “desvio de conduta”.

Na linha deste caráter tutelar da norma, a ordem jurídica acabava por distinguir as crianças bem-nascidas daquelas excluídas, estabelecendo uma identificação entre a infância socialmente desvalida e a infância “delinquente”, criando uma nova categoria jurídica: os *menores*.²⁰

A preocupação da sociedade se limitava em retirar de circulação os jovens que causavam incômodo à ordem, acabando por enquadrar condutas típicas da adolescência como atos infracionais, desconsiderando por completo a condição especial de pessoa em desenvolvimento.

A desqualificação e inferiorização de crianças e jovens refletia na dispensa e desvinculação dos princípios de garantia: contraditório, ampla defesa, equilíbrio entre acusação e defesa. Sob essa ótica, a regularização das crianças e adolescentes em

²⁰ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei**. Da indiferença à proteção integral. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 43.

situação irregular suprimiu as garantias do devido processo constitucional e convencional, justamente por não identificá-los enquanto sujeitos de direitos, mas como objetos de intervenção.

A superação do *menorismo* anteriormente vigente teria, em tese, se manifestado com o reconhecimento destes enquanto sujeitos de direitos. Além disso, o caráter predominantemente educativo das sanções aplicáveis aos adolescentes denota que o Estatuto da Criança e do Adolescente trasladou as garantias do Direito Penal ao terreno do Direito penal juvenil.

Os jovens passaram a ser colocados em condições de igualdade perante a lei com a incorporação do devido processo legal e dos princípios constitucionais como limites objetivos ao poder punitivo sobre jovens em conflito com a lei.²¹

Destaca-se que a ressalva relativa a tal superação indica que é possível identificar vestígios da visão *menorista* ainda sob a vigência de um sistema garantista, como por exemplo a dificuldade de superação do uso do próprio termo *menor* para se referir a crianças e adolescentes em situação irregular.

A inadequação desse uso cinge da origem histórica do termo e do seu desempenho discriminatório. Isso porque, em detrimento de uma natureza protetiva em relação às crianças e aos adolescentes, havia a promoção de uma distinção entre a criança, comumente de uma classe social favorecida, e o *menor* em situação irregular.

Os *menores* eram crianças e adolescentes, normalmente abandonados e desassistidos, com condições financeiras desfavorecidas. Estes agentes eram associados a uma representação de perigo social e moral para a classe economicamente privilegiada, e necessitavam, portanto, de um tratamento diferenciado das crianças – como criminosos.

²¹ SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos para uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes**. 2011. p. 59.

Essas circunstâncias sociais especiais em que o *menor* se encontrava, contudo, não eram sopesadas para determinar sua proteção, do contrário, conferia a ele um tratamento desse agente como infrator.

A continuidade do uso das terminologias discriminatórias e segregacionistas decorrentes do Código de Menores denota a influência dos preceitos constitutivos do modelo tutelar e discricionário ainda na vigência da atual legislação garantista. Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro busque regular um sistema de proteção absoluta de crianças e adolescentes, é possível identificar vestígios das noções *menoristas* na aplicação da norma e até em suas disposições.

Nesse sentido, no que diz respeito à observância das garantias processuais dos adolescentes, sujeitos de direitos dotados de todas as garantias conferidas aos adultos mais outras, tem-se que a inexigibilidade da justa causa para oferecimento da representação, como uma norma de discriminação negativa, confere ao processamento dos atos infracionais uma potencial discricionariedade judicial característica do modelo tutelar.

O adolescente infrator também é considerado sujeito de direitos, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente, por meio da doutrina da proteção integral, introduz no Ordenamento Jurídico todo um sistema de garantias e direitos para todas as crianças e adolescentes, não excluindo quem delinuiu. Pelo contrário, há previsão de políticas públicas de medidas socioeducativas no ECA, porém a realidade é cruel, principalmente quando este adolescente é pobre, negro e tem que ser institucionalizado, o que leva a se querer compreender sobre a denominação "sujeito de direitos". A expressão "sujeito de direitos" significa ou realmente quer dizer o quê? Que estratégia ou objetivo quis alcançar o legislador com o seu discurso jurídico? Veja bem, não se quer duvidar e nem deixar de reconhecer as crianças e adolescentes como tais, pelo contrário, o que se quer refletir é sobre a linguagem, bem como sobre até que ponto eles são efetivamente considerados sujeitos e não coisas. (DA COSTA; PORTO, 2008, p. 97)

A discricionariedade pode ser observada à medida que, dispensados determinados requisitos básicos para o oferecimento de representação, pode um adolescente ser submetido ao processamento de um ato infracional sem indícios mínimos de autoria e materialidade do crime.

Do contrário, a lógica do sistema garantista estabelece limites gerais de legalidade de delitos, penas e jurisdicionalidade, bem como de intervenção mínima, pautada na

necessidade, proporcionalidade e culpabilidade. Além de limites especiais como o princípio da especialidade.

Essa operacionalidade visa a observância do princípio da legalidade condicionante e determina que a imposição de uma medida socioeducativa somente é admitida se a conduta atribuída ao adolescente corresponder a uma das condutas típicas extraídas do ordenamento penal positivo, conforme dispõe inciso I do artigo 35 da Lei nº 12.594/12, que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), combinado com o artigo 114 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Surge daí o questionamento acerca da origem da abertura à discricionariedade no momento de oferecimento da representação, tendo em vista que esse arbítrio é expressamente vedado no momento de execução.

Conforme já delineado, tem-se que a dispensa do parágrafo segundo do artigo 182 do Estatuto da Criança e do Adolescente se apresenta incompatível com o sistema garantista, assim, seria essa norma compatível com o sistema tutelar?

Por todo exposto, é possível concluir que, tal qual a continuidade do uso do termo *menor*, a inexigibilidade da justa causa para oferecimento da representação se verifica enquanto um potencial resquício do *menorismo*, ao passo que confere ao magistrado o poder de decisão sobre a vida e liberdade do adolescente, sendo dispensadas as formalidades processuais para tal decisão.

Tem-se diante da disposição do parágrafo segundo do artigo 182 do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma retomada ao tutelarismo e paternalismo do *juiz bom pai*, que atuava na informalidade sob a alçada da legalidade. Nesse sentido, a natureza da medida aparece como fato justificador do recebimento da representação, ou seja, embasa-se a necessidade do prosseguimento do feito a partir do caráter reeducativo da sanção, independentemente da representação conter ou não justa causa.²²

²² BARROS, Betina Warmling; CABISTANI, Luiza Griesang. **Justa causa no direito penal juvenil**. Revista Liberdades. p. 182.

A referida construção legislativa legitima que o magistrado receba uma representação infundada, em especial pelo fato de o despacho judicial de recebimento representar mero impulso processual. Trata-se de uma dispensa expressa, não é o caso de um dispositivo vago.

A retirada da obrigação do controle do juiz destas representações, possibilita que este tenha base legal para o recebimento de toda e qualquer acusação realizada pelo Ministério Público.

Em paralelo, orienta que o *parquet* faça uso abusivo do direito de acusar, visto que a justa causa opera um controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal e como filtro legítimo ao direito de ação, e sua dispensa opera no sentido oposto.

A expressa a inexigibilidade da justa causa para oferecimento da representação, para além da incompatibilidade com o sistema garantista, se apresenta enquanto vestígio da visão *menorista* dos adolescentes em conflito com a lei. Esse resquício, portanto, foi capaz de influenciar a construção legislativa do Estatuto da Criança e do Adolescente, em especial pela norma em análise pelo presente estudo.

A partir disso, surge o questionamento acerca da aplicação do parágrafo segundo do artigo 182, uma norma discricionária que produz efeitos dentro do sistema jurídico garantista. Sistema esse que pretende reconhecer as particularidades que tornam as crianças e os adolescentes pessoas que exigem especial proteção do Estado.

Em outros dizeres, o Direito Infantojuvenil no Brasil, com suas regras e princípios decorrentes da Doutrina da Proteção Integral, para sua concretização, deve ser aplicado em preponderância às suas disposições com influência *menoristas*.

Por todo exposto, faz-se pertinente verificar se, em que pese abertura normativa para a discricionariedade, a aplicação do dispositivo deve ser interpretada sob os filtros principiológicos do sistema garantista, ainda que influído de incompatibilidades.

4.2 OS IMPACTOS DA APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO SEGUNDO DO ARTIGO 182 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Compreendida a relação do artigo do Estatuto da Criança e do Adolescente que prevê a dispensa de justa causa no processo penal juvenil e a influência da cultura *menorista* para essa construção legislativa, no seu aspecto histórico-cultural, urge que sejam avaliados os efeitos decorrentes da incompatibilidade da norma com a Doutrina da Proteção Integral.

Para tanto, parte-se da presunção de que o ônus da dispensa de justa causa é suportado pelo adolescente, que tem sua dignidade e liberdade colocadas à mercê de denúncias temerárias. Essa presunção decorre do entendimento de que o processo penal representa uma pena por si só, tendo em vista que compõe um fato que modifica o curso da sua vida do indivíduo.

Daí porque vigora no sistema jurídico a máxima do *in dubio pro reo*, que se aplica, em regra, durante todo o curso do processo, em especial no momento de decisão de condenação ou absolvição. Trata-se de um dos desdobramentos da presunção de inocência, que é consagrada não apenas no ordenamento constitucional, mas no sistema processual penal dos imputáveis.

Conforme já fora delineado, a justa causa compreende uma repercussão dessa lógica, tendo em vista que o receio do cometimento de injustiças não se restringe ao momento de uma “condenação” desprovida de certeza material e autoral. Uma representação infundada, por si só, pode acarretar ao indivíduo um sofrimento inenarrável.

Nesse sentido, o *Parquet* deve, portanto, oferecer representações fundamentadas na existência do lastro probatório exigido, não podendo a dúvida autorizar o avanço da atividade persecutória estatal.

A preocupação pela observância de um processo penal digno não se confunde com a noção de impunidade. Afinal, baseado no Princípio da dignidade da pessoa humana, deve o Direito Penal ser aplicado como a *ultima ratio* para o controle social, não como

único remédio. A utilização exacerbada do mesmo, acaba por minar a sua eficiência e diminuir também, a sua capacidade de inibir o cometimento de mais crimes.

No que se refere à responsabilização, de forma diferenciada do tratamento jurídico previsto na legislação infanto-juvenil para as situações em que as crianças e os adolescentes têm direitos desrespeitados, um adolescente em conflito com a lei deverá ser responsabilizado pessoalmente por sua conduta, em razão da escolha individual e “livre”.²³

Essa ressalva abarca a compreensão de que o processo de desenvolvimento de um adolescente, além de descontínuo e fragmentado, requer análises complexas que considerem o contexto social em que ele está inserido, suas influências e motivações.

Isso porque, conforme explicitado, o período da adolescência comporta um desequilíbrio de comportamento, em vista da maior influência do lado emocional do que racional. Desequilíbrio esse que provoca uma dificuldade na avaliação do risco, daí o reconhecimento da sua condição especial de pessoa em desenvolvimento.

Considerando essas variáveis, o entendimento da doutrina majoritária do Direito da criança e do adolescente entende que, embora o caráter jurídico sancionatório e restritivo de direitos da medida socioeducativa, a sua execução deve ter conteúdo predominantemente pedagógico. Ou seja, o processamento penal, bem como o cumprimento da medida, não afasta o adolescente da condição de credor de direitos a ele relativos, em razão de sua condição peculiar de desenvolvimento.²⁴

Isso significa dizer que a responsabilização dos adolescentes faz parte da dimensão educativa das medidas socioeducativas, as quais devem propiciar, tanto quanto possível, a apropriação da própria realidade pessoal e social.

²³ COSTA, Ana Paula Motta. EILBERG, Daniela Dora. **Sistema Socioeducativo**: uma proposta de gestão institucional “continente” e garantidora de direitos humanos. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. v. 17, n. 2, dez. 2016. p. 386.

²⁴ COSTA, Ana Paula Motta. EILBERG, Daniela Dora. **Sistema Socioeducativo**: uma proposta de gestão institucional “continente” e garantidora de direitos humanos. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. v. 17, n. 2, dez. 2016. p. 387.

Sobre esse ponto, insta destacar que, na perspectiva das garantias processuais e constitucionais, a condição de sujeito de direitos não pode ser mitigada à circunstância do ato infracional praticado, e o fato de imputar-lhe responsabilidade deve ser um meio de auxiliar na organização de seus referenciais de convivência social. Assim, não podem essas garantias serem relativizadas, o contrário, na verdade, atuaria em desfavor da própria sociedade que intenta beneficiar.

Nesse sentido, tem-se que as condições do adolescente devem ser interpretadas sob a perspectiva protetiva e educativa, em detrimento de uma lógica punitivista e discricionária, tal qual a proposta de dispensa de justa causa.

Pelo exposto, o oferecimento da representação vinculado à apresentação de indícios mínimos de autoria e materialidade compreendem que a personalidade ou a forma como o agente leva sua vida pessoal não devem ser avaliados, o que é realmente significativo é a relação entre o autor e o fato concretamente realizado.

A partir disso, faz-se indispensável que o *Parquet* fundamente sua representação com provas pré-constituídas que indiquem indícios de autoria e materialidade. A justa causa compreende um filtro legítimo ao direito de ação, necessária para instauração de procedimento para apuração de ato infracional e eventual aplicação da medida socioeducativa.

Essa noção é construída à luz da Teoria do Direito Penal do Fato que vigora no Estado Democrático de Direito, junto ao status de proteção ao indivíduo pregado pelo Princípio da dignidade da pessoa humana. Essa lógica, contudo, não afasta o entendimento de que no momento de aplicação das medidas deve-se sim levar em consideração aspectos pessoais dos adolescentes para concretização da individualização da “pena”, que é o que a Constituição Federal prega em seu texto.

Sobre esse ponto, falando-se em “pena”, urge que seja novamente ressaltado o caráter predominantemente pedagógico da aplicação de medida socioeducativa e, principalmente, a *ultima ratio* como princípio norteador do Direito Penal. Em outros dizeres, o Direito Penal deve se apresentar como um último guardião da juridicidade.

Nesse sentido, a medida socioeducativa não representa a finalidade do Direito Penal Juvenil, mas um instrumento pedagógico para a proteção dos bens, valores e interesses mais significativos da sociedade. Sendo assim, urge que o Poder Público se encontre vinculado a cumprir seu papel, consoante com o que está previsto no ordenamento jurídico, observando o processamento dos atos até a determinação da aplicação de medidas socioeducativas.

Ocorre que, estando o ordenamento jurídico provido de incompatibilidades normativas, torna-se indispensável que a aplicação do parágrafo segundo do artigo 182 do Estatuto da Criança e do Adolescente observe os princípios estruturantes desse sistema. Isso porque os princípios desempenham o papel de norteadores no exercício jurídico e auxiliam, assim, os operadores na resolução de conflitos.

Afinal, ainda que expressa a inexigibilidade da justa causa para o oferecimento de representação contra um adolescente, à luz do crivo dos princípios constitucionais e processuais, como os Princípios da Presunção de Inocência e da Não Culpabilidade, faz-se necessário que os indícios de autoria e materialidade fundamentem o oferecimento da representação.

Para além do filtro constitucional, urge que sejam observados os princípios e ideais garantistas que norteiam o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, quais sejam: Princípio da Prioridade Absoluta, Princípio da Proteção Integral e o reconhecimento da condição peculiar de desenvolvimento e da autonomia progressiva dos adolescentes.

Essa interpretação encontra respaldo na essência da legalidade, isso porque a incidência do Princípio da Legalidade no Estatuto da Criança e do Adolescente não diz respeito somente a tipicidade, por exercer uma função limitadora e individualizadora de condutas humanas penalmente relevantes que autorizam a imposição de uma medida socioeducativa, mas também faz menção à vedação ao tratamento mais gravoso ao adolescente do que o conferido ao adulto.

Dito isso, apesar de manifestamente inconstitucional qualquer tentativa de subverter o comando do tratamento diferenciado e mais vantajoso ao adolescente, por todo

exposto, resta evidente que a dispensa da justa causa compreende uma transgressão direta às garantias processuais dos adolescentes e os coloca em condições piores de processamento penal do que as condições previstas aos adultos.

Frente a isso, urge que os profissionais do direito sejam capazes de manejar o parágrafo segundo do artigo 182 do Estatuto da Criança e do Adolescente com responsabilidade, afinal, cada jurista dentro do cumprimento de suas funções, enquanto sociedade, está constitucionalmente obrigado a cumprir com o dever de conferir prioridade absoluta aos interesses das crianças e adolescentes, por força do disposto no artigo 227 da Constituição Federal.

Esse dever compartilhado de proteção dos direitos humanos das crianças e adolescentes, como manifestações da própria dignidade humana e como pilar da democracia, não pode, contudo, se confundir com uma atuação discricionária e punitivista, como efeito dos vestígios da cultura *menorista*.

Dito isso, os ideais que sintetizam a Doutrina da Proteção Integral estabelecem que a absoluta prioridade não vigora somente como uma simples expressão, mas um princípio constitucional que gera direitos e obrigações jurídicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalmente, cumpre definir as considerações finais do presente trabalho. Por óbvio, o que se busca com o estudo não se restringe à pura e simples identificação da incompatibilidade normativa e verificação dos vestígios *menoristas* na construção legislativa do segundo do artigo 182 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para além do reconhecimento da finalidade pedagógica do subsistema socioeducativo, da lógica garantista que compõe a vigente Doutrina da Proteção Integral e a constatação da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, e sua notável incompatibilidade com a referida norma, faz-se necessário fomentar as controvérsias que integram esse sistema.

Deve-se considerar que, não somente resta controverso que a justa causa, condição da ação para oferecimento de denúncia no processo penal dos imputáveis, seja expressamente dispensada para o oferecimento de representação no processo de apuração por ato infracional cometido por adolescente, bem como que sua aplicação literal retorna ao punitivismo discricionário da Doutrina da Situação Irregular e acaba por infringir diversas garantias conferidas aos adolescentes.

Em que pese o reconhecimento dos adolescentes enquanto sujeitos de direitos dotados de todas as garantias conferidas aos adultos mais outras, tem-se que a inexigibilidade da justa causa para oferecimento da representação, como uma norma de discriminação negativa, confere ao processamento dos atos infracionais uma potencial discricionariedade judicial característica do modelo tutelar.

A pesquisa demonstrou que, para além da referida norma, encontra-se no sistema jurídico outros elementos que indicam os vestígios do *menorismo* ainda sob a vigência de um sistema garantista decorrente da Doutrina da Proteção Integral, como por exemplo a dificuldade de superação do uso do próprio termo *menor* para se referir a crianças e adolescentes em situação irregular.

Frente a essas influências e da conservação de ideais e terminologias obsoletas, salienta-se a imprescindibilidade de reconhecer a responsabilidade e vinculação dos operadores do direito com o dever de conferir prioridade absoluta aos direitos e interesses das crianças e adolescentes. Destarte, cabe não só ao Estado, mas também à família e à sociedade estabelecer mecanismos de garantia no que diz respeito aos direitos e interesses das crianças e adolescentes.

Conclui-se, então, que em que pese a identificação da incompatibilidade do parágrafo segundo do artigo 182 do Estatuto da Criança e do Adolescente com o ordenamento jurídico garantista influído pela Doutrina da Proteção Integral, faz-se imprescindível que a aplicação da norma se adeque aos princípios estruturantes desse sistema.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Nelson. **Diário do Congresso Nacional, Brasília/DF**, ano XLIV, n. 127, 29 set. 1989, p. 10794. Discurso proferido na Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29SET1989.pdf#page=128>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

BARROS, Betina Warmling; CABISTANI, Luiza Griesang. **Justa causa no direito penal juvenil**. Revista Liberdades. p. 175-194. Edição no 21 janeiro/abril de 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/38263277/Justa_causa_no_Direito_Penal_Juvenil. Acesso em: 29 ago. 2022.

BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani, com revisão e apresentação de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 187. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2677037/mod_resource/content/1/Binder%20-%20Introdu%C3%A7%C3%A3o%20ao%20Direito%20Processual%20Penal.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17637/materia/Direito%20Penal%20I%20-%20Cesar%20Roberto%20Bitencourt.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 29 ago. 2022.

_____. Decreto nº 5.083, de 1 de dezembro de 1926. **Código de Menores**. Rio de Janeiro, 1926. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL5083-1926.htm. Acesso em: 29 ago. 2022.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 29 ago. 2022.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. [S. l.], 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 29 ago. 2022.

_____. Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase)**. Brasília, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm. Acesso em: 29 ago. 2022.

CLEITON, Henrique da Silva Souza; MADEIRA, Fernando Nunes. “**Ausência de Justa Causa no Processo Infracional**: Uma Análise do Parágrafo Segundo do Artigo 182 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA”. JusFARO 2, no. 1 (fevereiro 12, 2021): 31. Disponível em: <https://revistas.faro.edu.br/JUSFARO/article/view/370>. Acesso em: 29 ago. 2022.

COSTA, Ana Paula Motta. EILBERG, Daniela Dora. **Sistema Socioeducativo**: uma proposta de gestão institucional “continente” e garantidora de direitos humanos. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. v. 17, n. 2, p. 383-408, dez. 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.18759/rdgf.v17i2.831>>. Acesso em: 30 set. 2022.

_____. **Justiça Juvenil na Contemporaneidade**. Salão de Extensão. 16. ed. Porto Alegre: Programa interdepartamental de práticas com adolescentes em conflito com a lei (PIPA), 2015. p. 19-23. Disponível em: <https://www.academia.edu/38727705/Justi%C3%A7a_Juvenil_na_Contemporaneidade>. Acesso em: 30 ago. 2022

CORRÊA, Plínio de Oliveira. **Teoria da justa causa no direito penal e no processo penal**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 15, p. 201, 1998. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/70412/39983>. Acesso em: 29 ago. 2022.

CUNHA, José Ricardo. **O estatuto da criança e do adolescente no marco da doutrina jurídica da proteção integral**. In: Revista da faculdade de direito Cândido Mendes, Rio de Janeiro, vol. 1, 1996.

DA COSTA, Marli. M. M.; PORTO, Rosane. T. C. **Exclusão social, violência estrutural e delinquência juvenil**: uma análise a partir de Michel Foucault. Revista

de Direitos e Garantias Fundamentais. n. 4, p. 83-103, ago. 2008. Disponível em: <<https://doi.org/10.18759/rdgf.v0i4.7>>. Acesso em: 30 set. 2022.

DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Requisitos substanciais da representação**. In: CURY, Munir et al. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários Jurídicos e Sociais. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 1128-1130. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca_annotado_2020_8ed_mppr.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2022.

FAUSTO, Boris. **Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1880-1924)**. São Paulo: Edusp, 2001. Disponível em: <<https://portalconservador.com/livros/Boris-Fausto-Crime-e-Cotidiano.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

GROPPO, Luís Antonio. **Dialética das juventudes modernas e contemporâneas**. Revista de Educação do Cogeime, Juventude e Educação, ano 13, n. 25, dez. de 2004. Disponível em: <<http://www.cogeime.org.br/revista/cap0125.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

JÚNIOR, Aury Celso Lima Lopes. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book. ISBN 9788502225992. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502225992/>>. Acesso em: 03 out. 2022.

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. I, 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Disponível em: <<https://doceru.com/doc/5scve5>>. Acesso em: 30 ago. 2022.

_____. **Direito processual penal**. 18. ed. Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555590005. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590005/>>. Acesso em: 03 set. 2022.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. - São Paulo: Atlas 2003. Disponível em: <https://docente.ifrn.edu.br/olivianeta/disciplinas/copy_of_historia-i/historia-ii/china-e-india>. Acesso em: 29 ago. 2022.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553621800. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553621800/>>. Acesso em: 03 set. 2022.

MATTAR, Fauze Najib. **Pesquisa de Marketing**. 5. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/412492786/Fauze-Najib-Mattar-Auth-Pesquisa-de-Marketing-2012>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

MÉNDEZ, Emílio Garcia. **Adolescentes e Responsabilidade Penal**: um debate latino-americano. Porto Alegre: AJURIS, 2000.

_____. **Infância, lei e democracia**: uma questão de justiça. Rev. Bras. Adolescência e Conflitualidade, 2013. p. 1-22. Disponível em: <<https://seer.pgskroton.com/adolescencia/article/view/223/209>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

_____. **A criança e seus direitos na América Latina**: quando o passado ameaça o futuro. In: CRAIDY, Carmem Maria; SZUCHMAN, Karine (Orgs.). **Socioeducação**: fundamentos e práticas. – 2. ed. – Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2017. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/169662/001049904.pdf?sequenc e=1>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 22-51.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 193-194. Disponível em:

<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4281502/mod_folder/content/0/Leitura%20f%20acultativa%20-%20Nucci%20-%20p%20C3%A1gs.%20175-185.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 30 ago. 2022.

OLIVEIRA, Assis da Costa.; DOS SANTOS, André Filipe Pereira Reid. **Apresentação do Dossiê** "Infância e juventudes: direitos humanos políticas públicas e movimentos sociais". Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. v. 17, n. 2, p. 15-18, 30 dez. 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.18759/rdgf.v17i2.922>>. Acesso em: 30 set. 2022.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <http://www.assindelp.org.br/files/conteudo_arquivo/12025/curso-de-processo-penal--euge770nio-pacelli---2017-1.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2022.

PORTO, Rita. **A adolescência pode ir até aos 24 anos?** Os cientistas dizem que sim. Lisboa, Observador On Time, S.A. mar. 2018. Disponível em: <<https://observador.pt/especiais/a-adolescencia-pode-ir-ate-aos-24-anos-os-cientistas-dizem-que-sim/>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

POPPER, Karl Raimund. **Conjecturas e refutações**: o progresso do conhecimento científico. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008. 450 p. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5727033/mod_resource/content/1/Karl%20Popper%20-%20Conjecturas%20e%20Refuta%C3%A7%C3%B5es%20%282008%2C%20Editora%20UNB%29%20-%20libgen.lc.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2022.

RIZZINI, Irene. **O século perdido**: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil. São Paulo: Editora Cortez, 2007. Disponível em: <http://www.ser.puc-rio.br/4_S%C3%A9culo_Perdido_completo.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2022.

SANTOS, Heloísa Fernanda da Silva; GOMES, Jaciara Josefa. **O protagonismo juvenil como processo educativo e direito humano positivado no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. v. 17, n. 2, p. 465-492, 30 dez. 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.18759/rdgf.v17i2.816>>. Acesso em: 30 set. 2022.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei**. Da indiferença à proteção integral. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

_____. **Compêndio de Direito Penal Juvenil**: adolescente e ato infracional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. Disponível em: <<https://www.skoob.com.br/livro/pdf/compendio-de-direito-penal-juvenil/livro:339937/edicao:381228>>. Acesso em: 30 ago. 2022.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1499781394/sistemas-de-garantias-e-o-direito-penal-juvenil?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=doutrina_search_v3&utm_term=&utm_content=adgroup_dinamico&campaign=true&gclid=CjwKCAjw7eSZBhB8EiwA60kCW1K0aO8OqPbwdz42HwKKgmCKfa4awV4hYMfZUqXkvUSWDb7C5slteRoCW74QAvD_BwE>. Acesso em: 29 ago. 2022.

SILVA, Fernando Augusto Pinto da; VAY, Giancarlo Silkunas. **Justa Causa no Processo Penal Juvenil**. In: Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci, Michelle Asato Junqueira. (Org.). Estatuto da criança e do adolescente após 30 anos: narrativas, ressignificações e projeções. 1. ed. Londrina: Thoth, 2021, v. 3, p. 257-274.

_____. **Da dispensa de justa causa no processo penal juvenil**. Boletim de Direitos da Criança e do Adolescente. Edição N.º 4 – fevereiro de 2020. 1. p.15. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/documents/52800/5963707/BOLETIM_DE_DIREITOS_DA_CRIANCA_E_DO_ADOL+edi%C3%A7%C3%A3o+4.pdf/59050044-2d46-fd22-0a13-d3293eebaedf. Acesso em: 29 ago. 2022.

SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos para uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes**. 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/handle/ri/15283>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

_____. **Direito Penal de Adolescentes**: elementos para uma teoria garantista. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/416978589/Direito-Penal-de-Adolescentes-Karyna-B-pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. 751 p. Disponível em: <<https://doceru.com/doc/8xx5c0>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

ZAPATER, Maíra. **Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553613106. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553613106/>>. Acesso em: 03 set. 2022.