

# REITERAÇÃO, APLICAÇÃO DE MEDIDA DE INTERNAÇÃO, GARANTISMO E ATIVISMO: UM ESTUDO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

REITERATION, APPLICATION OF INTERNMENT MEASURE, GUARANTEEISM AND ACTIVISM: A STJ CASE STUDY

**Nestor Eduardo Araruna Santiago**<sup>1</sup>

Professor Titular nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado  
(UNIFOR, Fortaleza/CE, Brasil)

**Ana Cecília Bezerra de Aguiar**<sup>2</sup>

Professora Auxiliar, nível VI, no Curso de Graduação em Direito  
(UNIFOR, Fortaleza/CE, Brasil)

**ÁREA(S):** teoria do Direito; direito constitucional; direito da criança e do adolescente. **RESUMO:** A incorporação da doutrina da proteção integral ao ordenamento jurídico brasileiro mudou a orientação

<sup>1</sup> Doutor em Direito Tributário (2005), com estágio Pós-Doutoral em Direito pela Universidade do Minho, Portugal (2016). Mestre (2000) e Especialista (2000) em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Titular do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional e do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), onde ministra a disciplina Processo, Garantismo e Estado Democrático de Direito (PPGD) e Direito Processual I (Graduação). Líder do Grupo de Pesquisa “Tutela Penal e Processual Penal dos Direitos e Garantias Fundamentais” (Unifor), vinculado ao Laboratório de Ciências Criminais (LACRIM – Unifor), realizando pesquisas empíricas que envolvem o Direito Penal, o Processo Penal e as relações entre Políticas Públicas e Processo. Professor Adjunto, nível IV, do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), onde ministra as disciplinas Direito Processual Penal I e II. Atua nas áreas de Direito Processual Penal e Direito Penal, com interfaces para o garantismo e o ativismo. Advogado Criminalista. *E-mail*: nestoreasantiago@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/4516474580462451>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2479-7937>.

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará, com área de concentração na “Ordem Jurídica Constitucional” (2014). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2011). Membro da gestão do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mediadora e Conciliadora Judicial. Advogada colaborativa. Pesquisa gênero, violência e masculinidades. *E-mail*: ceciliabdeaguiar@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5794371402967022>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7424-2115>.

do tratamento repressivo destinado aos adolescentes que cometem atos infracionais. Contudo, as normas que disciplinam a matéria utilizam-se de cláusulas gerais, cujo preenchimento do conteúdo fica a cargo do Poder Judiciário. Assim, objetiva-se, no presente trabalho, investigar se a aplicação do art. 122, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem adotado um viés garantista ou ativista. Para tanto, empreendeu-se uma pesquisa de natureza qualitativa, que se pode classificar como explicativa, quanto aos objetivos, e bibliográfica, no que concerne aos procedimentos técnicos para coleta de dados. Ao final, conclui-se que a crise da linguagem legal e o descompasso da fundamentação judicial com os ditames da CF/1988 contribuem para que o STJ se aproxime muito mais de uma atuação ativista do que de uma postura garantista.

**ABSTRACT:** *The incorporation of the integral protection doctrine into the Brazilian legal system changed the direction of repressive treatment for adolescents who commit infractions. However, the rules governing the matter make use of general clauses, the filling of the content of which is the responsibility of the Judiciary. Thus, the aim of this study is to investigate whether the application of art. 122, item II, of the Child and Adolescent Statute by the Superior Court of Justice has adopted a guaranteeist or activist bias. To this end, a qualitative research was undertaken, which can be classified as explanatory, regarding the objectives; and bibliographic, with regard to technical procedures for data collection. In the end, it is concluded that the crisis of the legal language and the mismatch of the judicial reasoning with the dictates of the Constitution contribute for the Court to approach much more an activist performance than a guaranteeist position.*

**PALAVRAS-CHAVE:** doutrina da proteção integral; medida socioeducativa de internação; garantismo; ativismo judicial; Superior Tribunal de Justiça.

**KEYWORDS:** *doctrine of integral protection; social-educational internment measure; guaranteeism; judicial activism; Superior Court of Justice.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 As medidas socioeducativas e a excepcionalidade da internação à luz da doutrina da proteção integral; 2 A jurisprudência do STJ e o artigo 122, II, do ECA; 3 O binômio garantismo/ativismo; Considerações finais; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Socio-educational measures and the exceptional nature of internment in the light of the doctrine of integral protection; 2 The case law of the STJ and art. 122, II of the ECA; 3 The binomial guaranteeism/activism; Final considerations; References.*

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/1988) inaugurou, no ordenamento jurídico brasileiro, um novo paradigma para o direito da criança e do adolescente com base na doutrina da proteção integral. Nesse contexto, além do reconhecimento da titularidade por parte desses sujeitos de todos os direitos fundamentais a que fazem jus as demais pessoas, também lhes são endereçados direitos e garantias específicas, devendo todos ser resguardados com absoluta prioridade.

No que concerne ao tratamento conferido aos adolescentes que cometem atos infracionais, essa mudança legal foi significativa. Nesse sentido, uma legislação específica pós-CF/1988 foi criada para disciplinar os pormenores desse tema. No presente artigo, trata-se especificamente do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei nº 8.069/1990) e da Lei que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase – Lei nº 12.594/2012).

Em todo esse arcabouço normativo constitucional e infraconstitucional, a medida socioeducativa de internação é tomada como a de maior excepcionalidade, exatamente, por tratar-se, no rol legal de medidas, da mais gravosa. A legislação disciplina uma série de critérios a serem observados pelo legislador no caso concreto para a imposição de referida medida. Todavia, o texto legal é permeado por uma grande quantidade de cláusulas abertas e de conceitos jurídicos indeterminados, o que confere uma ampla margem de liberdade de interpretação ao aplicador da norma.

No entanto, no paradigma do constitucionalismo garantista, o sentido conferido às normas infraconstitucionais precisa ser aquele que observa e efetiva os direitos fundamentais previstos na Constituição. Assim, sempre que o magistrado se afasta dessa orientação e decide com base em argumentos extrajurídicos, conectados com suas convicções pessoais, está praticando ativismo judicial danoso ao dever de respeito à CF/1988.

Dessa forma, justifica-se a necessidade de investigar como o Poder Judiciário brasileiro vem exercendo seu mister de interpretação e aplicação da norma jurídica. Nesse sentido, o presente estudo tem como objetivo a análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a respeito da interpretação conferida ao art. 122, II, do ECA à luz do binômio garantismo/ativismo, com base na *reiteração* como hipótese autorizadora da imputação de medida de internação.

Escolheu-se o STJ por ser o tribunal que constitucionalmente tem o papel de uniformização da interpretação das normas infraconstitucionais federais e, como se explicitou, o ECA será o diploma legal estudado. A escolha da norma inserta no inciso II do art. 122 do ECA ocorreu após pesquisa no repositório de jurisprudência do STJ, realizada em 28 de março de 2020. Utilizando-se os termos de busca “menor adj infrator”, após constatação de que essa é a expressão recorrentemente utilizada pelo STJ para referir-se aos adolescentes que cometem atos infracionais, o acórdão mais recente encontrado<sup>3</sup> tratava das divergências acerca da interpretação desse dispositivo legal. Investigando um pouco mais sobre o tema na jurisprudência do STJ, encontraram-se, inclusive, julgados contrários a seu respeito na biblioteca de teses.

Destarte, para o alcance do objetivo pretendido, o estudo que ora se introduz utilizou-se da pesquisa bibliográfica quantos aos procedimentos técnicos utilizados para coleta de dados, baseada em livros e artigos principalmente correlatos a medidas socioeducativas, doutrina da proteção integral, garantismo e ativismo judicial. Quanto aos objetivos, a pesquisa classifica-se como prioritariamente explicativa, vez que busca estabelecer a relação entre a jurisprudência do STJ a respeito da imputação de medida socioeducativa de internação e as doutrinas do garantismo e do ativismo judicial. Do exposto, percebe-se que a natureza da pesquisa é qualitativa, visto que se busca observar e interpretar o recorte da realidade tomado como objeto de estudo, por meio dos procedimentos acima descritos, sem se ter, contudo, pretensão de estabelecer leis gerais ou previsões.

O desenvolvimento do estudo foi feito em três seções. Na primeira, buscou-se demonstrar, ainda que brevemente, a evolução por qual passou o tratamento repressivo decorrente do cometimento de infrações pelos adolescentes no Brasil até chegar à atual doutrina da proteção integral. Ademais, situou-se, dentro desse paradigma, a medida excepcional de internação com suas hipóteses autorizadoras. Na seção seguinte, cuidou-se de apresentar a jurisprudência do STJ no que concerne à aplicação do art. 122, II, do ECA, incluindo-se a exposição das controvérsias por que passou o entendimento

---

<sup>3</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em *Habeas Corpus* nº 527658. Agravante: R. B. S. Agravado: Ministério Público Federal e outro. Relator: Ministro Jorge Mussi. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 16 mar. 2020. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201902434438&dt\\_publicacao=16/03/2020](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201902434438&dt_publicacao=16/03/2020). Acesso em: 18 abr. 2020.

da Corte acerca da matéria. Por fim, na terceira parte, foi feita a análise dos fundamentos das decisões apresentadas na seção anterior, tomando como base as doutrinas do garantismo e do ativismo judicial. Consta-se a adoção pelo Tribunal de um perfil marcado pelo ativismo judicial, portanto, afastando-se da proposta do garantismo, ao interpretar o ECA de forma pouco consentânea com a CF/1988, especialmente, com a doutrina da proteção integral.

## 1 AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E A EXCEPCIONALIDADE DA INTERNAÇÃO À LUZ DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Ao longo dos anos, o tratamento legislativo dispensado pelo Estado brasileiro às crianças e aos adolescentes passou por uma profunda transformação. Dessa forma, saiu-se de uma perspectiva correccional e repressiva, que imperou por bastante tempo e cujo objetivo principal era proteger a sociedade das crianças e dos adolescentes em situação irregular, para um paradigma de reconhecimento e busca por garantia de direitos, visando à proteção integral de todas as crianças e de todos os adolescentes<sup>4</sup>.

Nessa linha do tempo da evolução do tratamento jurídico da infância e adolescência no Brasil, podem-se identificar três fases no que se refere à responsabilização desse sujeito. São elas: direito penal indiferenciado, doutrina da situação irregular e doutrina da proteção integral. A primeira dessas etapas vigorou até o século XX e caracterizou-se pela adoção do critério biopsicológico para o sistema de discernimento. Assim, por exemplo, no Código Criminal do Império, os maiores de 14 anos eram plenamente imputáveis, enquanto as crianças entre 7 e 14 anos poderiam ser também punidas criminalmente tais quais os adultos (apenas com alguma minorante), desde que comprovado seu discernimento. Nesta mesma toada, o Código Penal Republicano de 1890 alterou a idade da inimputabilidade de 7 para 9 anos, mantendo o critério biopsicológico para os sujeitos de 9 a 15 anos<sup>5</sup>.

No início do século XX, pesquisas científicas começaram a produzir mudanças na forma de entender o tratamento que deveria ser conferido às

<sup>4</sup> BRASIL. *Relatório avaliativo ECA 25 anos*. Brasília: Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente/Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, 2016. Disponível em: [http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/eca/relatorio\\_avaliativo\\_eca\\_25anos.pdf](http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/eca/relatorio_avaliativo_eca_25anos.pdf). Acesso em: 14 jul. 2020.

<sup>5</sup> DUPRET, C. *Curso de direito da criança e do adolescente*. 3. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2015.

crianças e aos adolescentes cujo comportamento desrespeitasse os ditames legais. Nesse período, inaugura-se uma nova fase, inspirada pela doutrina da situação irregular. O critério de responsabilização pelas infrações passa a ser estritamente biológico (baseado na idade)<sup>6</sup>. Esse tempo foi marcado por legislações e políticas públicas que variavam entre a garantia de direitos à criança e ao adolescente e a “defesa da sociedade frente à delinquência juvenil”<sup>7-8</sup>.

Destarte, de acordo com o Código de Menores de 1979, a rubrica “menor em situação irregular” abarcava um amplo espectro, que incluía, dentre outros, aqueles privados de condições básica de subsistência, as vítimas de maus-tratos, os privados de representação legal e os autores de infração penal<sup>9</sup>.

Em decorrência disso, nos espaços de acolhimento, misturavam-se os denominados “menores infratores” e a população infantojuvenil pobre, numa mescla entre escolas de prevenção (voltadas aos abandonados) e escolas de reforma e colônias correcionais (voltadas aos que praticaram atos contrários à lei). Daí se dizer que a doutrina da situação irregular se orientava pelo binômio carência/delinquência, em que a infância pobre era criminalizada (tomada como potencialmente perigosa) a partir de um pensamento segundo o qual o Estado deveria “proteger” crianças e adolescentes ainda que isso resultasse na

---

<sup>6</sup> Registre-se que, em apenas um breve período compreendido entre 1967 e 1968, a Lei nº 5.228 reintroduziu o caráter biopsicológico para responsabilização dos adolescentes entre 16 e 18 anos (*Ibid.*).

<sup>7</sup> AMIN, A. R. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, K. (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010a. p. 3-10.

<sup>8</sup> DUPRET, C. *Curso de direito da criança e do adolescente*. 3. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2015.

<sup>9</sup> “Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II – vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III – em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV – privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V – Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI – autor de infração penal.” (BRASIL. *Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979*. Institui o Código de Menores. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6697.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm). Acesso em: 3 abr. 2020)

supressão de direitos. A cultura predominante, portanto, era a da internação, tomando a segregação, na maioria dos casos, como única solução<sup>10-11-12</sup>.

Esse tom intensificou-se nas décadas de 60 e 70 com as estratégias de controle e repressão próprias da doutrina da segurança nacional que pautava o governo ditatorial militar no Brasil. Nesse período, foi criada a Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor (Funabem), que contribuiu para a implementação de uma política higienista, voltada a retirar a população jovem e pobre do alcance do olhar da sociedade<sup>13</sup>.

Nesse cenário, os limites da atuação do Juiz de Menores não eram tão claros, sendo mais amplos que os dos demais magistrados, pois reunia funções jurisdicionais e administrativas. Assim, não apenas exerciam a função jurisdicional, mas também organizavam a rede de atendimento<sup>14</sup>.

Contudo, a redemocratização do país, com a conseqüente instauração de uma nova ordem constitucional, adota um novo paradigma para o tratamento a ser dispensado a crianças e adolescentes. Essa mudança é uma conseqüência tanto de movimentos nacionais como internacionais, que apontavam para a mesma direção. Como exemplos dos primeiros, há o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua, a OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), a CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil) e a Pastoral do Menor. Essas

---

<sup>10</sup> AMIN, A. R. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, K. (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010a.

<sup>11</sup> DUPRET, C. *Curso de direito da criança e do adolescente*. 3. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2015.

<sup>12</sup> Nesse sentido, ressaltando a postura segregatória: “Apesar das diversas medidas de assistência e proteção previstas pela lei para regularizar a situação dos menores, a prática era de uma atuação segregatória na qual, normalmente, estes eram levados para internatos ou, no caso de infratores, institutos de detenção mantidos pela Febem. Inexistia preocupação em manter vínculos familiares, até porque a família ou a falta dela era considerada a causa da situação irregular” (AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, K. (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010b. p. 11-17).

<sup>13</sup> REIS, S. da S.; CUSTÓDIO, A. V. Fundamentos históricos e principiológicos do direito da criança e do adolescente: bases conceituais da teoria da proteção integral. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 31, n. 3, p. 621-659, 23 jan. 2018. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/7840/4646>. Acesso em: 14 jul. 2020.

<sup>14</sup> AMIN, A. R. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, K. (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010a.

instituições unidas apresentaram à Assembleia Constituinte duas emendas que resultaram no art. 227 da CF/1988<sup>15</sup>.

No âmbito internacional, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, produto dos trabalhos realizados na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) desde 1979, resultou na aprovação de documento prevendo uma série de direitos em 20 de novembro de 1989. O teor desse documento encontra-se também representado no art. 227 retromencionado<sup>16</sup>.

Assim, a partir da CF/1988, instaura-se a denominada doutrina da proteção integral, linha mestre de todo o Direito da Criança e do Adolescente desde então. Referir-se à proteção integral significa reconhecer que todos os dispositivos legais têm por finalidade conferir proteção a esses sujeitos nas suas mais variadas necessidades<sup>17</sup>.

É nesse sentido que Mocelin<sup>18</sup> esclarece que, calcada na doutrina da proteção integral, a CF/1988 assegura direitos de três diferentes ordens às crianças e aos adolescentes. A primeira relaciona-se com os direitos de sobrevivência (vida, saúde e alimentação); a segunda ordem tem a ver com os direitos voltados para o desenvolvimento pessoal e social (educação, cultura, lazer e profissionalização); e, por fim, a terceira, que se liga ao respeito e à integridade física, psicológica e moral (liberdade, dignidade e convivência familiar e comunitária).

Ainda sobre o *status* diferenciado que as crianças e os adolescentes recebem no ordenamento jurídico brasileiro pós-1988, julga-se importantíssimo registrar a ampliação do alcance dessa proteção proposta para esses sujeitos, ou, em outras palavras, o âmbito de aplicação das normas do Direito da Criança e do Adolescente é alargado significativamente. Afirma-se isso porque, na fase anterior, estavam sob a égide do Código de Menores apenas aqueles considerados em situação irregular (conforme explicitado anteriormente). Na etapa atual, todas as crianças e todos os adolescentes gozam do mesmo nível de

---

<sup>15</sup> MOCELIN, M. R. *Adolescência em conflito com a lei ou a lei em conflito com a adolescência: a socioeducação em questão*. Curitiba: Appris, 2016.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> SPOSATO, K. B. *Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista*. São Paulo, Saraiva, 2013.

<sup>18</sup> MOCELIN, M. R. *Adolescência em conflito com a lei ou a lei em conflito com a adolescência: a socioeducação em questão*. Curitiba: Appris, 2016.



proteção jurídica. São sujeitos com o mesmo *status* jurídico, independentemente da situação socioeconômica em que se encontram. Agora, não se tem mais “menor em situação irregular”: irregular estará a família, a sociedade e o Estado que não garantirem os direitos decorrentes da proteção integral<sup>19</sup>.

No que concerne à repressão das condutas ilícitas, a CF/1988 transforma em cláusula pétrea a inimputabilidade dos menores de 18 anos de idade já assegurada pelo Código Penal de 1940. Ademais, confere ainda o mesmo *status* (de direito fundamental, portanto, cláusula pétrea) à excepcionalidade e à brevidade da privação de liberdade dos adolescentes que cometem atos infracionais. A disciplina pormenorizada do tratamento a ser conferido a esse sujeito, inclusive quanto às medidas socioeducativas que lhes podem ser impostas, fica, todavia, confiada às normas infraconstitucionais. No âmbito federal, atualmente, referida normatização encontra-se no ECA e na Lei do Sinase.

As medidas socioeducativas estabelecidas pelo ECA e pela Lei do Sinase possuem caráter híbrido. Ao mesmo tempo em que preservam uma função sancionatória, procurando reparar à sociedade pelos danos decorrentes da conduta típica, guardam um aspecto pedagógico, visando a proporcionar ao adolescente a reintegração social<sup>20-21</sup>. Nesse mesmo viés, Sposato<sup>22</sup> explica que a medida socioeducativa é uma forma de prevenção especial de delitos que decorre do princípio do respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento. Desta forma, ela busca, por intermédio do atendimento das necessidades pessoais do adolescente e do fortalecimento de seus vínculos comunitários e familiares, evitar a reincidência e impedir a vulnerabilidade dos adolescentes à marginalização. Aliás, a própria lei que disciplina o Sinase traz esses objetivos expressamente<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> SPOSATO, K. B. *Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista*. São Paulo, Saraiva, 2013.

<sup>20</sup> MORAES, B. M. de; RAMOS, H. V. In: MACIEL, K. (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 795-889.

<sup>21</sup> Registre-se que existem vozes que se levantam a favor da incompatibilidade existente entre educar e punir concomitantemente, especialmente quando se referem às medidas de privação de liberdade (TEIXEIRA, M. de L. T. Medida socioeducativa. In: LAZZAROTTO, G. D. R. et al. (coord.). *Medidas socioeducativas: entre A & Z*. Porto Alegre: UFRGS, Evangraf, 2014. p. 167-170).

<sup>22</sup> SPOSATO, K. B. *Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista*. São Paulo, Saraiva, 2013.

<sup>23</sup> “Art. 1º [...] § 2º Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos: I - a

Portanto, ao contrário do que o senso comum pode defender, não se trata de não responsabilizar o adolescente por considerar que ele não tem condições de compreender seus atos, mas de buscar algo a mais que a simples punição, uma vez que seu processo de compreensão ocorre por caminhos distintos dos experimentados pelo adulto. Assim, a consequência também precisa ser diferenciada e adequada<sup>24</sup>. De acordo com o ECA<sup>25</sup>, no art. 112, as espécies de medidas socioeducativas são advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade, internação em estabelecimento educacional, além das medidas de proteção elencadas nos incisos I a VI do art. 101. No entanto, diferentemente das sanções previstas nas leis penais, em que o tipo vem acompanhado da sua respectiva pena, a imposição de determinada medida socioeducativa no caso concreto fica a cargo do Poder Judiciário.

Para tanto, a legislação impõe alguns critérios a serem observados. Nesse sentido, o § 1º do art. 112 do ECA<sup>26</sup> determina que a imposição da medida ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da situação. O art. 113 do mesmo diploma legal traz a necessidade de observar também os critérios estabelecidos no art. 100, como observância às necessidades pedagógicas, preferência por medidas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, intervenção mínima e proporcionalidade e atualidade. Ademais, o art. 99 traz a possibilidade de

---

responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação; II - a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e III - a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei. [...]” (BRASIL. *Lei nº 12.594*, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm). Acesso em: 4 abr. 2020)

<sup>24</sup> TERRE DES HOMMES LAUSANNE NO BRASIL – TDH BRASIL. *Responsabilizando com responsabilidade*: manifesto pela manutenção da maioria penal e fortalecimento da responsabilização socioeducativa. Fortaleza: Terre des hommes Lausanne no Brasil – Tdh Brasil Programa Regional de Justiça Juvenil Restaurativa, 2015.

<sup>25</sup> BRASIL. *Lei nº 8.069* - Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 4 abr. 2020.

<sup>26</sup> *Ibid.*

aplicação isolada ou cumulativa das medidas, bem como a substituição de uma por outra a qualquer tempo.

O art. 35 da Lei do Sinase<sup>27</sup>, por seu turno, traz também alguns princípios a serem observados quando da aplicação das medidas socioeducativas. Citem-se, para exemplificar, alguns que ainda não foram mencionados pelos dispositivos legais já referidos: legalidade, excepcionalidade da intervenção judicial, favorecimento dos meios autocompositivos, prioridade das práticas e medidas restaurativas, individualização e não discriminação.

Focando especificamente na internação, pela pertinência com o tema do presente estudo, tem-se que, como medida de maior gravidade, sua excepcionalidade e necessidade de brevidade<sup>28</sup> são reconhecidas ainda na CF/1988 (art. 227, § 3º, V). O ECA<sup>29</sup> reproduz o texto constitucional no art. 121 e, no art. 122, traz um rol taxativo das situações que autorizam a sua utilização, quais sejam: tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa; por reiteração no cometimento de outras infrações graves; por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. Ainda nesse artigo, após a previsão das únicas situações que podem ensejar a internação, o legislador explicita, no § 2º, que, havendo outra medida mais adequada, a internação não será aplicada<sup>30</sup>. Inclusive, não custa lembrar, deve-se optar, sempre que possível, por medidas que reforcem os vínculos

<sup>27</sup> BRASIL. *Lei nº 12.594*, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm). Acesso em: 4 abr. 2020.

<sup>28</sup> Aliás, como lembram Moraes e Ramos, a adolescência é a menor fase da vida. Assim, o prazo máximo de 3 anos permitido para a medida de internação já corresponde à metade da duração desse período (MORAES, B. M. de; RAMOS, H. V. In: MACIEL, K. (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010).

<sup>29</sup> BRASIL. *Lei nº 8.069* – Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 4 abr. 2020.

<sup>30</sup> Nesse sentido: “Isto não significa, no entanto, que ‘toda vez’ que caracterizada uma das hipóteses aqui relacionadas, o adolescente ‘deverá’ automaticamente ser submetido a medidas privativas de liberdade. Muito pelo contrário. Mesmo diante da prática de atos infracionais de natureza grave, o adolescente somente deverá receber medidas privativas de liberdade se comprovadamente não houver outra alternativa sociopedagógica mais adequada, consideradas suas necessidades pedagógicas específicas (assim apuradas através de estudo psicossocial idôneo, conforme arts. 151 e 186, § 4º, do ECA), devendo sempre ser dado preferência a medidas em meio aberto, que venham a fortalecer vínculos familiares e comunitários (*ex vi* do disposto nos arts. 113 c/c 100, *caput* e parágrafo único, inciso X, do ECA)” (DIGIÁCOMO, M. J.; DIGIÁCOMO, I. A. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*

familiares e comunitários do adolescente, o que, sem dúvida, torna-se um desafio maior com o seu enclausuramento.

Como se pode perceber, a disciplina das medidas socioeducativas, tanto na CF/1988 como na legislação infraconstitucional, conta com conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas. Referido expediente, indubitavelmente, confere maior amplitude para a atuação judicial. Nesse sentido, é que serão objeto de discussão, nas seções que seguem, à luz das doutrinas do garantismo e do ativismo judicial, as interpretações possíveis para essas normas e como o STJ vem preenchendo o sentido delas, mormente, no que concerne à aplicação da medida de internação regulada no art. 122 do ECA.

## 2 A JURISPRUDÊNCIA DO STJ E O ARTIGO 122, II, DO ECA

Ao empreender-se pesquisa no repositório de jurisprudência no sítio eletrônico do STJ em 28 de março de 2020, empregando-se os termos de busca “menor adj infrator”<sup>31</sup>, constatou-se que o acórdão mais recente disponível<sup>32</sup> tratava das divergências acerca da interpretação do art. 122, II, do ECA. Investigando um pouco mais sobre o tema na jurisprudência da Corte, encontraram-se, inclusive, decisões contrárias a seu respeito na biblioteca de teses do Tribunal. Essa seção destina-se, assim, a expor esse panorama de atribuição de sentido pelo STJ ao dispositivo legal mencionado.

Para tanto, serão comentadas cinco decisões, seguindo o seguinte percurso: 1ª decisão – AgRg-HC 527.658/SP (acórdão mais recente encontrado sobre a temática em estudo); 2ª decisão – AgRg-HC 550.677/SP (acórdão imediatamente anterior na ordem cronológica utilizada para disposição das decisões no sítio do tribunal); em seguida, abordam-se duas decisões citadas na fundamentação dessa 2ª decisão: o HC 342.943/SP (3ª decisão) e o HC 527.297/ES (4ª decisão); por fim, comenta-se o HC 280.478/SP (5ª decisão), veiculado no Informativo

---

*e interpretado*. 7. ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2017. p. 219).

<sup>31</sup> Importa esclarecer que a opção pelo uso dessa expressão deveu-se à constatação de que ela é a mais recorrentemente utilizada pelo Tribunal para referir-se aos adolescentes que cometem atos infracionais.

<sup>32</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em *Habeas Corpus* nº 527658. Agravante: R. B. S. Agravado: Ministério Público Federal e outro. Relator: Ministro Jorge Mussi. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 16 mar. 2020. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201902434438&dt\\_publicacao=16/03/2020](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201902434438&dt_publicacao=16/03/2020). Acesso em: 18 abr. 2020.

de Jurisprudência do STJ nº 0536, de 26 de março de 2014, no qual o tribunal publicou o seu entendimento sobre o termo *reiteração*<sup>33</sup>.

A 1ª decisão consiste em um acórdão em agravo regimental interposto em face de decisão unipessoal em *habeas corpus*. No caso em tela, a 5ª Turma do STJ entendeu pela não verificação de constrangimento ilegal na determinação de medida socioeducativa de internação a adolescente que praticou ato infracional análogo a tráfico de entorpecentes. Especificamente na situação decidida no AgRg-HC 527.658/SP, ela se dedica muito mais à discussão das questões relativas à prescrição da pretensão executória do que propriamente à adequação da escolha da medida imposta.

A 2ª decisão<sup>34</sup>, imediatamente anterior na ordem cronológica utilizada para disposição das decisões no sítio do STJ, traz situação semelhante, contando, contudo, com debate mais focado na escolha da medida socioeducativa, tema do presente estudo, motivo pelo qual se optou por um aprofundamento maior nela e no percurso pela jurisprudência do STJ que ela sugere.

Nessa situação, o adolescente também praticou ato análogo ao crime de tráfico de entorpecentes, pelo qual lhe foi imposta medida de liberdade assistida. No entanto, tornou a realizar ato semelhante, motivo pelo qual, dessa vez, com fulcro no art. 122, II, do ECA, foi-lhe imposta medida de internação. Ao ser provocada pela interposição do *habeas corpus*, a 6ª Turma do STJ entende também não estar havendo qualquer tipo de constrangimento ilegal, uma vez que, para a reiteração no cometimento de infrações graves, basta o cometimento de um novo ato infracional após aplicação de medida socioeducativa.

<sup>33</sup> Optou-se por nomear as decisões usando numerais ordinais como uma forma de facilitar a compreensão dos comentários a respeito de cada uma ao longo da seção, evitando, assim, confusões.

<sup>34</sup> “Agravo regimental no *habeas corpus*. Ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas. Medida socioeducativa de internação. Reiteração infracional configurada. Constrangimento ilegal não evidenciado. *Writ* denegado. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. 1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, pois em consonância com a jurisprudência desta Corte. 2. Para a configuração da hipótese de reiteração em infrações graves, prevista no art. 122, II, do ECA, basta a prática de novo ato infracional após a aplicação de medida socioeducativa, não se exigindo um número mínimo de processos anteriores. 3. Agravo regimental improvido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em *Habeas Corpus* nº 550677. Agravante: P. M. A. Agravado: Ministério Público Federal e outro. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 9 mar. 2020. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201903670379&dt\\_publicacao=09/03/2020](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201903670379&dt_publicacao=09/03/2020). Acesso em: 18 abr. 2020)

Dessa forma, confirmou-se o entendimento já exarado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, segundo o qual a necessidade de internação do adolescente justificava-se pelos seguintes fatores: reduzido senso de responsabilidade pelo rumo da própria vida; exposição a situações de alta vulnerabilidade decorrentes dos processos de violência urbana que colocam em risco sua segurança física e integridade humana, da qual ele não foi retirado pela medida socioeducativa anterior em meio aberto; envolvimento social negativo; impossibilidade de controle e de acompanhamento do jovem por seu núcleo familiar<sup>35</sup>.

A 2ª decisão traz como fundamento alguns precedentes da mesma Corte: o HC 342.943/SP (3ª decisão) e o HC 527.297/ES (4ª decisão). De acordo com o HC 342.943/SP<sup>36</sup>, julgado em 2016 pela 5ª Turma, a definição da medida socioeducativa pelo magistrado deve ser feita a partir da análise das peculiaridades do caso concreto e das condições específicas do adolescente. Nesse sentido, na situação sob julgamento, os fatores considerados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e corroboradas pelo STJ foram: o adolescente não estudava, não exercia atividade profissional lícita, era usuário de drogas, possuía outra passagem pela Vara da Infância e da Juventude por tráfico de entorpecentes e havia descumprido medida de liberdade assistida anteriormente aplicada. O HC 527.297/ES<sup>37</sup>, segundo a qual a escolha da

---

<sup>35</sup> Nos próprios termos da decisão: “[...] o adolescente conta com reduzido senso de responsabilidade pelo rumo de sua vida e, ainda, vivencia franca exposição a situações de alta vulnerabilidade, inserindo-se em um processo de violência urbana de alto risco para sua própria segurança física e integridade humana, que a medida socioeducativa em meio aberto não se mostrou hábil a reverter. Dentro desse específico contexto psicossocial, apresenta-se o jovem, no presente instante, ainda defeso às orientações que lhe possam ser dirigidas. Em essência, prossegue seu envolvimento social negativo, o que impõe a necessidade de acompanhamento frequente e sistemático de primeiros passos a partir de agora, mesmo porque o núcleo familiar repita-se, ao menos no presente momento, ainda está incapacitado para controlar e acompanhar adequadamente o já complexo desenvolvimento social do garoto” (*Ibid.*).

<sup>36</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 342943. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: F. de L. S. Relator: Reynaldo Soares da Fonseca. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 16 mar. 2016. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201503020611&dt\\_publicacao=16/03/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201503020611&dt_publicacao=16/03/2016). Acesso em: 18 abr. 2020.

<sup>37</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em *Habeas Corpus* nº 527297. Agravante: G. B. B. Agravado: Ministério Público Federal e outro. Relator: Ministro Jorge Mussi. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 28 out. 2019. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201902417806&dt\\_publicacao=28/10/2019](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201902417806&dt_publicacao=28/10/2019). Acesso em: 18 abr. 2020.

medida a ser imposta pelo magistrado ao adolescente deve observar as necessidades pedagógicas, a adequação, a proporcionalidade e a necessidade em relação ao caso concreto.

A interpretação do STJ para o art. 122, II, do ECA foi veiculada no Informativo de Jurisprudência do STJ nº 536, de 26 de março de 2014, por meio da 5ª decisão selecionada para comentário nesse estudo, o HC 280.478/SP<sup>38</sup>. Na decisão, o relator, Ministro Marco Aurélio Bellizze, defende que o julgador deve levar em consideração as peculiaridades de cada caso concreto, observando as condições específicas e subjetivas do adolescente, como meio social em que vive, grau de escolaridade e família. Ademais, o magistrado afirma que não há de se falar que a prática de ato equiparado a tráfico de drogas não seja grave, vez que se trata de um tipo penal classificado como crime hediondo.

Como o relator, ainda, menciona o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a questão, checkou-se o repositório de jurisprudência da Corte Constitucional. Usando-se como buscador “internação e reiteração”, foram encontrados 23 acórdãos<sup>39</sup>. Desses, buscou-se o mais antigo e pode-se constatar que já, em 2004<sup>40</sup>, entendia o STF que o termo *reiteração*, utilizado pelo legislador, autorizava a imposição de medida socioeducativa de internação após a prática da segunda infração grave praticada pelo adolescente. A preocupação em conhecer do teor da decisão mais antiga sobre o tema disponível no sítio eletrônico no tribunal justifica-se pelo fato de o STJ não ter tido sempre o mesmo entendimento atual a esse respeito. Dessa forma, pode-se constatar que, por um longo período, essas duas Cortes superiores

---

<sup>38</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 280478. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: M. E. A. S. Relator: Marco Aurélio Bellizze. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 26 fev. 2014. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201303564680&dt\\_publicacao=26/02/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303564680&dt_publicacao=26/02/2014). Acesso em: 18 abr. 2020.

<sup>39</sup> Oportunamente, justifica-se a escolha desses termos como uma tentativa de restringir a busca ao assunto-chave específico que aparenta ser o ponto nodal da interpretação do texto normativo art. 122, II, do ECA, qual seja: o que deve ser entendido como reiteração para fins de autorizar a escolha pela medida de internação.

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84218. Paciente: Samuel Lucas de Almeida. Impetrante: PGE-SP. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 18 abr. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521679>. Acesso em: 18 abr. 2020.

discordaram quanto ao sentido que deveria ser atribuído ao dispositivo legal em análise neste estudo.

Detalhando um pouco mais a informação acerca da mudança de entendimento do Superior Tribunal de Justiça, tem-se na página *Jurisprudência em Teses*<sup>41</sup>, no sítio eletrônico do STJ, as seguintes teses sobre o tema: tese 18 – “A reiteração capaz de ensejar a incidência da medida socioeducativa de internação (art. 122, II, do ECA) só ocorre quando praticados, no mínimo, dois atos infracionais graves anteriores”; e tese 16 – “O Estatuto da Criança e do Adolescente não estipulou um número mínimo de atos infracionais graves para justificar a internação com base na reiteração (art. 122, II, do ECA), não havendo que se falar, portanto, no número mínimo de três atos infracionais”. Como é possível perceber, trata-se de teses divergentes, que apontam para direções diametralmente opostas.

Para ilustrar como o entendimento inserto na tese 18 era expresso nas decisões do STJ, colaciona-se trecho do voto do Ministro Relator Felix Fischer, no julgamento do HC 61034/SP, indexado juntamente com a tese 18 no sítio do Tribunal<sup>42</sup>:

Outrossim, não se pode aplicar, *in casu*, a hipótese prevista no inciso II do art. 122 do ECA. Isso porque terá incidência a medida socioeducativa de internação se houver a “reiteração no cometimento de outras infrações graves” e não a mera reincidência de, tão só, outra infração grave. Infere-se, a partir dessa linha de raciocínio, que a reiteração capaz de ensejar a aplicação

---

<sup>41</sup> Segundo a própria página citada: “Publicação periódica que apresenta um conjunto de teses sobre determinada matéria, com os julgados mais recentes do Tribunal sobre a questão, selecionados até a data especificada. Além disso, ao clicar no texto da tese, obtém-se o resultado de pesquisa feita pela Secretaria de Jurisprudência em tempo real. São disponibilizados também *links* para o acesso a outros produtos relacionados às teses estudadas” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em teses*: Edição n. 54: Medidas socioeducativas. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2054:%20MEDIDAS%20SOCIOEDUCATIVAS>. Acesso em: 19 abr. 2020).

<sup>42</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 61034. Impetrante: Telma Berardo – Procuradoria da Assistência Judiciária. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: D. A. F. Relator: Felix Fischer. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 19 mar. 2007. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroor/?num\\_registro=200601293492&dt\\_publicacao=19/03/2007](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroor/?num_registro=200601293492&dt_publicacao=19/03/2007). Acesso em: 18 abr. 2020.



da internação se dá quando praticados, no mínimo, 3 (três) atos infracionais graves. Cometidas apenas 2 (duas) práticas infracionais tem-se a reincidência, circunstância imprópria a viabilizar a incidência da medida socioeducativa da internação.

Destarte, percebe-se que o entendimento pautava-se na distinção entre os termos reiteração, utilizado no texto legal, e reincidência<sup>43</sup>. Assim, ao passo em que se trata de palavras diferentes, segundo o STJ, não se poderia tratá-las como sinônimo, prescindindo a reiteração, para que se verificasse, do cometimento de um terceiro ato infracional de natureza grave, quando só então se poderia determinar o cumprimento de medida de internação.

A jurisprudência do STJ entendeu nesse sentido até 2013, quando a 5ª Turma começou a decidir de forma diversa, alinhando-se aos fundamentos do STF acima expressos. A 6ª Turma, no entanto, ainda preservou o entendimento pretérito até 2016, ano em que se encontram no repositório de jurisprudência do tribunal os últimos acórdãos com essa orientação<sup>44</sup>.

Atualmente, todavia, ambas as turmas estão alinhadas, expressando o entendimento consubstanciado na tese 16 acima transcrita. Ou seja, não se faz necessária a exigência de ocorrência mínima de três atos infracionais de natureza grave para que se impute aos adolescentes a medida de internação, vez que o ECA não determinou esse número mínimo.

<sup>43</sup> Nas palavras de Bitencourt: “Chama-se reincidente aquele que cometeu um crime após a data do trânsito em julgado da sentença que o condenou por crime anterior, enquanto não transcorrido o prazo de cinco anos, contados a partir do cumprimento ou da extinção da pena” (BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2019. p. 795).

<sup>44</sup> Nesse sentido: “*Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Descabimento. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional equiparado ao delito de tráfico de drogas. Medida socioeducativa de internação. Ausência de violência ou grave ameaça. Adolescente com outra passagem pela Vara da Infância e da Juventude. Reiteração no cometimento de infrações graves não configurada. Constrangimento ilegal evidenciado. Quantidade e variedade de droga. Semiliberdade adequada na espécie. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício. [...] A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça entende que, quando o paciente praticou apenas um ato infracional anterior, não resta configurada a hipótese de reiteração no cometimento de infrações graves, prevista no art. 122, II, do ECA [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 337874. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: G. P. R. A. Relator: Ericson Maranhão. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 18 fev. 2016. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201502506648&dt\\_publicacao=18/02/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502506648&dt_publicacao=18/02/2016). Acesso em: 18 abr. 2020).

Encerrando-se essa seção, dois pontos podem ser destacados: 1) para o STJ, parte significativa da controvérsia acerca da interpretação do art. 122, II do ECA, consiste em saber qual deve ser o sentido atribuído à palavra *reiteração*, que não tem conteúdo jurídico; 2) ao aplicar normas legais repletas de conceitos jurídicos indeterminados, o tribunal emprega, em suas decisões, termos vagos e de semântica aberta. A partir disso, a seção que segue dedicar-se-á à análise desses pontos à luz as doutrinas do garantismo e do ativismo judicial.

### 3 O BINÔMIO GARANTISMO/ATIVISMO

Como já foi indicado, a seção atual cuidará dos pontos relevante identificados nas razões de decidir expressas na jurisprudência do STJ acerca da aplicação do art. 122, II, do ECA, sendo dois os eixos adotados: a discussão acerca dos sentidos atribuídos à palavra *reiteração* constante no dispositivo legal em análise e os demais argumentos adotados para preencher o sentido dos conceitos jurídicos indeterminados utilizados pela legislação.

Antes de se adentrar propriamente nesses pontos, cumpre, por uma preocupação com a clareza terminológica, expor brevemente os conceitos com os quais se trabalhará ao longo desta parte do texto, quais sejam: garantismo e ativismo judicial.

O garantismo que será tomado como viés para a discussão neste trabalho consiste naquele desenvolvido no pensamento de Luigi Ferrajoli, ou seja, trata-se de uma “[...] teoria do sistema das garantias dos direitos fundamentais, que analisa, valoriza e elabora os dispositivos jurídicos necessários à tutela dos direitos civis, políticos, sociais e de liberdade sobre os quais se fundam as hodiernas democracias constitucionais”<sup>45</sup>.

Nesse viés, o constitucionalismo garantista proposto por Ferrajoli pode ser compreendido a partir de três diferentes expressões. Como modelo de direito ou sistema jurídico, trata-se da superação do paleojuspositivismo a partir da positivação dos princípios, que também devem ser levados em consideração por toda a produção legislativa, ampliando vínculos e limites

---

<sup>45</sup> IPPOLITO, D. O garantismo de Luigi Ferrajoli. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, 3 (1), p. 34-41, jan./jun. 2011, p. 40.

impostos pela Constituição<sup>46-47</sup>. Nesse sentido, ele funcionaria como uma garantia de que o poder exercido pelo Estado se encontra limitado por uma legislação central superior de maleabilidade reduzida responsável por lhe impor limites e assegurar a liberdades aos cidadãos<sup>48</sup>.

Como teoria do Direito, o constitucionalismo garantista expressa-se a partir da distinção entre vigência e validade, referindo-se ao problema do direito constitucionalmente ilegítimo, por meio de lacunas e de antinomias<sup>49</sup>. Por fim, como filosofia ou teoria política, ancora-se no Estado Constitucional de Direito e articula-se a partir dos direitos fundamentais<sup>50-51-52</sup>.

<sup>46</sup> Nas palavras do próprio Ferrajoli: “[...] sistema de limites e de vínculos impostos pelas Constituições rígidas a todos os poderes e que devem ser garantidos pelo controle jurisdicional de constitucionalidade sobre o seu exercício [...]” (FERRAJOLI, L. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução: André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, L.; STRECK, L. L.; KARAN, A. T. (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Primeira parte. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 8-39, p. 24).

<sup>47</sup> TRINDADE, A. K. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasiliis*. In: FERRAJOLI, L.; STRECK, L. L.; KARAN, A. T. (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Primeira parte. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 95-131.

<sup>48</sup> STOEBERL, J.; NOVELLI, R. F. O garantismo e o acesso à informação. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 27, n. 1, p. 148-160. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/4562/3131>. Acesso em: 14 jul. 2020.

<sup>49</sup> “[...] é uma teoria que tematiza a divergência entre o *dever ser* (constitucional) e o *ser* (legislativo) do direito” (FERRAJOLI, L. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução: André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, L.; STRECK, L. L.; KARAN, A. T. (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Primeira parte. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 24).

<sup>50</sup> TRINDADE, A. K. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasiliis*. In: FERRAJOLI, L.; STRECK, L. L.; KARAN, A. T. (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Primeira parte. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

<sup>51</sup> “[...] consiste em uma teoria da democracia, elaborada não apenas como uma genérica e abstrata teoria do bom governo democrático, mas sim como uma teoria da democracia *substancial*, além de *formal* [...]” (FERRAJOLI, L. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução: André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, L.; STRECK, L. L.; KARAN, A. T. (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Primeira parte. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 25).

<sup>52</sup> Sobre esse terceiro sentido do garantismo: “Diferentemente dos significados antes abordados, o terceiro e último significado não traz uma visão interna da teoria, mas, sim, obrigatoriamente externa. Continua a teoria em seu tom crítico, contudo sob outro aspecto de visualização. Essa crítica externa, ou seja, não analisada sob o ponto de vista normativo, ou do conflito entre normas, apresenta-se como uma crítica filosófica laica pautada na finalidade da teoria garantista” (STOEBERL, J.; NOVELLI, R.

Dessa última expressão, extrai-se o marco histórico em que surge o constitucionalismo garantista. Trata-se, portanto, de uma resultante das transformações ocorridas no constitucionalismo no segundo pós-Guerra marcadas pelo surgimento das constituições rígidas instituidoras de vínculos e de limites (materiais e formais) aos poderes públicos<sup>53</sup>. Nesse contexto, o Poder Judiciário ganha especial destaque, sendo-lhe conferido o papel de garantir os direitos fundamentais e defender o regime democrático. Somando-se a isso o processo de judicialização da política, tem-se um Judiciário funcionando de forma bem mais expressiva.

Por esses fatores, ganha espaço, nas discussões jusfilosóficas, o debate sobre os limites de atuação do juiz e, conseqüentemente, sobre o ativismo judicial. Não há um consenso absoluto sobre o que seria, de fato, uma decisão ativista, mas, em todas as definições possíveis, tem-se uma relação com a atividade interpretativa do juiz para além do texto legal. Sabe-se que o sistema normativo não forma um todo completo e coerente. Essas são características conferidas pelo juiz ao atribuir sentido às normas. No entanto, ao fazê-lo, quanto mais se afasta do sentido literal do texto normativo e vale-se de argumentos extrajurídicos, com mais segurança, pode-se afirmar que o ativismo judicial está presente na decisão<sup>54</sup>.

Nesse sentido, Tassinari<sup>55</sup> relaciona o ativismo judicial a uma postura do magistrado que vai além dos limites constitucionais e o relaciona com três elementos: exercício de controle de constitucionalidade, existência de omissões legislativas e caráter de vagueza e obscuridade do Direito. Assim, ao atribuir sentido ao texto normativo, não está o aplicador do Direito autorizado a buscar

---

F. O garantismo e o acesso à informação. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 27, n. 1, p. 151. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/4562/3131>. Acesso em: 14 jul. 2020).

<sup>53</sup> TRINDADE, A. K. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, L.; STRECK, L. L.; KARAN, A. T. (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Primeira parte. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

<sup>54</sup> JORGE NETO, N. de M. Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica? *Quaestio iuris*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 509-532, 2014.

<sup>55</sup> TASSINARI, C. *Jurisdição e ativismo judicial*: limites de atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

elementos externos ao próprio ordenamento jurídico, valendo-se, por exemplo, de elementos morais ou políticos<sup>56</sup>.

Destarte, pelo exposto anteriormente acerca da ligação existente entre o garantismo e o juspositivismo<sup>57</sup>, pode-se concluir pela incompatibilidade entre o primeiro e o ativismo nos termos apresentados acima. Por ter, como fundamento e finalidade, a tutela das liberdades do cidadão diante do exercício do poder arbitrário pelo Estado, o garantismo se opõe tanto ao autoritarismo quanto ao ativismo, ambos incompatíveis com a democracia constitucional<sup>58</sup>.

### 3.1 AFINAL, ESTÁ-SE DIANTE DE UM CASO DE ATIVISMO OU DE GARANTISMO?

Essas incongruências entre ativismo e garantismo e, principalmente, entre ativismo e democracia constitucional justificam uma análise com especial atenção das decisões judiciais expostas na seção anterior. Como indica Jorge Neto<sup>59</sup>, por meio do exame da atividade argumentativa, torna-se possível escrutinar a legitimação da atividade jurisdicional, identificando possíveis e preocupantes desbordamentos. A esse propósito, serão dedicadas as linhas que seguem.

---

<sup>56</sup> Nesse mesmo sentido: “[...] o ativismo judicial consiste na recusa dos tribunais de se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição” (TRINDADE, A. K. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, L.; STRECK, L. L.; KARAN, A. T. (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Primeira parte. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 111).

<sup>57</sup> “Em suma, o constitucionalismo garantista configura-se como um novo paradigma juspositivista do direito e da democracia que completa – enquanto positivamente normativo nos confrontos da própria normatividade positiva e enquanto sistema de limites e de vínculos substanciais, relativos ao ‘*quê*’, em acréscimo àqueles somente formais, relativos ao ‘*quem*’ e ao ‘*como*’ das decisões – o velho modelo paleo-jus-positivista.” (FERRAJOLI, L. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. Tradução: André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, L.; STRECK, L. L.; KARAN, A. T. (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Primeira parte. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 26).

<sup>58</sup> TRINDADE, A. K. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, L.; STRECK, L. L.; KARAN, A. T. (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Primeira parte. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

<sup>59</sup> JORGE NETO, N. de M. *Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica? Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 509-532, 2014.

Um primeiro ponto em torno do qual se percebe girar a controvérsia jurisprudencial apresentada diz respeito ao sentido que deve ser atribuído à palavra reiteração (presente no inciso II do art. 122 do ECA). O legislador, ao buscar distanciar entre si o tratamento conferido a adultos e a adolescentes, fez a opção por utilizar terminologias diferentes na disciplina punitiva dedicada a esses diferentes públicos. Assim, o legislador não utilizou reincidência, mas reiteração, e, diferentemente do que ocorre no Código Penal, não houve uma preocupação com a delimitação semântica do termo, ficando esse mister a cargo dos intérpretes.

Ao desempenhar esse papel interpretativo, a discussão repousa no número de vezes necessário para que se considere a ocorrência de reiteração, em outras palavras, se o segundo ato infracional ou somente o terceiro atenderia à exigência da norma. No entanto, não se pode perder de vista que, no Estado democrático constitucional, toda interpretação de norma infraconstitucional precisa estar compatibilizada com os mandamentos constitucionais. Dentro dessa lógica, dos vários sentidos possíveis para um mesmo texto, deve ser escolhido aquele que guarda maior harmonia com os princípios constitucionais<sup>60</sup>. Assim, para o garantismo de Ferrajoli, ao contrário do que pode se pensar num primeiro momento, diante da vagueza com que os princípios são enunciados no texto constitucional, eles possuem, na realidade, um papel limitativo, incrementando a certeza no acerto do intérprete diante da escolha dentre os vários sentidos possíveis para o texto legal<sup>61</sup>.

O que se observa é que à discussão restrita à quantidade de vezes pretéritas exigíveis para que se considere a reiteração, seja quando se requer

---

<sup>60</sup> Nas palavras de Ferrajoli: “[...] os juízes devem interpretar a as leis à luz da Constituição, ampliando ou restringindo o seu alcance normativo de acordo com os princípios constitucionais: derivando normas e direito implícitos do sistema de direito estabelecidos, excluindo as interpretações que não se mostrarem plenamente compatíveis com a Constituição e, obviamente, aplicando diretamente as normas constitucionais em todos os casos nos quais não se exigem leis de regulamentação” (FERRAJOLI, L. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução: André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, L.; STRECK, L. L.; KARAN, A. T. (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Primeira parte. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 34).

<sup>61</sup> TRINDADE, A. K. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, L.; STRECK, L. L.; KARAN, A. T. (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Primeira parte. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

uma ou duas práticas anteriores, não dedica a atenção devida aos princípios constitucionais. Isso porque se incorre no risco de conferir ao adolescente tratamento mais severo do que aquele que se destina aos adultos, uma vez que o Código Penal exige, para configuração da reincidência, requisitos mais rigorosos, como o trânsito em julgado de sentença condenatória pretérita.

Tal interpretação conferida ao ECA, nesses termos, não se coaduna, no mínimo, com os princípios constitucionais do respeito à presunção do estado de inocência, vez que o adolescente poderá ser punido com a privação de liberdade por se considerar uma decisão anterior que ainda não transitou em julgado; e da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 227, § 3º, V, da CF), que, como já explanado, justifica um tratamento diferenciado entre adolescentes e adultos, considerando sempre que a imposição de medidas socioeducativas precisa estar focada em evitar a reincidência e impedir a vulnerabilidade dos adolescentes à marginalização. Acerca desse último aspecto, não se reputa viável conciliar esse princípio e seu desdobramento apresentado com o aprisionamento de adolescentes por se aplicar interpretação mais gravosa ao ECA do que a conferida pelo Código Penal<sup>62</sup>.

Como já mencionado, por previsão constitucional, as medidas privativas de liberdade possuem caráter excepcional. Nesse sentido, o legislador infraconstitucional determina que, para a imposição da internação, além da ocorrência de uma das hipóteses presentes nos incisos do art. 122 do ECA, é necessário que não haja outra medida adequada. Dessa forma, cria-se um ônus para o aplicador da norma, tornando-se essencial que se demonstre, na decisão, o motivo pelo qual as outras medidas socioeducativas não se mostram aplicáveis ao caso concreto.

Contudo, o legislador não indica quais devem ser os critérios utilizados pelo magistrado para fazer a referida análise. Assim, nas decisões em estudo,

---

<sup>62</sup> Nesse mesmo sentido, invocando, por sua vez, invocando a absoluta prioridade e o melhor interesse da criança e do adolescente: “Ressalte-se ainda que, como reflexo imediato da doutrina da proteção integral assumida pelo Estado brasileiro na CF, os critérios da absoluta prioridade e do melhor interesse da criança e do adolescente impedem que estes venham a receber um tratamento mais rigoroso do que aquele previsto para o adulto” (BESSA, A. C. C.; SANTIAGO, N. E. A. A garantia do conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade de locomoção dos adolescentes: análise de uma decisão judicial. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 22, n. 1, p. 29-49, jan./abr. 2017. Trimestral. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10631>. Acesso em: 3 maio 2020, p. 38).

percebe-se que os ministros se desincumbiram desse ônus utilizando também expressões de conteúdo vagos, como reduzido senso de responsabilidade pelo rumo da própria vida, exposição a situações de alta vulnerabilidade decorrentes dos processos de violência urbana, envolvimento social negativo, impossibilidade de controle e de acompanhamento do jovem por seu núcleo familiar. Defendem ainda, expressamente, nos acórdãos, que as decisões sejam tomadas com base em necessidades pedagógicas, adequação, proporcionalidade e necessidade em relação ao caso concreto.

Não fica claro, pela leitura do acórdão, no que de fato consiste o significado atribuído a tais expressões. Também não se consegue vislumbrar, com algum nível de certeza, quais foram as etapas ou operações racionais que permitiram concluir que a medida de internação era proporcional e necessária no caso concreto, gerando sua adequação. Nessa altura, não se podem olvidar das lições de Ferrajoli<sup>63</sup>, segundo as quais a crise da linguagem legal (marcada por imprecisão, ambiguidade e obscuridade) corresponde a um dos fatores mais graves da discricionariedade judicial. Em sua visão, essa é uma questão política que acaba recaindo sobre o mundo jurídico. Ou seja, a indeterminação da linguagem das leis produzidas pelo Legislativo cria disfunções no exercício das atividades pelo Judiciário, tornando-se um vício também jurídico na medida em que provoca a violação da separação dos Poderes e impossibilita a submissão do juiz à lei, comprometendo o próprio Estado de Direito. Assim, indica que se deve buscar o desenvolvimento mais rigoroso e preciso possível para a linguagem legal e constitucional<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> FERRAJOLI, L. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução: André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, L.; STRECK, L. L.; KARAN, A. T. (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Primeira parte. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

<sup>64</sup> Sobre a preocupação da teoria de Ferrajoli com a linguagem: “Se é uma teoria contemporânea do direito e da democracia radicada no paradigma constitucional atual, e se assume que o direito é uma linguagem, essa teoria não poderia reduzir-se a aspectos formais dessa linguagem, ou por outra, ser uma sintática da formulação dessa linguagem. Deve ser também uma semântica, pois o direito contemporâneo é mais substancialista que formalista, é mais principiológico que legalista; essa teoria da linguagem do direito e dos direitos, então, precisa lidar, explicitar e teorizar os significados, conteúdos e substância dos signos do vocabulário jurídico deste tempo” (CADERMATORI, S. U. de; STRAPAZZON, C. L. *Principia iuris: uma teoria do direito e da democracia*. *Pensar*, Fortaleza, 15 (1), p. 278-302, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2128>. Acesso em: 14 jul. 2020, p. 285).



Ademais, na busca por fundamentar a inadequação das outras medidas socioeducativas, os ministros recorrem também a condições de vida do adolescente, relacionadas ao meio social em que vive, ao grau de escolaridade, à sua estrutura familiar, à ausência de profissionalização. Tais fundamentos dialogam com uma concepção própria da etapa tutelar, marcada pelo correccionalismo, posto que tratam o cometimento do ato infracional como fruto de uma patologia, consequência de um desajuste moral ou social, indicando a medida socioeducativa como um tratamento para tal.

Nesse sentido, Sposato<sup>65</sup> explica que, apesar de a CF/1988 ter feito uma opção expressa pela doutrina da proteção integral, ainda há resquícios na legislação nacional do modelo tutelar próprio da doutrina da situação irregular, como a indeterminação das medidas aplicadas, a qual se deve à crença num caráter medicinal ou terapêutico da intervenção judicial. As medidas impostas não se prestam à punição ou a uma vingança pública, mas constituem-se como manobra que busca corrigir os vícios comportamentais de um sujeito tomado como enfermo. Assim, há uma indeterminação com relação à duração das medidas aplicadas, tendo definição, em algumas delas, de apenas um prazo máximo (como no caso das medidas privativas de liberdade). Além disso, os marcos legais extremamente genéricos permitem que condutas completamente diferentes, no que diz respeito à gravidade, recebam tratamento semelhante do Poder Judiciário.

Contudo, como já foi tratado com mais detalhes anteriormente, a doutrina da proteção integral e a doutrina da situação irregular são inconciliáveis, dentre outros motivos, porque partem de pressupostos diferentes. Enquanto a primeira reconhece o adolescente como sujeito de direitos em condição peculiar de desenvolvimento, a segunda toma o jovem como objeto da intervenção estatal<sup>66</sup>. Nesse sentido, então, não são garantistas, mas fruto de ativismo judicial, por desacordo com o paradigma eleito pela CF/1988, decisões que se valem de argumentos minoristas para internar adolescentes.

---

<sup>65</sup> SPOSATO, K. B. *Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista*. São Paulo, Saraiva, 2013.

<sup>66</sup> *Ibid.*

Há ainda outros problemas na utilização desse tipo de fundamentação. Primeiramente, ela contribui para o reforço de estereótipos e de desigualdades sociais, porquanto aprisionam exatamente aqueles que já carregam o estigma de partes responsáveis pelo alto índice de violência do País, ou seja, os jovens, habitantes de zonas periféricas, com baixo nível de escolaridade, sem uma ocupação formal e com vulnerabilidades familiares<sup>67-68</sup>.

Em segundo lugar, fundamentações dessa natureza, que focam na medida de internação como a única via para “a recuperação de um adolescente moral e socialmente enfermo”, flertam claramente com a ideia de higiene social própria do menorismo<sup>69</sup>. Contudo, o que não pode ficar encoberto é que, ao mesmo tempo em que anunciam a medida como “medida mais adequada ao caso concreto”, “destinada à proteção do adolescente”, conferem um cunho eufemístico à privação de liberdade de um sujeito<sup>70</sup>. Além dos aspectos negativos óbvios que essa prática traz para a vida dos indivíduos segregados, essa forma de decidir, ao mascarar natureza sancionatória da medida, pode contribuir para o seu uso pouco criterioso e crescente. Ademais, pode-se, com o foco na segregação social, impedir que se confira à privação de liberdade qualquer caráter pedagógico possível<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> FEITOSA, G. R. P.; SOUZA, A. P. de. Justiça juvenil, guerra às drogas e direitos humanos: a efetividade do princípio da excepcionalidade da medida socioeducativa de internação.: a efetividade do princípio da excepcionalidade da medida socioeducativa de internação. *Espaço Jurídico Journal of Law [ejjl]*, [s.l.], v. 19, n. 2, p. 449-474, 16 ago. 2018. Universidade do Oeste de Santa Catarina. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18593/ejll.v19i2.16250>.

<sup>68</sup> Com o mesmo viés: “A análise de decisões judiciais a partir de uma perspectiva sociológica e criminológica permite verificar a atuação do sistema de justiça na trama social, na reprodução de desigualdades, na reificação dos sujeitos envolvidos, na renovação de preconceitos e identificação com o senso comum” (SPOSATO, K. B. *Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista*. São Paulo, Saraiva, 2013. [s.p.]).

<sup>69</sup> BESSA, A. C. C.; SANTIAGO, N. E. A. A garantia do conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade de locomoção dos adolescentes: análise de uma decisão judicial. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 22, n. 1, p. 29-49, jan./abr. 2017. Trimestral. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10631>. Acesso em: 3 maio 2020.

<sup>70</sup> FEITOSA, G. R. P.; SOUZA, A. P. de. Justiça juvenil, guerra às drogas e direitos humanos: a efetividade do princípio da excepcionalidade da medida socioeducativa de internação.: a efetividade do princípio da excepcionalidade da medida socioeducativa de internação. *Espaço Jurídico Journal of Law [ejjl]*, [s.l.], v. 19, n. 2, p. 449-474, 16 ago. 2018. Universidade do Oeste de Santa Catarina. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18593/ejll.v19i2.16250>.

<sup>71</sup> SPOSATO, K. B. *Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista*. São Paulo, Saraiva, 2013.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da jurisprudência do STJ no que diz respeito especificamente à interpretação do art. 122, II, do ECA evidenciou dois pontos relevantes. O primeiro diz respeito à discussão do sentido atribuído à expressão *reiteração*, exigência de atendimento necessário para a imputação da medida socioeducativa de internação. O segundo aspecto relaciona-se com os argumentos usados pelos julgadores para justificar a adoção dessa medida em detrimento das demais, uma vez que a legislação a revestiu do caráter da excepcionalidade.

O papel desempenhado pelo STJ nas decisões analisadas aproxima-se muito mais de uma atuação ativista do que de uma postura garantista. Afirma-se isso porque, ao interpretar o mencionado dispositivo legal do Estatuto, o Tribunal atribui sentidos que não refletem os ditames constitucionais. Isso ocorre, por exemplo, quando o debate sobre o sentido da reiteração restringe-se à quantidade de atos infracionais prévios necessários, podendo gerar ao adolescente tratamento mais gravoso daquele reservado aos adultos, inclusive, ao arrepio do princípio da presunção de inocência.

Ademais, quando o STJ recorre a justificativas atinentes às condições de vida do adolescente (meio social, grau de escolaridade, ausência de profissionalização, exposição a situações de alta vulnerabilidade decorrentes dos processos de violência urbana) para justificar a imputação de medida privativa de liberdade, não se pode ignorar a adoção de um discurso muito mais impregnado pela ideologia do menor em situação irregular, que já deveria estar superada pela doutrina da proteção integral adotada pela CF/1988. Nesse sentido, inclusive, não se pode deixar de observar que os direitos sociais garantidores de uma vida digna que seriam capazes de mudar esse cenário adotado apontado como justificativa para o aprisionamento do jovem, ainda não atingem, de forma ampla, as parcelas mais pobres da população brasileira. Destarte, usa-se a negativa do gozo de direitos para justificar a retirada de mais um de indiscutível valor para qualquer ser humano: o direito à liberdade.

A atuação ativista do Poder Judiciário tem espaço principalmente pela denominada crise da linguagem legal. Assim, se, de fato, deseja-se diminuir os espaços de discricionariedade judicial, garantindo-se que a doutrina da proteção integral e seus corolários sejam observadas na interpretação

da legislação infraconstitucional, é necessário imprimir maior precisão às expressões utilizadas no texto normativo. Por outro lado, também é dever dos julgadores o uso de uma fundamentação que, ao contrário de reforçar o obscurantismo legal com o uso de expressões tão vagas quanto, exponham as razões de decidir transparentes e alinhavadas com os ditames constitucionais, respeitando, uma última análise, o próprio Estado de Direito.

## REFERÊNCIAS

AMIN, A. R. Evolução histórica do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, K. (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 3-10, 2010a.

AMIN, A. R. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, K. (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 11-17, 2010b.

BESSA, A. C. C.; SANTIAGO, N. E. A. A garantia do conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade de locomoção dos adolescentes: análise de uma decisão judicial. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 22, n. 1, p. 29-49, jan./abr. 2017. Trimestral. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10631>. Acesso em: 3 maio 2020.

BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2019.

BRASIL. *Relatório avaliativo ECA 25 anos*. Brasília: Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente/Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, 2016. Disponível em: [http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/eca/relatorio\\_avaliativo\\_eca\\_25anos.pdf](http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/eca/relatorio_avaliativo_eca_25anos.pdf). Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. *Lei nº 6.697*, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6697.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm). Acesso em: 3 abr. 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.069* – Estatuto da criança e do adolescente, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 4 abr. 2020.

BRASIL. *Lei nº 12.594*, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm). Acesso em: 4 abr. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 22 de setembro de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 4 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em *Habeas Corpus* nº 527658. Agravante: R. B. S. Agravado: Ministério Público Federal e outro. Relator: Ministro Jorge Mussi. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 16 mar. 2020. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201902434438&dt\\_publicacao=16/03/2020](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201902434438&dt_publicacao=16/03/2020). Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em *Habeas Corpus* nº 550677. Agravante: P. M. A. Agravado: Ministério Público Federal e outro. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 9 mar. 2020. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201903670379&dt\\_publicacao=09/03/2020](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201903670379&dt_publicacao=09/03/2020). Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 342943. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: F. de L. S. Relator: Reynaldo Soares da Fonseca. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 16 mar. 2016. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201503020611&dt\\_publicacao=16/03/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201503020611&dt_publicacao=16/03/2016). Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em *Habeas Corpus* nº 527297. Agravante: G. B. B. Agravado: Ministério Público Federal e outro. Relator: Ministro Jorge Mussi. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 28 out. 2019. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201902417806&dt\\_publicacao=28/10/2019](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201902417806&dt_publicacao=28/10/2019). Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 280478. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: M. E. A. S. Relator: Marco Aurélio Bellizze. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 26 fev. 2014. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201303564680&dt\\_publicacao=26/02/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303564680&dt_publicacao=26/02/2014). Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84218. Paciente: Samuel Lucas de Almeida. Impetrante: PGE-SP. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 18 abr. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521679>. Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em teses*: Edição n. 54: Medidas socioeducativas. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2054:%20MEDIDAS%20SOCIOEDUCATIVAS>. Acesso em: 19 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 61034. Impetrante: Telma Berardo - Procuradoria da Assistência Judiciária. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: D. A. F. Relator: Felix Fischer. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 19

mar. 2007. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200601293492&dt\\_publicacao=19/03/2007](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200601293492&dt_publicacao=19/03/2007). Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 337874. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: G. P. R. A. Relator: Ericson Maranhão. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 18 fev. 2016. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201502506648&dt\\_publicacao=18/02/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502506648&dt_publicacao=18/02/2016). Acesso em: 18 abr. 2020.

CADERMATORI, S. U. de; STRAPAZZON, C. L. *Principia iuris: uma teoria do direito e da democracia*. *Pensar*, Fortaleza, 15 (1), p. 278-302, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2128>. Acesso em: 14 jul. 2020.

DIGIÁCOMO, M. J.; DIGIÁCOMO, I. A. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado*. 7. ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2017.

DUPRET, C. *Curso de direito da criança e do adolescente*. 3. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2015.

FEITOSA, G. R. P.; SOUZA, A. P. de. Justiça juvenil, guerra às drogas e direitos humanos: a efetividade do princípio da excepcionalidade da medida socioeducativa de internação. *Espaço Jurídico Journal of Law [ejjl]*, [s.l.], v. 19, n. 2, p. 449-474, 16 ago. 2018. Universidade do Oeste de Santa Catarina. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18593/ejvl.v19i2.16250>.

FERRAJOLI, L. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução: André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, L.; STRECK, L. L.; KARAN, A. T. (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Primeira parte. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 8-39, 2012.

IPPOLITO, D. O garantismo de Luigi Ferrajoli. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, 3 (1), p. 34-41, jan./jun. 2011.

JORGE NETO, N. de M. Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica? *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 509-532, 2014.

MOCELIN, M. R. *Adolescência em conflito com a lei ou a lei em conflito com a adolescência: a socioeducação em questão*. Curitiba: Appris, 2016.

MORAES, B. M. de; RAMOS, H. V. In: MACIEL, K. (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 795-889, 2010.

REIS, S. da S.; CUSTÓDIO, A. V. Fundamentos históricos e principiológicos do direito da criança e do adolescente: bases conceituais da teoria da proteção integral. *Revista Justiça*

do *Direito*, Passo Fundo v. 31, n. 3, p. 621-659, 23 jan. 2018. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/7840/4646>. Acesso em: 14 jul. 2020.

SPOSATO, K. B. *Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista*. São Paulo: Saraiva, 2013.

STOEBERL, J.; NOVELLI, R. F. O garantismo e o acesso à informação. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 27, n. 1, p. 148-160. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/4562/3131>. Acesso em: 14 jul. 2020.

TASSINARI, C. *Jurisdição e ativismo judicial: limites de atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEIXEIRA, M. de L. T. Medida socioeducativa. In: LAZZAROTTO, G. D. R. *et al.* (coord.). *Medidas socioeducativas: entre A & Z*. Porto Alegre: UFRGS, Evangraf, p. 167-170, 2014.

TERRE DES HOMMES LAUSANNE NO BRASIL - TDH BRASIL. *Responsabilizando com responsabilidade: manifesto pela manutenção da maioria penal e fortalecimento da responsabilização socioeducativa*. Fortaleza: Terre des hommes Lausanne no Brasil - Tdh Brasil Programa Regional de Justiça Juvenil Restaurativa, 2015.

TRINDADE, A. K. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, L.; STRECK, L. L.; KARAN, A. T. (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Primeira parte. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 95-131, 2012.

Submissão em: 03.12.2023

Avaliado em: 27.12.2023 (Avaliador A)

Avaliado em: 05.01.2024 (Avaliador B)

Aceito em: 05.01.2024