

**A
INCONVENCIONALIDADE DAS
PROPOSTAS
LEGISLATIVAS
BRASILEIRAS DE
PUNIÇÃO JUVENIL:
LIÇÕES DO CASO
“MENDOZA E
OUTROS X
ARGENTINA” -
CORTE IDH (2013)¹**

**HAMILTON GONÇALVES
FERRAZ²**

RESUMO: O artigo estuda as propostas legislativas brasileiras relativas à punição juvenil à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nesse sentido, é apresentado um breve painel acerca da conformidade constitucional e internacional do atual sistema brasileiro de Justiça Juvenil; em seguida, analisam-se os projetos legislativos que buscam maior

endurecimento punitivo sobre adolescentes para então criticá-los a partir do caso “Mendoza x Argentina” (2013).

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal. Direito Constitucional. Neoconstitucionalismo. Constitucionalização.

ABSTRACT: The paper studies the Brazilian bills on juvenile punishment in regard of the Inter-American Court of Human Rights’ jurisprudence. Therefore, it is presented a brief panel on the constitutional and international accordance of the present Brazilian Juvenile Justice system; in sequence, the paper analyzes the bills on juvenile punishment in order to criticize them based on “Mendoza et al. x Argentina” (2013).

KEYWORDS: criminal law. constitutional law. neoconstitutionalism and constitutionalization of law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Justiça Juvenil brasileira: lineamentos de um sistema em conformidade à proteção integral. 3. Breve panorama das propostas legislativas contemporâneas: entre a redução da maioria penal e o aumento do tempo de internação. 4. A inconveniência dos projetos legislativos repressivos brasileiros. 5. Considerações Finais. 6. Referências bibliográficas

¹ Trabalho foi apresentado originalmente no Congresso de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus 2017), onde foi indicado finalista à premiação acadêmica do Evento.

² Professor substituto de Direito Penal e Criminologia (UFRJ). Doutorando em Direito (PUC-Rio). Mestre em Direito Penal (UERJ). Bacharel em Direito (UERJ). Advogado. Contato: ferraz.hamilton.hgf@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

A redemocratização brasileira pós-1988 é um período de contradições: de um lado, lutas e rupturas significativas, buscando efetivar direitos e garantias fundamentais, e, de outro, permanências autoritárias consideráveis, tanto em nível normativo (como, por exemplo, o CPP de 1941), como também em termos culturais, sociais e suas respectivas práticas reais, seja no Judiciário ou no Legislativo¹. A Justiça Juvenil brasileira é um exemplo marcante deste período de contradições e complexidades em matéria de direitos humanos e fundamentais.

Se é possível afirmar que nosso sistema de Justiça Juvenil constitui um modelo normativo exemplar, ao priorizar os direitos e garantias fundamentais de crianças e adolescentes (um ideal que, infelizmente, não é ratificado pela realidade empírica subjacente de nosso país), por outro, sua edificação e desenvolvimento sofre constantes afrontas pelo Congresso Nacional, que encampa incontáveis projetos legislativos de repressão voltados a adolescentes autores de ato infracional, em sua quase totalidade informados por ideologias punitivistas e retributivistas de fundo, incompatíveis com os ideais emancipatórios lançados por nossos constituintes².

Para além de problemas de compatibilidade constitucional, o presente trabalho objetiva verificar se as atuais propostas legislativas em matéria de responsabilização juvenil se conformariam à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Para tanto, analisa-se o recente

¹ Sobre esta história, relativamente à Constituição de 1988, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012; Vera Malaguti Batista critica a letalidade do sistema penal do regime democrático recente, que “tortura e mata mais do que o ciclo militar” (BATISTA, Vera Malaguti. Depois do Grande Encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; _____ (orgs). **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 29). Observando que uma das marcas da experiência democrática brasileira contemporânea encontra-se na dicotomia *subintegração* (grupos sociais excluídos, à margem de direitos e garantias fundamentais) e *sobreintegração* (grupos de poder que usam o direito para seus próprios interesses privatísticos, seguros de sua impunidade), NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 248-258.

² Sobre isto, CAPPI, Riccardo. **Motifs du controle et figures du danger: L’abaissement de l’âge de la majorité pénale dans le débat parlementaire brésilien**. Tese de Doutorado. Université Catholique de Louvain, Faculté de Droit et de Criminologie, 2011.

caso “Mendoza e outros x Argentina”, de 2013, no qual a Corte IDH, ao responsabilizar o Estado argentino pela violação de direitos humanos em prejuízo de pessoas condenadas a pena de prisão ou reclusão perpétuas quando ainda eram menores de idade, fez verdadeiro controle de convencionalidade sobre seu sistema de Justiça Juvenil, impondo a sua modificação segundo as normas internacionais na matéria. Nossa hipótese consiste, assim, em verificar se é possível a extração de parâmetros interpretativos a partir do referido caso, para, em um segundo momento, examinar a convencionalidade dos projetos legislativos nacionais.

Assim, em um primeiro momento, faremos uma apresentação básica da moldura normativa do sistema de justiça juvenil brasileiro, demonstrando sua atual conformidade às normas e princípios internacionais na matéria; na sequência, será feito um levantamento dos principais projetos legislativos de responsabilização juvenil; após, breves notas a respeito das posições da Corte IDH sobre Justiça Juvenil, concretizadas na paradigmática Opinião Consultiva 17 e, mais especificamente, o caso “Mendoza e outros x Argentina” para, ao final do trabalho, problematizar-se a convencionalidade das propostas legislativas brasileiras.

2. A JUSTIÇA JUVENIL BRASILEIRA: LINEAMENTOS DE UM SISTEMA EM CONFORMIDADE À PROTEÇÃO INTEGRAL

Anteriormente à redemocratização, vigia no Brasil um sistema tutelar, baseado na chamada “situação irregular” consagrada pelo Código de Menores de 1979, a qual, diferenciando crianças e adolescentes de “menores infratores ou delinquentes”, considerava os últimos como objetos, e não como sujeitos, com respeito a seus interesses e sua condição diferenciada de existência³. Com isso, o Estado se permitia, na justificativa de

³ SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 45-49.

fazer o “bem” aos menores, toda sorte de intervenção arbitrária e, quase sempre, desproporcional e violenta⁴.

A redemocratização abriu espaço para rupturas consideráveis no tratamento até então vigente, de modo que, temos, hoje, um vasto complexo normativo que rege a Justiça Juvenil brasileira contemporânea: Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 (Decreto 99.710/1990); Pacto de São José da Costa Rica (Decreto 678/1992); Diretrizes de Riad e Regras de Tóquio (1990); Constituição de 1988; Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) e Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Lei. 12.594/2012). Em todas estas normas, os princípios reitores são, essencialmente, o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos em especial condição de desenvolvimento e, como corolário lógico, o superior interesse destes últimos, a indicar tratamento jurídico que não represente despreço a seus direitos, e, menos ainda, estigmatização ou exclusão⁵.

Concretamente, em relação ao sistema de responsabilização juvenil infracional, voltado para adolescentes entre 12 e 18 anos, este viés protetivo se manifesta em termos de direito material; de direito processual e de execução (no que se poderia chamar de “execução” socioeducativa, regulada pela Lei do SINASE).

No que diz respeito ao direito material, em especial, o ato infracional, destacam-se as garantias da legalidade (art. 103 e 106, ECA); culpabilidade (art. 112, §1º e 3º) e proporcionalidade (art. 35, I, segunda parte, Lei do SINASE).

Em relação à sanção (no caso brasileiro, a “medida socioeducativa”), verifica-se sua referência em torno à responsabilização do adolescente e sua integração social (art. 1º, §2º, Lei do SINASE); a observância aos postulados de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento pelas medidas de privação de liberdade (art. 227, §3º, V, CRFB e art. 121, caput, ECA); a imprescindibilidade de sua individualização (art. 35, VI, Lei do SINASE) e intervenção mínima (art. 35, VII, Lei do SINASE). Estas orientações, dentre outras, consolidam-se em um rol amplo, variado, e taxativo de medidas

⁴ Sobre isso, CARVALHO, Salo de; FERNANDES, Eduardo Georjão e MAYER, Denise Both. Direitos da criança e do adolescente no Brasil: da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral. In: CRAIDY, Carmem Maria et. al (orgs.). **Processos educativos com adolescentes em conflito com a lei**. Porto Alegre: Mediação, 2012, p. 17-30.

⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o Direito Penal Juvenil**. 2ª Ed. Rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 44-65.

socioeducativas, previsto no art. 112 do ECA, cuja medida de aplicação mais excepcional e restrita é a medida de internação.

No que diz respeito ao processo socioeducativo, o sistema brasileiro consagra direitos individuais e garantias processuais fundamentais nos artigos 106 a 111 do ECA. Traços distintivos deste procedimento consistem na observância da celeridade (no caso de adolescente internado provisoriamente – antes de sentença condenatória -, o procedimento tem o prazo improrrogável de 45 dias – arts. 108 e 183, ECA) e a possibilidade de remissão, isto é, a possibilidade de perdão (remissão pura e simples); suspensão ou extinção do processo (cumulada ou não com medida socioeducativa), segundo os requisitos do art. 126, ECA.

Finalmente, no que diz respeito à execução das medidas socioeducativas, uniformizada e consolidada em uma lei – no caso, a Lei 12.594/2012 – Lei do SINASE -, destaca-se, em função da indeterminação prévia das medidas, a necessidade de sua reavaliação periódica (art. 43, Lei do SINASE), que assegura ao adolescente autor de ato infracional a possibilidade de revisão de sua atual situação e constitui, dessa forma, ponto fundamental para um viés mínimo de ressocialização ou reintegração do adolescente ao meio social, vistos aqui como direitos fundamentais destes sujeitos.

Apesar de o Brasil ostentar um sistema de Justiça Juvenil capaz de permitir uma máxima expansão de direitos e garantias para adolescentes autores de ato infracional, não é o que se observa na realidade empírica. De um lado, manifesta-se crescente processo de encarceramento de massa juvenil, impulsionado por forte atuação repressiva das forças policiais e pela proatividade do Poder Judiciário, o qual, conferindo interpretação menorista às garantias e direitos consagrados no ordenamento, nega-lhes efetividade e, assim, contribui decisivamente para o aprisionamento juvenil, que se dá em instituições e unidades de internação (quando existem), em sua boa parte, superlotadas e sem mínimas condições de salubridade⁶. De outro lado, são notórias as constantes investidas legislativas de cunho

⁶ Para pesquisas demonstrando o viés menorista do Judiciário brasileiro e, conseqüentemente, sua contribuição ao encarceramento juvenil, SOUZA, Flora Sartorelli Venâncio de; FERRAZ, Hamilton Gonçalves. A responsabilidade do Judiciário brasileiro no encarceramento em massa juvenil: um estudo de caso do HC 346.380-SP, STJ. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 25, v. 129, p. 257-284, março, 2017; CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. O controle jurídico-penal de adolescentes: o exemplo da internação provisória na jurisprudência do STJ e do TJRS em casos de tráfico de drogas. **Revista de Estudos Empíricos de**

repressivo-punitivo em matéria de responsabilização juvenil (notadamente, projetos de redução da maioridade penal e aumento do tempo de internação para adolescentes autores de ato infracional).

3. BREVE PANORAMA DAS PROPOSTAS LEGISLATIVAS CONTEMPORÂNEAS: ENTRE A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E O AUMENTO DO TEMPO DE INTERNAÇÃO

3.1 Propostas de redução da maioridade penal

De acordo com a Fundação Abrinq⁷, há atualmente, pelo menos, quatro Propostas de Emenda Constitucional com o objetivo de reduzir a maioridade penal⁸. As de maior destaque recente são a PEC 171/1993, proveniente da Câmara dos Deputados, e a PEC 33/2012, oriunda do Senado Federal.

A PEC 171/1993, remetida para o Senado, reduz a maioridade penal para casos de crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte, observando o cumprimento de pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos e dos menores de idade imputáveis; a PEC determina ainda que a União, os Estados e o Distrito Federal criarem referidos os estabelecimentos⁹.

A PEC 33/2012¹⁰, que, no momento, se encontra em pauta para ser votada na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, altera (nos termos da proposta

Direito, São Paulo-SP, vol. 1, n. 2, jul 2014, p. 100-121; SPOSATO, Karyna Batista; MINAHIM, Maria Auxiliadora. A internação de adolescentes pela lente dos tribunais. **Revista Direito GV**. Vol. 7, n.1. p. 277-298, São Paulo, 2011.; CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 67, p. 623-652, jul.-dez., 2015.

⁷Caderno Legislativo 2016, lançado em 03/05/2016. https://issuu.com/fundacaoabrinq/docs/af_caderno_legislativo_2016_total_a. Acesso em: 16/05/2017.

⁸ São elas: PEC 115/2015, com origem na PEC 171/1993; PEC 74/2011; PEC 33/2012; PEC 21/2013.

⁹http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3D33DE67B6282C879B21CF263C1F6D31.proposicoesWeb2?codteor=1375394&filename=Tramitacao-PEC+171/1993

¹⁰http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/04/19/ccj-volta-a-debater-reducao-da-maioridade-penal-por-via-constitucional?utm_source=midias-sociais&utm_medium=midias-sociais&utm_campaign=midias-sociais

substitutiva do Senador Ricardo Ferraço, PSDB-ES), o art. 228 e o art. 129 da Constituição para criar hipóteses de redução da maioria penal condicionadas ao que a PEC chama de “incidente de desconsideração de inimputabilidade”. Trata-se de um instrumento passível de ser proposto, privativamente, pelo Ministério Público e julgado pelo juiz competente para infância e juventude, cabível diante de um extenso rol de crimes, que deve também levar em consideração a capacidade do agente de compreender o caráter criminoso de sua conduta, levando em conta seu histórico familiar, social, cultural e econômico, bem como de seus antecedentes, assegurada a ampla defesa técnica por advogado e o contraditório. Até que transite em julgado, o incidente provoca efeito suspensivo da prescrição; e, sendo admitido, o adolescente deve cumprir pena em estabelecimento separado dos maiores de 18 anos¹¹.

Ressalte-se que, pelas principais pesquisas de opinião do país, são propostas que contam com forte aprovação popular (em torno de 80 a 90% da população, segundo as pesquisas comumente veiculadas pela mídia).

3.2 Propostas de aumento do tempo de internação

De outro lado, aglutinam-se propostas no sentido de reforçar o aparato de controle do sistema de Justiça Juvenil através do aumento do tempo de internação no caso da prática, por adolescente, de atos infracionais mais graves. O principal projeto dessa vertente é o PL 7197/2002, com origem no PLS 593/1999, ao qual estão apensados outros 46 projetos de lei, que propõem diversas alterações ao ECA. Entre estes, o mais representativo e de atual relevância é o PLS 333/2015, que já foi enviado para revisão na Câmara dos Deputados¹².

Além de pretender assegurar a todo tempo o contraditório e ampla defesa, e buscar uma compatibilização com postulados mínimos do Direito Penal Juvenil (como a impossibilidade de tratamento mais gravoso ao adolescente do que a um adulto), o projeto insere um §3º ao art. 122, ECA, inaugurando o que chama de “medida de internação em regime especial de atendimento socioeducativo”, com duração máxima de até 10 anos,

¹¹ O inteiro teor pode ser consultado aqui: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106330>.

¹²<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121572>

“caso o adolescente tenha praticado, mediante violência ou grave ameaça, conduta descrita na legislação como crime hediondo ou homicídio doloso”¹³. Trata-se de medida a ser cumprida em estabelecimentos diferenciados, assegurada a obrigatoriedade de atividades pedagógicas, além de atividades de educação de ensino fundamental, médio e profissionalizante, contando com a mesma dinâmica de cumprimento da medida de internação comum, ou seja, realizando-se reavaliações periódicas, contando o adolescente com um Plano Individual de Atendimento, tudo nos termos da Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Lei 12.594/2012).

Semelhante ao PLS 333/2015, encontra-se avançado o PLS 219/2013, aprovado, no dia 03/05/2017, em primeiro turno de votação, pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado¹⁴. O projeto, inicialmente voltado ao aumento das penas para o crime de corrupção de menores (art. 244-B, ECA), sofreu alteração por meio de emenda substitutiva, que, tal qual o PLS 333, também criou “regime especial de atendimento socioeducativo”, desta vez, com prazo de até 8 anos para adolescentes que tenham praticado atos infracionais descritos na legislação como crimes hediondos, mediante violência ou grave ameaça¹⁵.

4. A JUSTIÇA JUVENIL E A CORTE IDH

4.1 Um marco no Direito Internacional de Direitos Humanos: apontamentos acerca da Opinião Consultiva 17/02¹⁶

Em 2001, a CIDH solicitou à Corte IDH uma Opinião Consultiva sobre a interpretação dos artigos 8 e 25 da CADH, para determinar (i) se as medidas especiais estabelecidas no art. 19 da Convenção constituem limites ao arbítrio ou à discricionariedade dos Estados em relação a crianças¹⁷ e, (ii) a formulação de critérios gerais válidos sobre a matéria dentro do marco da CADH.

¹³ <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=172576&tp=1>

¹⁴ Para o acompanhamento do projeto: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113036>

¹⁵ Para consultar o inteiro teor do projeto: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5279053&disposition=inline>

¹⁶ Para consulta do inteiro teor da Opinião Consultiva, conferir http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

¹⁷ Artigo 19. Direitos da criança: Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

A Comissão alegara como fundamento a essa solicitação a constatação de que em distintas legislações e práticas dos países americanos, a vigência dos direitos e garantias previstos nos artigos 8 e 25 da CADH não era plena a respeito de crianças como sujeitos e atores na jurisdição penal, civil e administrativa, uma vez que seria assumido que a obrigação de proteção do Estado para suprir a falta de plena capacidade dos menores poderia colocar tais garantias em segundo plano.

Em essência, o problema enfrentado pela Corte IDH, consagrando então a Opinião Consultiva 17 de 2002, era a convencionalidade dos ordenamentos de certos países sujeitos à Corte, que possuíam legislações juvenis de cunho tutelar, consagrando a doutrina da situação irregular.

A Corte IDH, desse modo, formulou Opinião Consultiva estruturada, basicamente, em cinco pontos: (i) definição de criança; (ii) igualdade; (iii) interesse superior da criança; (iv) deveres da família, sociedade e Estado; (v) procedimentos judiciais ou administrativos em que participem crianças.

No tocante à *definição de criança*, a Corte seguiu o disposto no art. 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, preferindo um recorte simples, entre maiores e menores de 18 anos, significando “criança” toda pessoa que não tenha atingido 18 anos completos.

A Corte assumiu um *sentido material de igualdade*, em relação a menores de 18 anos: trata-se de um direito que tem por objetivo o “desenvolvimento harmonioso da personalidade das crianças e desfrute dos direitos que lhes são reconhecidos”, assim, impõe obrigação de sua garantia pelo Estado nesse sentido (ponto 53). Importante anotar que em virtude dos artigos 1.1 e 24 da CADH, “os Estados não podem estabelecer diferenciações que careçam de uma justificação objetiva e razoável e não tenham como objeto único, em definitivo, o exercício dos direitos estabelecidos naquela (parágrafo 55)”.

O *interesse superior da criança* representa princípio regulador da normativa dos direitos da criança, fundado na dignidade mesma do ser humano, nas características próprias da criança, e na necessidade de propiciar o desenvolvimento delas, com pleno aproveitamento de suas potencialidades assim como na natureza e alcances da convenção sobre os direitos da criança.

A família, sociedade e Estado são titulares de deveres para com a criança, sendo a primeira seu núcleo central de proteção. O Estado é obrigado a garantir instituições e pessoas qualificadas para a oportuna proteção dos interesses da criança e da família, bem como assegurar as medidas necessárias para que sua vida revista condições dignas.

O ponto de maior relevo da OC 17/02, contudo, consiste no reconhecimento e enunciação dos direitos derivados do devido processo legal a crianças e adolescentes em qualquer tipo de procedimento judicial. Dessa forma, os Estados são obrigados a assegurarem, minimamente, as garantias de legalidade, de julgamento de menores de idade por órgãos jurisdicionais distintos, a participação efetiva da criança nos procedimentos a que seja submetida, além dos princípios tradicionais do juiz natural, duplo grau de jurisdição, presunção de inocência, contraditório, publicidade (no sentido de proibição de estigmatização da criança) e justiça alternativa (incentivando, sempre que possível, a solução de conflitos por meios alternativos ou conciliatórios).

Em síntese, a OC 17/02 consolida, no âmbito da jurisprudência da Corte IDH, os principais vetores da doutrina da proteção integral, e, dessa forma, permite a esta o controle de convencionalidade de sistemas concretos de justiça juvenil, analisando a adequação ou não de procedimentos e sanções em relação à CADH e os tratados e documentos internacionais na matéria. E seria exatamente isso que a Corte IDH faria onze anos depois, no Caso “Mendoza e outros x Argentina”, de 2013.

4.2 O Caso “Mendoza e outros x Argentina”, Corte IDH (2013)¹⁸

Em 2013, a Corte IDH declarou internacionalmente responsável a República Argentina por violações de direitos humanos cometidas ao impor penas de privação perpétua de liberdade a cinco pessoas, por delitos cometidos durante a infância (César Alberto Mendoza, Lucas Matías Mendoza, Ricardo David Videla Fernández, Saúl Cristian Roldán Cajal e Claudio David Nuñez). A Corte decidiu pelas seguintes razões: (i) os Códigos processuais penais aplicados não permitiam uma revisão ampla das sentenças por um juiz

¹⁸ Para o inteiro teor da sentença, conferir <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf>; um resumo do caso encontra-se disponível no seguinte endereço: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_260_esp.pdf>.

ou tribunal superior; (ii) não foi dada adequada atenção médica a um dos menores de idade mencionados; (iii) duas das pessoas referidas foram submetidas a tortura durante seu encarceramento, sem que o Estado tenha investigado estes fatos adequadamente (iv) e por não se ter investigado adequadamente a morte de uma daquelas pessoas enquanto se encontrava sob custódia do Estado.

Para além da estipulação de deveres de reparação às vítimas e de investigação dos delitos praticados contra elas, no que diz respeito ao sistema de Justiça Juvenil, o Caso “Mendoza e outros” consagra um verdadeiro controle de convencionalidade operado pela Corte IDH sobre a legislação juvenil argentina, declarando-a incompatível com a CADH e impondo sua modificação pelo Estado.

Vale ressaltar, para esclarecer os fatos submetidos a exame pela Corte, que os referidos menores de idade, para além de restar provada sua origem pobre e socialmente marginal, praticaram crimes graves durante seu período de menoridade (como, por exemplo, roubo qualificado e homicídio qualificado).

No Caso “Mendoza e outros”, a Corte IDH analisou, primeiramente, a maioria na Argentina. À época dos fatos, segundo a legislação então vigente, as vítimas deveriam ter recebido tratamento especial como menores de idade até cumprirem a maioria aos 21 anos. Tal fato e a forma com que se deveria se dar esse “tratamento especial” não restou esclarecido pelo representante do Estado argentino.

Em um segundo momento, analisou-se brevemente a Lei 22.780/1980, modificada pela última vez em 1989 pela Lei 23.742. Trata-se de uma lei de responsabilização juvenil, concebida e promulgada pela última ditadura militar, ainda hoje vigente, aplicável a menores de idade que, no momento da comissão do fato delitivo que se lhes imputa ainda não tenham cumprido 18 anos de idade.

A Lei 22.780/1980 estabelece as seguintes distinções: (i) a partir dos 18 anos, regime penal adulto; (ii) abaixo de 18 anos, regime diferenciado. Estabelecem-se dois subgrupos: (a) menores de 16 anos, que não são puníveis e (b) menores entre 16 e 18 anos, que são puníveis, desde que tenham praticado delito de ação pública a que seja cominada uma pena maior a dois anos de prisão.

A Corte IDH criticou severamente o formato tutelar da referida legislação, uma vez que ela não prevê limitação temporal para as medidas. Um menor de idade, ao completar

18 anos, e tendo sido submetido a tratamentos tutelares por um período de pelo menos um ano, pode vir a sofrer uma pena dentre as previstas no Código Penal argentino (cf. art. 4º, Lei 22.780). A pena passa a depender, fundamentalmente, de indicadores subjetivos como os que caracterizam o período de tratamento tutelar.

Passando às considerações da Corte, verifica-se que ela baseou sua sentença nos princípios do interesse superior da criança, autonomia progressiva e participação da criança, como informadores relevantes no desenho e operação de um sistema de responsabilidade penal juvenil. Corolários a estes postulados, a Corte enunciou o princípio de tratamento diferenciado entre adultos e menores de idade, e, conseqüentemente, o *princípio da proporcionalidade* como orientador da sanção cabível a menores de idade que tenham praticado delitos durante a menoridade.

O ponto crucial da sentença está nos *critérios desenvolvidos para verificar ou não a arbitrariedade das sanções de privação de liberdade aplicadas a menores de idade*. A Corte enumerou três parâmetros para essa análise: a) *"ultima ratio" e máxima brevidade*, no maior sentido restritivo possível; b) *delimitação temporal desde o momento de sua imposição*, proibindo-se a aplicação de penas privativas de liberdade com duração indeterminada ou que redundem na privação de dito direito de forma absoluta; c) *revisão periódica das medidas de privação de liberdade de menores de idade*. Ou seja, para a Corte IDH, uma sanção de privação de liberdade contra menores de idade não é arbitrária quando ela é o mais breve e excepcional possível; é delimitada temporalmente desde sua imposição e possibilita sua revisão periódica.

A medida de privação de liberdade relativa a menores de idade deve obedecer, também, ao *princípio do interesse superior da criança e a máxima satisfação de seus direitos*, tendo por finalidade sua *reintegração social*.

Dessa forma, o tribunal considerou que a prisão e reclusão perpétuas, por sua própria natureza, não cumprem com a finalidade de reintegração social de menores de idade, pois implicam em máxima exclusão, com sentido meramente retributivo. Não são, dessa forma, proporcionais.

Vale notar que a Corte reconheceu, na sequência, que a desproporcionalidade das penas impostas e seu alto impacto produzido sobre os menores de idade, pelas considerações já assinaladas, constituíram atos cruéis e desumanos, em violação aos

direitos reconhecidos nos artigos 5.1 e 5.2 da CADH, afetando também os direitos de seus familiares.

O Estado argentino foi, dessa forma, responsabilizado não apenas a reparar as vítimas e suas famílias, mas, também, a modificar seu direito interno. A Corte assinalou que o dever de adequação do direito interno à CADH possui duas vertentes: a) supressão de normas e práticas de qualquer natureza que representem violação a garantias previstas na convenção; b) expedição de normas e desenvolvimento de práticas condizentes à efetiva observância de garantias.

Muito embora a Argentina tenha promulgado lei de garantias e proteção integral a crianças e adolescentes (a Lei 26.061/05), a Corte observou que ela regulou somente aspectos procedimentais. Uma vez que as sanções penais ainda se regem pela Lei 22.278/1980 e pelo Código Penal argentino, que seguem vigentes, o Estado continuaria descumprindo o art. 2º da CADH, em relação com artigos 7.3 e 19.

Finalmente, restou consagrada a garantia de não repetição, isto é, o dever do Estado argentino em não permitir que uma situação como a ocorrida no Caso “Mendoza e outros” volte a acontecer com nenhuma outra criança.

5. A INCONVENCIONALIDADE DOS PROJETOS LEGISLATIVOS REPRESSIVOS BRASILEIROS

Com base na OC 17/02 e no Caso “Mendoza e outros”, resta claro que nenhuma medida legislativa em discussão atualmente no Congresso satisfaz a garantia de direitos humanos e fundamentais a adolescentes que tenham praticado atos infracionais.

Todos os projetos de redução da maioria penal incorrem em violação à igualdade, por equiparar em consequências menores de idade a pessoas adultas. Ainda que a Corte admita certa flexibilização desta idade pelos Estados, por certo que a imposição de penas a adolescentes, da forma como o sistema penal brasileiro se encontra hoje (em verdadeiro “estado de coisas inconstitucional”, como ilustra o pleito da ADPF 347), incide em grosseira desproporcionalidade.

Os projetos de aumento do tempo de internação, por outro lado, merecem análise diferenciada. Isso porque se, por um lado, consagram limites mínimos de tempo, não são

direcionados a qualquer ato infracional e permitem revisão periódica, por outro, são flagrantemente desproporcionais, inviabilizando qualquer finalidade de reintegração ou ressocialização à sanção de privação de liberdade.

Um exemplo simples demonstra a irracionalidade das propostas: um adolescente primário de 15 ou 16 anos que venha a praticar um homicídio qualificado (crime hediondo), teria, diante de si, um horizonte máximo de privação de liberdade em regime “especial” de internação de 8 a 10 anos (dependendo do projeto legislativo). Ele poderia passar de 8 a 10 anos internado, saindo do sistema socioeducativo apenas com 23 a 26 anos de idade – perdendo a parte mais significativa de sua adolescência e início da fase adulta sujeito à Justiça Juvenil, o que traria danos irreversíveis ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como aos direitos de seus familiares. Não há proporcionalidade nem qualquer possibilidade de reintegração social do menor de idade nestas condições.

Dessa forma, caso não seja reconhecida a manifesta inconstitucionalidade das propostas tanto de redução da maioria como de aumento do tempo de internação, por certo tais projetos afrontam os entendimentos da Corte IDH em relação à garantia de direitos humanos e fundamentais na Justiça Juvenil, o que lhes torna manifestamente inconvenientes. Se o Judiciário brasileiro eventualmente permitir a promulgação e vigência destas afrontas, poderá ser deflagrado procedimento de responsabilização internacional do Estado brasileiro perante a Corte IDH.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil tem experimentado ameaças e abalos consideráveis a direitos e garantias fundamentais, sequer satisfatoriamente efetivados em sua história democrática recente.

Por muito tempo, o constitucionalismo brasileiro depositou parcela considerável de suas esperanças na atuação proativa do Supremo Tribunal Federal, com base na expectativa de realização da Carta de 1988 pela via judicial.

Em alguns momentos, de fato, o STF corajosamente encampou lutas e demandas sociais emancipatórias, de que são exemplos mais vibrantes a constitucionalidade da união homoafetiva e, do ponto de vista penal, a possibilidade de aborto de feto anencefálico.

Entretanto, uma vez que o Brasil se encontra inserido em um sistema internacional de proteção de direitos humanos, é chegada a hora de se pensar direitos e garantias para além da Constituição e do Supremo (em uma visão mais estreita de neoconstitucionalismo), observando também os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e, em especial, a jurisprudência da Corte IDH, perante a qual o Brasil, infelizmente, é réu recorrente, descumprindo com obrigações e deveres impostos pela CADH¹⁹.

Por todo o exposto, caso os direitos e garantias das crianças e adolescentes brasileiros sejam vulnerados, pela ação ou inação legislativa ou judiciária, no que diz respeito ao incremento da punição e responsabilização juvenil, o Brasil afrontará a Corte IDH, à qual incumbirá a missão de defesa última destes direitos humanos e fundamentais. Como dito anteriormente, apesar de verificarmos manifesta inconveniência das propostas legislativas abordadas no trabalho, não é possível prever qual seria, exatamente, a decisão da Corte sobre estes projetos.

Sabe-se, porém, que, em breve, ela julgará a responsabilidade do Brasil pelo estado de seu sistema prisional, e nos casos reunidos para julgamento, encontram-se também violações de direitos humanos cometidas em unidades socioeducativas de internação para adolescentes²⁰. Nesse “estado de coisas inconveniente” em que se encontra o sistema de Justiça Juvenil brasileiro²¹, mostra-se bastante provável que os referidos projetos legislativos, que atingem de forma tão intensa os direitos de crianças e adolescentes autores de ato infracional, sofreriam grande repúdio internacional. A jurisprudência da Corte IDH é, no mínimo, um obstáculo considerável.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

¹⁹ Sobre um “neoconstitucionalismo internacionalizado”, a partir do qual se defende, em síntese, a construção de um amplo direito constitucional internacional, LEGALE, Siddharta. Neoconstitucionalismo internacionalizado e internacionalização do direito: o engajamento tardio do direito constitucional do Brasil na esfera internacional. In: Carmen Tirburcio. (Org.). **Direito Internacional - Coleção 80 anos da UERJ**. 1ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, v. 1, p. 543-570.

²⁰ http://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/24/politica/1487961377_891224.html

²¹ Nos mesmos moldes do conceito de “estado de coisas inconstitucional”, o “estado de coisas inconveniente” se caracterizaria por três aspectos: (i) violação massiva aos direitos humanos; (ii) omissão persistente do Estado em cumprir a Convenção Americana de Direitos Humanos e (iii) um litígio estrutural entre as entidades do Estado no plano horizontal da separação dos poderes, e vertical dos entes da federação (LEGALE, Siddharta; ARAÚJO, David Pereira de. O Estado de Coisas Inconveniente: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, Número 3, 2016, p. 72).

- BATISTA, Vera Malaguti. Depois do Grande Encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; _____ (orgs). **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 29-36.
- CARVALHO, Salo de; FERNANDES, Eduardo Georjão e MAYER, Denise Both. Direitos da criança e do adolescente no Brasil: da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral. In: CRAIDY, Carmem Maria et. al (orgs.). **Processos educativos com adolescentes em conflito com a lei**. Porto Alegre: Mediação, 2012, p. 17-30.
- _____. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 67, p. 623-652, jul.-dez., 2015.
- CAPPI, Riccardo. **Motifs du controle et figures du danger: L'abaissement de l'âge de la majorité pénale dans le débat parlementaire brésilien**. Tese de Doutorado. Université Catholique de Louvain, Faculté de Droit et de Criminologie, 2011.
- CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. O controle jurídico-penal de adolescentes: o exemplo da internação provisória na jurisprudência do STJ e do TJRS em casos de tráfico de drogas. **Revista de Estudos Empíricos de Direito**, São Paulo-SP, vol. 1, n. 2, jul 2014, p. 100-121.
- LEGALE, Siddharta. Neoconstitucionalismo internacionalizado e internacionalização do direito: o engajamento tardio do direito constitucional do Brasil na esfera internacional. In: Carmen Tirburcio. (Org.). **Direito Internacional - Coleção 80 anos da UERJ**. 1ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, v. 1 , p. 543-570.
- _____; ARAÚJO, David Pereira de. O Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, Número 3, 2016, p. 67-82.
- SOUZA, Flora Sartorelli Venâncio de; FERRAZ, Hamilton Gonçalves. A responsabilidade do Judiciário brasileiro no encarceramento em massa juvenil: um estudo de caso do HC 346.380-SP, STJ. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 25, v. 129, p. 257-284, março, 2017.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o Direito Penal Juvenil**. 2ª Ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- _____; MINAHIM, Maria Auxiliadora. A internação de adolescentes pela lente dos tribunais. **Revista Direito GV**. Vol. 7, n.1. p. 277-298, São Paulo, 2011.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.