

Especialização em Políticas Públicas e Socioeducação

Eixo 2 - Módulo 4 - Fundamentos legais e teóricos da justiça juvenil

Parte I

Karyna Batista Sposato

AULA 1

Ementa

O Direito Penal Juvenil. Conceito de Ato Infracional. Medidas de Proteção. Medidas socioeducativas. Conceito legal de criança. Conceito legal de adolescente. O modelo de responsabilidade como reflexo do Estado constitucional de Direito.

Esta aula aborda a natureza do Direito que regulamenta e impõe sanções aos adolescentes e discute o conceito de inimputabilidade. Logo, busca-se enfrentar o tema do conceito de inimputabilidade e de ato infracional, esclarecendo a legitimidade da imposição de medida socioeducativa bem como a natureza jurídica do Direito penal juvenil, primordial para a elucidação dessa primeira aula. Por meio de exposição trabalhar-se-á, inicialmente, a fundamentação legal nacional e internacional, da matéria em curso. Aponta-se ainda para a distinção entre medidas de proteção e medidas socioeducativa.

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o direito penal de adolescentes

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90, como visto, opera o alinhamento necessário entre os compromissos assumidos pelo Brasil na esfera internacional de proteção dos direitos humanos de crianças e adolescentes, sobretudo pela ratificação da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, e o novo modelo constitucional adotado em 1988, que teve repercussões significativas na normatização dos direitos da infância e juventude de maneira geral e com especial relevância no tocante à responsabilidade dos adolescentes.

Por essa razão, diz-se Garantista a etapa inaugurada com a adoção do Estatuto da Criança e do Adolescente que, nas palavras de Emilio Garcia Mendez¹, tem uma dupla caracterização: respeito rigoroso pelo império da lei, próprio das democracias

¹ GARCIA MENDEZ, Emilio. Breve histórico dos direitos da criança e do adolescente. In: FIGUEIROA, Ana Cláudia, (Coord.). Da situação irregular às garantias processuais da criança e do adolescente. São Paulo: CBIA/Cedeca-ABC, 1994.

constitucionais baseadas na perspectiva de direitos humanos hoje normativamente estabelecidos, e a existência de mecanismos e instituições idôneas e eficazes para a realização efetiva dos direitos consagrados.

Para o autor italiano Luigi Ferrajoli², o Estado Constitucional de Direito é um novo modelo de direito e de democracia, e, por isso, o garantismo, define o autor, é a outra cara do constitucionalismo, na medida em que lhe correspondem a elaboração e a implementação das técnicas de garantia idôneas para assegurar o máximo grau de efetividade dos direitos constitucionalmente reconhecidos. Além disso, sua concepção do paradigma democrático conduz à garantia de todos os direitos, não somente os direitos de liberdade, mas também os direitos sociais. Garantia que se estabelece também diante de todos os poderes, não só dos poderes públicos, mas também dos poderes privados, e em terceiro lugar, garantia em todos os níveis, doméstico e internacional.

Nesse sentido, a primeira regra importante é a derivada do art. 2º da Lei infraconstitucional que define a criança e o adolescente, para seus efeitos, a partir do estabelecimento de faixas de idade. Assim: “Considera-se criança para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”. Admitindo o parágrafo único a aplicação excepcional do Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade nos casos expressos em lei.

Em seguida, merece menção o art. 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que reproduz a norma constitucional da inimputabilidade e as disposições do art. 26 do Código Penal: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei”. E o parágrafo único assinala ainda que, para os efeitos da lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato. Observa-se, portanto, que da combinação das disposições retrocitadas decorre a delimitação da responsabilidade penal juvenil fixada aos 12 (doze) anos – idade de início – e compreendida na faixa etária de 12 (doze) a 18 (dezoito) anos, destacando se ainda que será a idade do agente no momento do cometimento do ato aquela considerada para fins de responsabilidade penal.

Assoma a definição de ato infracional como toda conduta descrita como crime ou contravenção penal, nos termos do art. 102 do ECA, como a garantia da legalidade em matéria de imputação de responsabilidade dos adolescentes. Ora, somente as condutas equiparáveis a crimes ou contravenções poderão ser objeto de sanção jurídico-penal, não mais se admitindo no novo modelo de responsabilidade que situações ambíguas, de risco ou vulnerabilidade, fundamentem a imposição de uma medida coercitiva, como são as medidas socioeducativas.

1.1. O conceito de ato infracional

Em face do princípio da legalidade, a definição de ato infracional, ao remeter-se à conduta descrita como crime, está diretamente relacionada à atribuição da pena pelo direito penal comum. Resulta claro e evidente que a existência do ato infracional restringe-se às hipóteses legais aptas a sancionar o adulto.

² FERRAJOLI, L. . Derecho y razón: teoría Del garantismo penal. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000.

Adotou-se, portanto, técnica de tipificação delegada, pois tudo o que é considerado crime para o adulto também é em igual medida considerado para o adolescente. Ao adolescente, contudo, imputa-se a mesma responsabilidade em face do crime ou da contravenção penal, em que pesem as diferenças substantivas entre essas duas espécies de delito.

A conduta praticada pelo adolescente somente se afigurará como ato infracional se, e somente se, contiver os mesmos aspectos definitórios da infração penal. Por conseguinte, o critério de identificação dos fatos de relevância infracional é a própria pena criminal, o que implica que a definição de ato infracional está inteiramente condicionada ao Princípio da Legalidade.

Resulta que o ato infracional somente existe se houver figura típica que o preveja. O ambíguo desvio de conduta, que no Código de Menores sustentava-se sob a égide do art. 2º, não é mais suficiente para legitimar o exercício do poder punitivo sobre adolescentes. Conforme sublinha Saraiva³, exclui-se, no modelo de responsabilidade atual, a ideia do ambíguo “desvio de conduta”; vazio de conteúdo típico, a imposição de uma medida socioeducativa somente é admitida, portanto, se a conduta atribuída ao adolescente corresponder a uma das condutas típicas extraídas do ordenamento penal positivo.

Ao lado do princípio da legalidade, observa-se a incidência da tipicidade como limite da intervenção penal sobre adolescentes. O ato infracional só existe na estrita demonstração da prática de uma figura típica, de fato penalmente típico, ou seja, da exata correspondência entre o agir do adolescente e a descrição contida na lei penal incriminadora.

Portanto, a conduta do adolescente configura ato infracional quando possui tipicidade. Sendo a tipicidade corolário do princípio da legalidade, César Roberto Bittencourt⁴, em seu Tratado de Direito Penal, reforça ainda que o tipo exerce função limitadora e individualizadora de condutas humanas penalmente relevantes. É a relevância penal decorrente da previsão típica do ato infracional que autoriza a imposição de uma medida socioeducativa como resposta quando haveria a pena criminal para o adulto.

Consequentemente, o adolescente, segundo as regras do Estatuto e da Constituição, jamais poderá ser destinatário de uma medida socioeducativa quando seu agir se fizer insuscetível de reprovação estatal. Aliás, é pacífico o entendimento na doutrina estrangeira de que o adolescente não pode ser punido em situação na qual o adulto não seria, acrescentando-se ainda que, mesmo quando autorizada a reprovação, não pode o adolescente ser punido mais severamente do que o adulto em idêntica situação delitiva. Aflora, portanto, que todas as causas de exculpação, bem como todas as causas de extinção da punibilidade, devem ser observadas quando da prática da infração por um adolescente, tema este que será melhor e mais profundamente analisado no decorrer deste trabalho.

No tocante à antijuridicidade da conduta praticada como elemento que permite vincular a ação do sujeito ao desrespeito da ordem jurídica, é imperioso considerar que para o ato

³ SARAIVA, João Batista Costa. Compêndio de direito penal juvenil: adolescentes e ato infracional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1.

infracional será também a antijuridicidade a marca distintiva de demonstração da relevância penal ou infracional, pois ainda que nem toda conduta antijurídica seja delito, todo delito contém antijuridicidade, na medida em que representa uma quebra à ordem jurídica e ao direito positivo.

O ato infracional, portanto, corresponde a um fato típico e antijurídico, previamente descrito como crime ou contravenção penal. Impõe a prática de uma ação ou omissão e a presença da ilicitude para sua caracterização.

Se todo crime, quando praticado por um adolescente, é ato infracional e o mesmo vale para toda contravenção penal, tem-se, em termos conceituais, que ato infracional é toda conduta típica (crime ou contravenção penal), antijurídica e culpável (punível/reprovável).

Considerando ainda que o modelo presente no Estatuto da Criança e do Adolescente é o da responsabilidade, é evidente que os adolescentes devem responder por seus atos na medida de sua culpabilidade, uma vez que possuem capacidade valorativa e liberdade de vontade para aderir ao ilícito ou não, inclusive com a possibilidade de diferentes graus de participação.

Por último, assim como o crime, o ato infracional só tem existência diante de um nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso, ou seja, mediante a existência de uma conduta dolosa ou ao menos culposa.

Conclui-se preliminarmente que o conceito de ato infracional parte, portanto, da mesma seleção de condutas tipificadas na definição de crime e contravenção penal, na medida em que tais figuras representam contrariedade à ordem jurídica em sentido amplo, afetando bens jurídicos determinados em sentido estrito. Ademais, adstrito ao princípio da legalidade, o conceito de ato infracional exige que a imposição de medida socioeducativa seja fundamentada na prática de conduta típica, antijurídica e culpável.

1.2. Distinção entre medidas de proteção e medidas socioeducativas

Outro elemento de enorme significado no modelo de responsabilidade penal juvenil, adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, repousa sobre a distinção imperiosa entre medidas de proteção e medidas socioeducativas.

Como já delineado, a partir da entrada em vigor do ECA, em 1990, a legislação brasileira fixou a responsabilidade penal juvenil aos 12 (doze) anos. A criança, conforme leciona Amaral e Silva⁵, estando abaixo dessa idade, fica isenta de responsabilidade, devendo ser encaminhada ao Conselho Tutelar e podendo ser submetida a medidas protetivas com intervenção administrativa no seio da família, submetendo-se pais e responsáveis a restrições e penas impostas pela Justiça, a depender do caso.

As medidas de proteção estão reguladas pelo art. 98 do ECA: As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei

⁵ AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. O estatuto da criança e adolescente e sistema de responsabilidade penal juvenil ou o mito da inimputabilidade penal. In: ILANUD/ABMP/SEDH/UNFPA(Orgs.). Justiça, adolescentes e ato infracional : socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006.

forem ameaçados ou violados: I. Por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II. Por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III. Em razão de sua conduta.

Na opinião de Edson Seda⁶, nesse dispositivo encontra-se o coração do Estatuto, pois tal artigo rompe com a doutrina da situação irregular, ao definir com precisão em que condições são exigíveis as medidas de proteção, identificando-se com clareza a responsabilidade da família, do poder público e da sociedade de modo geral. Ou seja, situações de risco pessoal ou social não recaem mais sobre crianças e adolescentes, mas incumbem aos familiares e às autoridades públicas na prestação de obrigações positivas que garantam seus direitos reconhecidos.

De outra parte, tomando em conta o inciso III na norma em destaque, observa-se que a opção foi a de conferir a crianças abaixo dos 12 (doze) anos de idade imputabilidade absoluta. Nesses casos, em face da lógica protetiva e garantista, não se admite, por exemplo, negar escolaridade ou atendimento médico a uma criança em função de sua “má conduta”. Em outras palavras, não cabem medidas coercitivas e repressivas abaixo dos 12 (doze) anos de idade.

O art. 105 do diploma legal é elucidativo ao estabelecer que “ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101”, restando, portanto, as medidas descritas no art. 112 como exclusivas para os adolescentes autores de infração penal.

Assoma-se que a separação entre crianças e adolescentes e a fixação da responsabilidade penal juvenil, iniciando-se aos 12 (doze) anos no ordenamento jurídico brasileiro, favorecem a necessária distinção entre proteção e socioeducação.

As medidas socioeducativas descritas no art. 112 distinguem-se das demais em face de seu caráter penal sancionatório. Sua condição de existência não está no adolescente e em suposta situação vivenciada por ele, mas na prática anterior de ato definido como crime ou contravenção penal; sendo este seu pressuposto de existência.

Conforme enfatiza Maria Carmen Gómez Rivero⁷, os pressupostos da intervenção penal, de um lado, e, de outro, as consequências que decorrem do delito representam os dois extremos que marcam o princípio e o fim de um figurado trajeto com o qual se pode simbolizar a presença do Direito penal. Com o primeiro se marca seu ponto de partida; com o segundo, a forma como se concretiza a intervenção penal. São as linhas que traçam o se e o como da resposta penal diante do delito cometido por adolescente.

Quanto aos pressupostos da intervenção, o legislador tem não só de definir o espectro do proibido, algo que em geral se dá pela reunião em bloco daquilo que se considera delitivo para os adultos, como exatamente ocorre na legislação brasileira, mas também definir a idade mínima abaixo da qual há a renúncia em intervir penalmente. De igual

⁶ SEDA, Edson. Das medidas de proteção. In: CURY, Munir (Coord.). Estatuto da criança e do adolescente comentado. Comentários Jurídicos e sociais. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁷ GOMES RIVERO, Ma. Carmen. La nueva responsabilidad penal del menor: las leyes orgánicas 5/2000 y 7/2000. Revista Penal. La Ley. 1997.

modo, há ainda que se definir a idade máxima até a qual se está disposto a conceder tratamento diverso do conferido aos adultos.

Todos esses elementos suscitados pela penalista espanhola se fazem presentes no modelo adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Em primeiro lugar e conforme já destacado anteriormente, ao atrelar o conceito de ato infracional ao crime ou à contravenção penal, o legislador brasileiro utilizou-se de técnica e tipificação delegada que permitem considerar que todas as condutas incriminadas aos adultos também o são para os adolescentes.

Em segundo lugar, no que tange à fixação das idades mínimas e máximas para a intervenção socioeducativa e ao respectivo acionamento do sistema de justiça especializado, a definição legal distintiva de crianças e adolescentes é o que demarca o início e o fim da responsabilidade penal juvenil no direito brasileiro.

Com relação à intensidade e à extensão das consequências previstas ante a prática da infração penal, deve-se observar que a chamada medida socioeducativa tem evidente natureza penal, representa o exercício do poder coercitivo do Estado, implicando necessariamente uma limitação ou restrição de direitos ou de liberdade. De uma perspectiva estrutural qualitativa, não difere das penas, pois cumpre igualmente o mesmo papel de controle social que elas, possuindo iguais finalidades e idêntico conteúdo.

É o que se confirma na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, ao referir expressamente as finalidades de repressão e prevenção ao crime; ou seja, as finalidades preventiva geral e especial se apresentam na medida socioeducativa, uma vez que levam em conta o delito cometido e fundamentam-se na responsabilidade ética do delinquente. Com todas as características de coerção penal, as medidas socioeducativas procuram evitar a prática de novos atos infracionais por adolescentes e, sobretudo, diminuir a vulnerabilidade do adolescente ao sistema de controle penal, por meio da oferta de um conjunto de serviços e políticas sociais.

Com base no exposto até o momento, é possível afirmar que o Direito penal juvenil é um Direito penal especial, parte integrante do Direito Penal, orientado fundamentalmente para a prevenção especial positiva em seu aspecto educativo. Contudo, as medidas impostas não deixam de desempenhar um papel, ainda que em sentido menor, de reafirmação do ordenamento jurídico e da prevenção geral.

No caso dos adolescentes, diferentemente dos adultos, o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento impõe que a prevenção especial das medidas se realize por intermédio de projetos educativos e pedagógicos, em atendimento às necessidades pessoais e ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários de cada jovem. Dessa forma, a medida socioeducativa é espécie de sanção penal, visto que representa a resposta do Estado diante do cometimento de um ato infracional, praticado por adolescente, e revela a mesma seleção de condutas antijurídicas que se exerce para a imposição de uma pena.

A prevenção especial, delimitada pelo princípio de condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, tem por objetivo evitar a reincidência e, com efeito, impedir a

vulnerabilidade dos adolescentes ao sistema de controle social e à marginalização. Poder-se-ia afirmar, também, que, para o alcance de tais objetivos, a medida socioeducativa lança mão de um conteúdo estratégico correspondente à educação. Tal afirmação permite concluir que o Direito penal juvenil do Estatuto da Criança e do Adolescente encontra-se em sintonia inequívoca com os preceitos que o Estado Social e Democrático de Direito impõe ao Direito Penal. Em primeiro lugar, pela atribuição à pena da função de prevenção de delitos. Em segundo, pela rejeição explícita às exigências ético-jurídicas de retribuição ao mal causado. E, por fim, pela limitação à incidência do Direito Penal estritamente aos casos de necessária proteção dos cidadãos.

Tais características do Direito penal juvenil traduzem as disposições e princípios que compõem as Regras de Beijing. O item 17.1 é definido como o rol de princípios norteadores do funcionamento do Sistema de Justiça Juvenil para os Estados no âmbito das Nações Unidas:

- a) A resposta à infração será sempre proporcional não só às circunstâncias e à gravidade da infração, mas também às circunstâncias e às necessidades do jovem, assim como às necessidades da sociedade;
- b) As restrições da liberdade pessoal do jovem serão impostas somente após estudo cuidadoso e se reduzirão ao mínimo possível;
- c) Não será imposta a privação de liberdade pessoal a não ser que o jovem tenha praticado ato grave, envolvendo violência contra outra pessoa ou por reincidência no cometimento de outras infrações sérias, e a menos que não haja outra medida apropriada;
- d) O interesse e bem-estar do jovem será o fator preponderante no exame dos casos.

Como se pode constatar, cada uma dessas disposições corresponde à conjugação dos princípios penais com os princípios próprios do Direito penal juvenil. A alínea “a” traduz os princípios da Proporcionalidade, Culpabilidade e Respeito à Condição Peculiar de Desenvolvimento; a “b” refere-se à Intervenção Mínima; a “c”, à excepcionalidade da internação; e a alínea “d”, ao princípio do melhor interesse do adolescente.

Sobre essas bases iniciais, está assentado o novo Direito penal juvenil no Estatuto da Criança e do Adolescente.

AULA 2

EMENTA

Garantias processuais penais. Devido processo legal. Defesa Técnica. Princípio da Legalidade. Princípio da Humanidade. Princípio da Culpabilidade. Princípio da Condição de Pessoa em Desenvolvimento. Princípio do Melhor Interesse do Adolescente. Regras de Beijing.

1. Paralelismos com o Direito Penal: Princípios Básicos

O grande diferencial entre o novo Direito Penal Juvenil e o antigo Direito do Menor está na recuperação das garantias jurídico-processuais que haviam sido deixadas de lado pela localização do Direito do menor como estranho, alheio e, portanto, fora do âmbito do Direito Penal.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, diferentemente, há um capítulo inteiro dedicado às garantias processuais, qual seja o Capítulo III do Título III que corresponde à prática de ato infracional. Tem início com o artigo 110 da Lei: “Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.”

Sabe-se que o devido processo legal impõe a observância de diversas garantias, que, transportadas ao Direito Penal Juvenil, podem ser sintetizadas pela letra do artigo 111 do Estatuto: “São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias”:

- I. Pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional;
- II. Igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa;
- III. Defesa Técnica por advogado;
- IV. Assistência judiciária gratuita e integral, aos necessitados, na forma da lei;
- V. Direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente;
- VI. Direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento.

Para o adolescente, portanto, valem os mesmos direitos e garantias processuais dos imputáveis, especialmente porque a garantia do devido processo legal tem o condão de resumir ou sintetizar todas as prerrogativas processuais decorrentes da ordem constitucional.

Dois artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente versam sobre o procedimento constitucional do devido processo legal. São eles:

“Oferecida a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente, decidindo desde logo sobre a decretação ou manutenção da internação, observado o disposto no artigo 108 e parágrafo. § 1º - O adolescente e seus pais ou responsável serão cientificados do teor da representação, e notificados a comparecer à audiência, acompanhados de advogado. § 2º - Se os pais ou responsável não forem localizados, a autoridade judiciária dará curador especial ao adolescente. § 3º - Não sendo localizado o adolescente, a autoridade judiciária expedirá mandado de busca e apreensão, determinando o sobrestamento do feito, até a efetiva apresentação. § 4º - Estando o adolescente internado, será requisitada sua apresentação sem prejuízo da notificação dos pais ou responsável” (artigo 184 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

“Comparecendo o adolescente, seus pais ou responsável, a autoridade judiciária procederá à oitiva dos mesmos, podendo solicitar opinião de profissional qualificado. § 1º - Se a autoridade judiciária entender adequada a remissão, ouvirá o representante do Ministério Público, proferindo decisão. § 2º - Sendo o fato grave, passível de aplicação de medida de internação ou colocação em regime de semiliberdade, a autoridade judiciária, verificando que o adolescente não possui advogado constituído, nomeará defensor, designando, desde logo, audiência em continuação, podendo determinar a realização de diligências e estudo do caso. § 3º - O advogado constituído ou o defensor nomeado, no prazo de três dias contado da audiência de apresentação, oferecerá defesa prévia e rol de testemunhas. § 4º - Na audiência em continuação, ouvidas as testemunhas arroladas na representação e na defesa prévia, cumpridas as diligências e juntado o relatório da equipe interprofissional, será dada a palavra ao representante do Ministério Público e ao defensor, sucessivamente, pelo tempo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais dez, a critério da autoridade judiciária, que em seguida proferirá decisão” (artigo 186 do Estatuto da Criança e do Adolescente)

No que diz respeito ao direito ao pleno conhecimento da atribuição de ato infracional, o primeiro desdobramento concreto se refere à garantia de *citação*, expressa no artigo 227, parágrafo 3º, inciso IV da Constituição e também prevista no artigo 184 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em que o legislador estatutário utilizou a expressão “notificação”, leia-se *citação*.

A igualdade da relação processual se consubstancia em iguais possibilidades entre as partes. Aqui, o dispositivo constitucional decorrente dos princípios do contraditório e da ampla defesa, artigo 5º, LV da Constituição, adquiriu também uma delimitação na norma infraconstitucional, no Estatuto da Criança e do Adolescente, sem deixar de contar com a interpretação complementar do previsto no item 7.1. das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing):

“Em todas as etapas do processo serão respeitadas as garantias processuais básicas, tais como a presunção de inocência, o direito de ser notificado das acusações, o direito de permanecer calado, o direito à assistência, o direito à presença dos pais ou responsáveis, o direito a confrontar-se com testemunhas e provas e o direito a recorrer a instâncias superiores.”

A defesa técnica por advogado representa outra garantia de especial importância para a igualdade da relação processual e diferenciação do novo Sistema. O artigo 207 do Estatuto da Criança e do Adolescente assim estabelece:

“Nenhum adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional, ainda que ausente ou foragido, será processado sem defensor.

§ 1º - Se o adolescente não tiver defensor, ser-lhe-á nomeado pelo juiz, ressalvado o direito de, a todo tempo, constituir outro de sua preferência.

§ 2º - A ausência do defensor não determinará o adiamento de nenhum ato do processo, devendo o juiz nomear substituto ainda que provisoriamente, ou para o só efeito do ato.

§ 3º - Será dispensada a outorga de mandato, quando se tratar de defensor nomeado ou, sendo constituído, tiver sido indicado por ocasião de ato formal com a presença da autoridade judiciária.

Apesar de uma aparente contradição com o artigo 186, § 2º que indica a nomeação de advogado ou defensor em se tratando de fato grave, passível de aplicação de medida de internação ou colocação em regime de semiliberdade, a regra é sempre a presença do defensor independentemente da natureza e da gravidade do ato. O artigo 186 revela apenas uma situação de maior vulnerabilidade do adolescente que não poderia passar nem a defesa técnica por advogado.

É importante frisar que as garantias elencadas no artigo 111 são apenas exemplificativas, não se constituindo em *numerus clausus*. Destaque-se os mandamentos constitucionais relativos ao princípio do juiz natural (artigo 5º, XXXVII e LII), a garantia de respeito à integridade física e moral dos que se encontram privados de liberdade (artigo 5º, XLIX), a garantia ao contraditório e ampla defesa (artigo 5º, LV), o princípio da presunção de inocência (artigo 5º, LVII), a obrigatoriedade de relaxamento de prisão ilegal (artigo 5º, LXV) entre outros, que se aplicam aos adolescentes em sede de conhecimento da autoria de ato infracional ou de execução de medida socioeducativa.

Nossa intenção, nesta etapa, é justamente demonstrar que, assim como o poder punitivo que se exerce para os adultos imputáveis possui limitações, o mesmo ocorre em se tratando do poder de punir adolescentes. Trocando em miúdos, assim como as garantias jurídico-processuais aplicáveis aos adultos têm aplicabilidade no Sistema Penal Juvenil, o mesmo ocorre com os princípios básicos do Direito Penal. Essa é uma realidade comprovável pela leitura aprofundada do que diz a Lei 8.69/90 e a própria Constituição de 1988. E no mesmo sentido estabelece o artigo 152 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente.”

Lamentavelmente, ainda não se atingiu um estágio de observância plena dos princípios penais na Justiça da Infância e Adolescência. A verificação dos procedimentos e do modo como a Justiça Especial opera será objeto do capítulo seguinte. Por ora cabe afirmar essa realidade.

Nilo Batista enumera cinco princípios penais: **Princípio da legalidade ou da reserva legal; Intervenção Mínima, Lesividade, Humanidade e Culpabilidade**. Segue-se sua aplicação no campo do Direito Penal Juvenil.

1.1. Princípio da Legalidade ou da Reserva Legal

É sabido que o Princípio da Legalidade, consubstanciado no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal corresponde ao eixo de todo o sistema penal. De acordo com seu

enunciado, não há crime sem **lei** anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação **legal**.

A primeira consequência importante é a vinculação da definição de crime e da imposição de penas ao processo legislativo. Desse modo, crime e pena só podem existir onde há lei que obedeça em sua formulação aos trâmites exigidos pela Constituição. Decorre também dessa formulação a impossibilidade de outras fontes do Direito, que não a lei, criarem figuras criminosas; ou seja, para o crime e para a pena, somente a lei é fonte. E não basta ser lei, há que ser anterior ao crime e prévia no que diz respeito à pena. Trata-se do Princípio da irretroatividade da lei penal incriminadora, o que não impede o reverso, a retroatividade da lei penal que favoreça o acusado ou o condenado (artigo 5º, XL da Constituição).

O exemplo da conduta de um adolescente surpreendido cheirando cola é ilustrativo dessa superação, pois a conduta sendo atípica, ou seja, não tipificada como crime nem contravenção penal, não caracteriza a prática de ato infracional e, por conseguinte, não enseja a imposição de nenhuma medida socioeducativa⁸.

Somente haverá Ato infracional se houver figura típica que o preveja. E mais, a imposição de uma medida socioeducativa somente é admitida se a conduta atribuída ao adolescente corresponder a uma das condutas típicas extraídas do ordenamento penal positivo. Exclui-se a antiga idéia do ambíguo “desvio de conduta”, vazio de conteúdo típico⁹.

1.2. Princípio da Intervenção Mínima

Este princípio, embora não expresso no texto constitucional, traduz duas características do Direito Penal: a fragmentariedade e a subsidiariedade. A fragmentariedade para o Direito penal implica a seleção de bens jurídicos ofendidos a proteger-se e também as formas de ofensa a serem evitadas.

Como frisou Maurício Antonio Ribeiro Lopes, o uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa. O caráter fragmentário do Direito penal repousa na tutela seletiva do bem jurídico, que significa na prática não sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão-somente as condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes¹⁰.

Já a subsidiariedade, enquanto a segunda faceta do princípio da Intervenção Mínima, pode ser compreendida como a utilização do Direito penal de forma supletiva ou subsidiária quando todos os demais meios extrapenais de controle social já foram esgotados.

Já a subsidiariedade, enquanto a segunda faceta do princípio da Intervenção Mínima, pode ser compreendida como a utilização do Direito penal de forma supletiva ou

⁸ TJSP, AP. 41.322-0, rel. Luís Macedo.

⁹ SARAIVA, João Batista Costa. Direito Penal Juvenil – adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas sócio-educativas. Op. cit., p. 33.

¹⁰ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Princípios políticos do Direito Penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

subsidiária quando todos os demais meios extrapenais de controle social já foram esgotados.

As duas feições, a subsidiária e a fragmentária, permitem afirmar que, conforme o princípio da Intervenção Mínima, o Direito Penal se revela como *Ultima Ratio*. Como último recurso de controle social, o Direito Penal só deve intervir quando absolutamente necessário para a convivência pacífica comunitária e a manutenção da ordem jurídica.

O Direito Penal Juvenil também se revela como *Ultima Ratio* no Sistema de Garantias introduzido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Aliás, nesse aspecto repousa a principal polêmica sobre o reconhecimento ou não de um Direito Penal Juvenil no texto estatutário. A nosso ver, é da análise dessa característica que deriva a solução da questão.

O Estatuto da Criança e do Adolescente reforça nossa compreensão, pois no artigo correspondente à imposição das medidas socioeducativas prevê a consideração da capacidade do adolescente no cumprimento da sanção imposta, assim como das circunstâncias e gravidade da infração praticada como elementos determinantes da escolha da medida adequada¹¹.

Ao tratar da internação, a Lei é ainda mais enfática, especialmente pelo disposto no parágrafo 2º do artigo 122: "Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada."

Concluimos portanto que, conforme determina a Lei, o princípio da Intervenção Mínima gera efeitos sobre o grau de restrições de direitos que se impõe a um adolescente autor de ato infracional. Tanto do ponto de vista da natureza e do tipo de medida a ser adotada em cada caso, como também de sua intensidade e duração.

O que deixa a desejar, muito embora possua previsão legal, é o instituto da Remissão¹², que tem o potencial de concretizar a limitação da intervenção formal aos casos de inequívoca necessidade, na medida em que funciona como forma de exclusão, suspensão ou extinção do processo socioeducativo, sem prejuízo da adoção de uma medida socioeducativa, desde que não privativa da liberdade e de outras medidas de proteção conforme as condições pessoais do adolescente. A remissão está disciplinada no capítulo V do Título III da Lei.

Para a efetiva realização do princípio da Intervenção Mínima no Direito Penal Juvenil, vemo-nos diante da necessária adoção do que se convencionou chamar de Política dos 4Ds: Descriminalização, Diversão - *Diversiom* -, Devido Processo Legal e Desinstitucionalização. Os primeiros passos já se encontram na Lei, na remissão, nas medidas menos estigmatizantes e na introdução das garantias jurídico-processuais¹³.

¹¹ Artigo 112, parágrafo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

¹² A remissão no ECA tem o significado de Perdão, como posteriormente será objeto de análise.

¹³ LILLY, J. Robert. et alii. *Criminological Theory: context and consequences*, 2ª. ed., London: Sage Publications, 1995, p.127.

1.3. Princípio da Lesividade

O princípio da Lesividade em matéria penal pode ser sintetizado como a expurgação do *Direito Penal de Autor*. Isto é dizer que o Direito penal só pode ser um Direito penal da ação e, portanto, estará restrito a responder tão-somente a comportamentos que lesionem direitos de outras pessoas. Jamais a missão de educação moral dos cidadãos poderá se converter em uma missão do Direito Penal.

Nilo Batista admite quatro funções principais do Princípio da Lesividade. A primeira relativa à proibição de incriminar uma atitude interna, ou seja, idéias, convicções, desejos e sentimentos estão fora do campo de incidência do Direito Penal. A segunda correspondente à proibição de incriminar uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, o que implica a não-punição de atos preparatórios, ou ainda atos de autolesão. A terceira e quarta funções possuem especial importância na esfera do Direito Penal Juvenil. Trata-se da proibição de incriminar estados ou condições existenciais. O Direito penal não existe para apenar o *SER*, somente o *AGIR*. E a proibição de incriminar condutas desviadas que não afetem qualquer bem.

Essas duas dimensões do Princípio da Lesividade aplicadas ao Direito Penal Juvenil atual favorecem sua distinção essencial com o Direito do Menor. No velho Direito, crianças e adolescentes eram submetidos à intervenção estatal em razão de seu estado de abandono moral ou material, de sua situação existencial como “menino de rua, abandonado ou infrator”. No novo Direito Penal Juvenil, somente as condutas típicas são objeto de resposta estatal. O desvio de conduta, a má vida, o encontrar-se de modo habitual em ambiente contrário aos bons costumes não são mais justificativas para a imposição de medidas.

1.4. Princípio da Humanidade

O princípio da Humanidade está consagrado em várias normas em nossa Constituição. A primeira a ser destacada é o próprio artigo 1º, que dá início ao texto constitucional, e segundo o qual a dignidade da pessoa humana corresponde a um dos fundamentos do Estado Brasileiro. Também se vê o princípio em dispositivos do artigo 5º, tais como os incisos III, XLVII, XLIX, que respectivamente asseguram a proibição à tortura, tratamentos desumanos ou degradantes; a proibição das penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, penas de banimento e cruéis; e a garantia ao respeito à integridade física e moral dos presos.

Como muitos autores já advertiram, o princípio da humanidade das sanções reflete a evolução do Direito Penal, das penas corporais (do espetáculo da punição) para penas privativas de liberdade e destas, às penas alternativas à prisão. Para Zaffaroni, esse princípio determina a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie deficiência física (morte, amputação, castração etc.). E, também, de qualquer pena que tenha por finalidade instrumentalizar o homem. Quando a pena não cumpre sua função preventiva particular, mas apenas se limita a uma função simbólica, é inconstitucional, violadora dos Direitos Humanos e, conseqüentemente, não se justifica.

A primeira consequência é a própria especialização da Justiça da Infância e Juventude como condição para a plena realização do princípio. Há quem defenda ainda que, em

decorrência, a desjudicialização deveria ser a característica marcante da Justiça especializada, em consonância com os movimentos de despenalização e direito penal mínimo. Todos indistintamente são resultado da utilização racional e proporcional dos meios que o Estado possui para a repressão do delito e, sobretudo, das implicações práticas dos princípios da Intervenção Mínima e da Oportunidade no Direito Penal Juvenil

¹⁴.

1.4. Princípio da Culpabilidade

O princípio da culpabilidade pode ser visto como uma decorrência do reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Sua formulação equivale à máxima: *Nullum crime sine culpa*, ou seja, não há crime sem culpabilidade e por consequência não há pena sem culpabilidade: *Nulla poena sine culpa*.

Na Constituição Federal, o princípio está insculpido no inciso XLV do artigo 5º e corresponde ao princípio pessoal da responsabilidade penal. Trata-se da exigência de autoria ou participação, e da determinação de que a responsabilidade penal é sempre pessoal. Não há em regra, no direito penal, responsabilidade coletiva, subsidiária, solidária ou sucessiva. A responsabilidade é sempre subjetiva, pertence ao autor, porque agiu com dolo, ou no mínimo com culpa. Tem que estar vinculada à vontade do agente – que quis (dolo) ou previu (culpa) o resultado.

De outra parte, a culpabilidade ao inferir que a responsabilidade seja sempre pessoal, restringe a pena ou sanção à pessoa do autor do delito, ou seja, não é admissível que transcenda a seus familiares. Assim sendo, a pena ou sanção há de ser individualizada em atenção às características e condições pessoais daquele autor.

Para o Direito Penal Juvenil, a culpabilidade e a responsabilidade representam que as medidas socioeducativas tenham como pressuposto o agir infracional do adolescente, que deve ser um agir típico, antijurídico e culpável. Em não havendo tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade no que se refere à reprovabilidade da conduta praticada, não há que se falar em imposição de medida socioeducativa.

1.5. O Princípio da Condição Peculiar de Pessoa em Desenvolvimento (interface com a inimputabilidade)

O princípio que reconhece crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento está descrito no artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“Na interpretação desta Lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se destina, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

Seu significado é tremendamente importante na medida em que supera a categoria da menoridade, e, por conseguinte, a desqualificação de crianças e adolescentes como seres inferiores. O conteúdo inovador está no reconhecimento de uma igualdade essencial de

¹⁴ Sobre o tema, ver item 2.2 deste capítulo referente ao Princípio da Intervenção Mínima.

toda a pessoa humana, decorrente de sua dignidade. E a dignidade por sua vez, exige a titularidade de direitos e deveres.

Outro aspecto que merece ser sublinhado refere-se à proibição de cumprimento de medidas socioeducativas em estabelecimentos destinados aos adultos. A condição peculiar de desenvolvimento dos adolescentes é o princípio que fundamenta essa distinção acerca dos equipamentos adequados para a execução das sanções quando o sancionado é menor de 18 anos. O texto da Constituição Federal, especificamente o que está disposto no artigo 5º, inciso XLVIII já indica essa preocupação:

“A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.”

Por fim, de modo que não nos reste dúvidas sobre as implicações práticas do princípio da condição peculiar de desenvolvimento dos adolescentes em face do poder punitivo do Estado, é importante recuperar o que prescrevem os documentos internacionais.

1.6. O princípio do Melhor Interesse do Adolescente

O segundo princípio especial do Direito Penal Juvenil é o do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, presente na normativa geral da infância e juventude e que no campo da imposição das medidas socioeducativas tem por escopo atenuar restrições de direitos que seriam próprias do sistema penal comum.

Se a medida socioeducativa representa uma resposta penal que restringe direitos, deve reduzir-se ao mínimo possível. A integração do princípio às demais garantias penais e processuais somente pode ser bem-sucedida na medida em que ambos funcionem como limitação à pretensão punitiva do Estado. Concretamente, essas limitações devem impedir a imposição de medidas abusivas e evitar os efeitos negativos decorrentes da aplicação das medidas, especialmente das privativas da liberdade.

Como assinala Miguel Cillero:

“A questão das reações ante a delinqüência juvenil não é um assunto que se possa resolver exclusivamente a partir da teoria do direito penal e seus limites, e sim deve ser abordada numa perspectiva jurídica, social e política ampla (...) A ausência de uma verdadeira política jurídica e social destinada a proteger e favorecer o exercício de direitos das crianças e adolescentes produz uma hipertrofia dos sistemas de controle e reação à delinqüência juvenil¹⁵.”

A percepção de que, quanto mais frágeis as políticas sociais e as de proteção, mais inflado será o sistema socioeducativo permite-nos refletir sobre a necessidade de introduzir no sistema de justiça juvenil técnicas de descriminalização, a aplicação do princípio da oportunidade, o reconhecimento do princípio da culpabilidade como determinante da escolha da medida adequada e finalmente a aplicação de todas as garantias penais, materiais e processuais.

¹⁵ CILLERO BRUÑOL, Miguel. “Los Derechos de los niños y los Limites Del Sistema Penal”. In: Adolescentes y Justicia Penal. Op. cit, p. 25.

AULA 3

EMENTA

Modelo Jurídico da Responsabilidade. Inimputabilidade. Critérios Etários. Critério Psicológico.

Esta aula trata da responsabilização dos adolescentes a partir do conceito de de inimputabilidade e da natureza jurídica das medidas imputadas. Tal reflexão exige considerar aspectos importantes acerca da menoridade, e da superação de uma visão predefinida de periculosidade dos adolescentes.

1. Modelo Jurídico da Responsabilidade: inimputabilidade e o Sistema Dualista de Sanções

Como já assinalado brevemente, o sistema previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente pode ser designado por modelo jurídico da Responsabilidade. Sua caracterização, no entanto, não deixa de indicar um Sistema Penal Paralelo para adolescentes, calcado no conceito jurídico da Inimputabilidade.

Como se depreende da redação do Código Penal, especialmente após a reforma de 1984, não há uma definição de Imputabilidade, e sim de sua negativa, a Inimputabilidade.

Manteve o Projeto da reforma, a inimputabilidade penal ao menor de 18 (dezoito) anos. Indicou tratar-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal preconizando ser a legislação de menores recentemente editada, o instrumento necessário ao afastamento do jovem delinqüente, menor de 18 (dezoito) anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinqüente adulto, expondo-o à contaminação carcerária”, como consta da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal – Lei 7.209/84.

Ocorre que a isenção de pena é atribuída aos que não são imputáveis, que para tanto são caracterizados. Desse modo, a denominação abarca doentes mentais, portadores de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e menores de 18 anos. Nas lições de Ariel Dotti, a inimputabilidade pode ser definida como “incapacidade de culpa¹⁶”.

Afirma-se que o Sistema adotado desde então é misto, em virtude da alternatividade, pois o artigo 26 do Código Penal menciona *doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado*, e o artigo 27 declara a *inimputabilidade aos menores de 18 anos*.

O critério fundamental para a definição de inimputabilidade é, dessa forma, o biopsicológico, que poderia ser traduzido em desenvolvimento biológico (maturidade/imaturidade) e desenvolvimento psicológico (saúde mental).

No que tange ao aspecto biológico do critério, sua aferição prescinde de qualquer indagação psicológica, representando uma verdadeira exceção à regra de verificação do

¹⁶ Dotti, René Ariel. Curso de Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

grau de desenvolvimento mental e psicológico do indivíduo e de outros aspectos relacionados ao crime praticado.

Em outras palavras, a causa etária correspondente ao critério biológico confere uma presunção absoluta de inimputabilidade aos menores de 18 anos, sem admitir prova em contrário ou questionamentos acerca da capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento. O déficit de idade, por si só, faz da pessoa um inimputável¹⁷.

O mesmo não vale para os doentes mentais ou portadores de desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Para estes, vale a outra face do critério, ou seja, a psicológica, por meio da qual se devem aferir fatos biológicos que comprometam a faculdade de autodeterminação, estados patológicos e aspectos psicológicos, para então ocorrer a inimputabilidade. O quadro abaixo procura ilustrar a definição de Inimputabilidade a partir de ambos os critérios:

	Critério Etário	Critério Psicológico	Definição
Exemplo 1	Abaixo de 18 anos	Desenvolvimento mental normal	Inimputável
Exemplo 2	Acima de 18 anos	Desenvolvimento mental normal	Imputável
Exemplo 3	Abaixo de 18 anos	Desenvolvimento mental incompleto ou retardado	Duplamente Inimputável
Exemplo 4	Acima de 18 anos	Desenvolvimento mental incompleto ou retardado	Inimputável

É possível constatar, portanto, que o aspecto biológico ou etário exerce maior influência na definição de inimputabilidade. A primeira questão que se coloca é aferir a idade do sujeito e, posteriormente, indagar sobre sua saúde mental.

É relevante, ainda, sublinhar que a definição divide o mundo em dois, distinguindo a humanidade em homens livres, racionais, motivados; e homens irracionais, não-motivados, anormais.

No caso dos menores de 18 anos, embora o escopo seja adequar a sanção estatal à capacidade de tolerá-la e, portanto, isso implique certa proteção em virtude do “déficit” de idade, o resultado, durante muito tempo, se não ainda hoje, é a estigmatização da menoridade como incapacidade e algo indissociável da periculosidade.

Sendo assim, a inimputabilidade, quer para os menores de 18 anos, quer para os incapazes de conhecer a ilicitude do fato criminoso e de autodeterminar-se conforme esse entendimento, tem o condão de atribuir uma desqualificação existencial do sujeito, uma situação de inferioridade.

¹⁷ FRANCO, Alberto Silva & STOCCO, Rui. (coords.). Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. Vol. 1, Tomo 1. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Ressalte-se que não é o conceito em si mesmo que promove tal desqualificação, mas a interpretação que se faz dele. A inimputabilidade para os menores de 18 anos, ao contrário do que ocorre, pode evitar a vulnerabilidade ao sistema penal, justamente pela não-aplicação da pena criminal. No entanto, funciona como um instrumento de “etiquetamento” de “delinqüente”, “infrator”, que acaba por realizar-se quase como uma predestinação, uma carreira delitiva que tem seu ponto inicial na imposição da medida socioeducativa.

A compreensão distorcida sobre a inimputabilidade fere o princípio de dignidade da pessoa humana, segundo o qual toda pessoa tem direitos e obrigações. O conceito de inimputabilidade como traço de inferioridade e falta de consciência da ilicitude coloca os adolescentes num registro de anormalidade e anomalia. A delinqüência juvenil, que deveria ser tratada como conceito jurídico, é em grande parte das vezes concebida como conceito psicopatológico¹⁸, o que permite que a resposta estatal oscile pelos caminhos da indulgência e da severidade.

Outra conseqüência decorrente do não-reconhecimento do adolescente como um ser autônomo, titular de direitos e obrigações é uma bifurcação necessária no Sistema Penal: de um lado estaria o direito penal clássico de culpabilidade, e de outro o positivismo criminológico, o direito de periculosidade para os inimputáveis, entre eles os adolescentes.

Essa bifurcação dá margem à aplicação de um regime distinto do ordinário, calcado na periculosidade do sujeito, por meio da imposição da privação de liberdade ou da restrição de direitos da pessoa. A medida, que por muito tempo foi tutelar, é determinada com base nessa finalidade com duração indefinida, cessando quando for alcançada a ressocialização.

Ainda que preliminarmente, é possível concluir que é a Inimputabilidade, o instituto jurídico que fundamenta a existência de um sistema dualista de sanções. Enquanto a pena criminal se fundamenta na culpabilidade do fato atribuído a um autor, as medidas destinadas a adolescentes, assim como as medidas de segurança, fundam-se lamentavelmente ainda hoje, em muitos casos, na periculosidade.

Este é um legado da Etapa Tutelar do Direito Penal Juvenil Brasileiro, ou seja, do Direito do Menor. Na medida em que o conceito de periculosidade passou a abranger também os menores de 18 anos de idade, e demonstrada sua vulnerabilidade social, a criança ou o adolescente são alvo de medidas coercitivas para que o perigo que os cerca e que neles se personifica seja extinto.

Na definição de Muñoz Conde, a culpabilidade e a periculosidade são os pontos de conexão do atual sistema de reação estatal diante do cometimento de um fato típico e antijurídico: o fato típico e antijurídico de um autor culpável (acima da idade estabelecida para a imputabilidade) dará lugar à imposição de uma pena; o fato típico e antijurídico de um autor, acima ou abaixo da idade estabelecida, porém perigoso, dará lugar à imposição de uma medida¹⁹. Nessa perspectiva, a Imputabilidade está associada à idéia

¹⁸ TRINDADE, Jorge. Delinqüência juvenil: uma abordagem transdisciplinar. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 67.

¹⁹ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Op. cit., p. 9.

de reprovabilidade/culpabilidade, enquanto ao longo de todas as legislações ela se firmou com base na periculosidade.

O autor nos alerta para a perversidade da conjugação menoridade-periculosidade. Sob o manto da periculosidade, a intervenção do Estado sobre crianças ou adolescentes menores de 18 anos foi em grande parte da história praticamente ilimitada, assim como no caso dos doentes mentais.

Na Etapa Tutelar do Direito Penal Juvenil, a inimputabilidade associada à periculosidade legitimou formas irrestritas de intervenção coativa sobre crianças e adolescentes.

O aspecto coativo pode ser elucidado pela distinção lembrada por Sérgio Salomão Shecaira entre coação e coerção de Vicente Rao: “Coerção nada mais é do que uma coação legítima e juridicamente disciplinada que força e obriga o violador da lei a proceder contrariamente à sua vontade. Já a simples coação carrega, implicitamente, uma idéia de violência e constrangimento que nada possui de legitimidade, contrario sensu viola a ordem jurídica²⁰”

O pretexto da proteção de um suposto “menor-delinqüente-abandonado” constituiu a matéria-prima do que se convencionou chamar Direito do Menor²¹.

Nas legislações de menores, a periculosidade praticamente converteu-se em Menoridade e teve como ápice a construção da Doutrina da Situação Irregular. A situação irregular – entendida como o abandono moral e material, o perigo moral, o perigo para si e para a ordem pública e também a prática efetiva de uma infração penal – passou a ser identificada como traço de periculosidade em crianças e adolescentes pobres.

Considerando a definição de Zaffaroni de que o Sistema Penal se caracteriza pela existência de um controle social punitivo institucionalizado²², parece inquestionável que a história de controle da infância e juventude no Brasil, assim como na maioria dos países do globo e especialmente na América Latina, retratam a construção de um Sistema Penal.

Estudiosos do tema chegaram a afirmar categoricamente que a origem da especificidade jurídica da infância é de natureza estritamente penal, e que a história da infância é a história de seu controle²³.

Ademais, é forçoso reconhecer que o Sistema Penal é composto por três esferas: a policial, a judicial e a referente ao poder executivo. Daí decorre que o Sistema Penal Juvenil historicamente procurou neutralizar seu conteúdo sancionatório como meio de ampliação de sua esfera de incidência. Mais do que isso, uma suposta atuação paternal do Judiciário favoreceu a intervenção do Poder Executivo sem a observância de quaisquer regras constitucionais. A proibição de que um cidadão seja detido sem flagrante delito e o

²⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Pena e Constituição – aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 40.

²¹ CARRANZA, Elias & GARCIA MENDEZ, Emilio (orgs.). Del Reves al Derecho – La Condición Jurídica de la Infancia en America Latina: Bases para una Reforma Legislativa. UNICEF/UNICRI/ILANUD. Buenos Aires: Editorial Galerna, 1992.

²² BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 25.

²³ CARRANZA, Elias. & GARCIA MENDEZ, Emilio (orgs.) Del Reves al Derecho – La condición Jurídica de la Infancia en America Latina : Bases para uma reforma Legislativa. Op. cit., p. 7.

princípio da legalidade para a imposição de uma sanção são apenas algumas das regras sistematicamente violadas em se tratando da infância e juventude.

Outro ponto que se destaca, a partir da Doutrina da Situação Irregular, é a existência de medidas Pré-delituais, destinadas a prevenir e educar crianças e adolescentes em situação de perigo moral, e outras Pós-delituais, aplicáveis depois do cometimento de infração penal. Para ambas as espécies de medidas, o delito é o marco, quer pela sua possibilidade, quer pela sua ocorrência.

Na vigência dos Códigos de Menores, e portanto sob o manto da situação irregular, pode-se dizer que as medidas pré-delituais pouco se diferenciavam das pós-delituais, uma vez que o critério para sua definição era a investigação biopsicossocial da criança ou do adolescente. Funcionavam ainda como uma premonição: uma criança institucionalizada tinha grandes chances de ser um adolescente infrator e, posteriormente, um adulto criminoso.

Considerando que, a partir do marco divisório da inimputabilidade, o Sistema Penal se fundamenta pelo objetivo de tutelar o próprio sujeito, e não bens jurídicos, sua função realiza-se pelo controle ilimitado e desmedido sobre o inimputável, que, em sendo uma criança ou um adolescente, ganha contornos altamente totalitários, reformadores.

Essa constatação é corroborada pela definição de Zaffaroni: “As medidas que se aplicam aos menores que realizam condutas típicas não são penas. A pena tem por objetivo a prevenção especial, como meio de prover a tutela dos bens jurídicos. De sua parte, o direito penal do menor pretende tutelar em primeiro lugar o próprio menor. O direito penal do menor pretende ter caráter tutelar porque o menor é um ser humano em inferioridade de condições, devido a seu incompleto desenvolvimento físico, intelectual e afetivo. Trata-se, pois, de um direito que aspira a ser ‘formador’ do homem²⁴”

Assim, cai por terra o argumento de que as medidas aplicáveis a crianças e adolescentes na vigência das legislações de menores, e mesmo as medidas socioeducativas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, não pretendem causar sofrimento, possuindo unicamente um fim corretivo e garantidor. É demasiado simples reconhecer que, assim como as penas criminais, tais medidas concretizam uma perda coercitiva da liberdade. O mais grave é que o pretexto da ressocialização e prevenção especial das medidas, porque voltadas a seres inferiores, as torna de duração indeterminada.

A negação histórica de um Direito Penal Juvenil serviu desse modo para a ocultação da realidade punitiva exercida sobre a infância e juventude, sendo inquestionável a conclusão de não haver diferenças substanciais entre as penas e as medidas aplicáveis.

A burla de etiquetas²⁵, ou de classificação, permitiu que o Direito Penal de Culpabilidade, com todas as suas imperfeições, porém também com suas garantias, fosse substituído por um Sistema de Controle Social, “oficialmente” não penal e por isso não limitado pelos

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul & PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 145.

²⁵ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Inimputabilidad y Sistema Penal. Colômbia: Editorial Temis, 1996

princípios penais clássicos, mas extremamente eficaz do ponto de vista da incidência sobre a liberdade dos potenciais infratores da ordem.

Com a introdução, no ordenamento jurídico brasileiro, da Doutrina da Proteção Integral, pelo texto constitucional e estatutário, há uma mudança significativa nos fundamentos e princípios que norteiam a partir de então o exercício do poder punitivo do Estado diante da criminalidade de adolescentes. Trata-se do que se denominou modelo da responsabilidade.

Uma primeira consideração importante remonta à necessária referência à Constituição Federal de 1988, ao Código Penal e ao Estatuto da Criança e do Adolescente para a determinação de responsabilidade de um adolescente pela prática de determinada conduta.

A Constituição de 1988, como já dito, estabelece como preceito constitucional a inimputabilidade de menores de 18 anos. É o artigo 228 do texto constitucional que proclama: “São penalmente inimputáveis os menores de 18 (dezoito) anos, sujeitos às normas da legislação especial.”

A regra constitucional corresponde à definição prevista no Código Penal que consoante o artigo 27 estabelece também a inimputabilidade dos menores de 18 anos. Essa é a face biológica ou etária da definição de inimputabilidade, como já demonstrado.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, diferencia criança de adolescente em seu artigo 2º para em seguida declarar a inimputabilidade dos menores de 18 anos, então sujeitos a suas medidas²⁶, e por fim esclarecer que as condutas tipificadas como ato infracional praticadas por crianças serão respondidas por meio da imposição de medidas protetivas ou de proteção previstas no artigo 101²⁷.

Esse é o primeiro passo para a definição do modelo de responsabilidade presente na Lei 8.069/90. A inimputabilidade permanece sendo o instituto jurídico que concede legitimidade à intervenção consubstanciada no Estatuto da Criança e do Adolescente e, portanto, segue sendo a referência para um Sistema Dualista de Sanções²⁸. A imputabilidade promove a movimentação do Sistema Penal e a imposição da pena criminal. A inimputabilidade, quando fundada no critério etário ou biológico, como é o caso dos adolescentes, menores de 18 anos, promove a movimentação do Sistema Socioeducativo e a imposição das medidas socioeducativas previstas na lei. Por isso, diz-se que trata-se de uma responsabilidade especial dos adolescentes, em que se verifica, a despeito da inimputabilidade, a reprovabilidade e culpabilidade do adolescente

²⁶ “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei. Parágrafo único – Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato” (artigo 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

²⁷ “Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no artigo 101” (artigo 105 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

²⁸ O conceito de Imputabilidade ou Inimputabilidade é o que fundamenta a existência de um Sistema Dualista de Sanções. A pena criminal se destina aos imputáveis, enquanto medidas específicas são aplicadas aos inimputáveis, fundadas na presença de doença mental ou desenvolvimento mental retardado ou incompleto, ou na idade.

a quem a medida é imposta. Isto porque a imposição da medida socioeducativa guarda profunda semelhança com a aplicação da pena criminal, especialmente pela exigência de legalidade, indícios suficientes de autoria e materialidade e proporcionalidade.

Como assevera Bustos Ramírez, a questão, tratando-se de desenvolvimento incompleto da personalidade, relaciona-se a níveis diferenciados de exigibilidade de responsabilidade, questão, portanto, de política criminal, não científica nem metafísica²⁹.

Também não seria correto definir uma Responsabilidade Penal Atenuada para os adolescentes, pois se assim fosse a sanção seria a mesma dos adultos com alguma atenuação em sua intensidade. Seria o correspondente à aplicação da mesma pena prevista para os adultos na legislação penal com duração atenuada. No Direito Penal Juvenil Brasileiro, a Responsabilidade Especial decorre do reconhecimento da dignidade humana em crianças e adolescentes, mais precisamente do reconhecimento de uma situação peculiar de desenvolvimento que demanda sanções específicas, próprias.

O segundo traço distintivo desse modelo refere-se à diferença de intervenções previstas conforme seu destinatário. As crianças, pessoas até 12 anos de idade, serão inseridas em medidas de proteção, os adolescentes, pessoas entre os 12 e 18 anos, responderão mediante a imposição de medidas socioeducativas.

O quadro abaixo procura demonstrar a adequação da sanção penal com base na imputabilidade:

	Critério Etário	Critério Psicológico	Definição	Sanção Penal adequada
Exemplo 1	Abaixo de 12 anos	Desenvolvimento mental normal	Inimputável	Medida Protetiva
Exemplo 2	Abaixo de 18 anos	Desenvolvimento mental normal	Inimputável	Medida Socioeducativa
Exemplo 3	Acima de 18 anos	Desenvolvimento mental normal	Imputável	Pena Criminal
Exemplo 4	Abaixo de 18 anos	Desenvolvimento mental incompleto ou retardado	Duplamente Inimputável	Medida Socioeducativa cumulada com medida protetiva
Exemplo 5	Acima de 18 anos	Desenvolvimento mental incompleto ou retardado	Inimputável	Medida de Segurança

É sabido que as medidas de segurança aplicáveis a adultos com desenvolvimento mental incompleto ou retardado inserem-se no Sistema Vicariante que exclui a imposição da

²⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. cit., p. 5.

pena criminal. Tal exclusão também se verifica pela aferição da idade. O desafio é garantir que essa via alternativa de responsabilização não seja mais severa e aguda do que a via tradicional que pretende evitar.

Trata-se de retomar novamente as lições de Garcia Mendez, transcritas por Costa Saraiva ao afirmar que o adolescente não pode ser punido onde o adulto não seria³⁰:

“Os adolescentes são e devem seguir sendo inimputáveis penalmente, quer dizer, não devem estar submetidos nem ao processo nem às sanções dos adultos e, sobretudo, jamais e por nenhum motivo devem estar nas mesmas instituições que os adultos. No entanto são e devem seguir sendo penalmente responsáveis por seus atos (típicos, antijurídicos e culpáveis). Não é possível nem conveniente inventar aforismos difusos, tais como uma suposta responsabilidade social somente aparentemente alternativa à responsabilidade penal. Contribuir com a criação de qualquer tipo de imagem que associe a adolescência com impunidade (de fato ou de direito) é um desserviço que se faz aos adolescentes, assim como objetivamente, uma contribuição irresponsável às múltiplas formas de justiça com as próprias mãos, com as quais o Brasil desgraçadamente possui uma ampla experiência”.

PARA RELEMBRAR:

“Considera-se criança para os efeitos desta Lei a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único – Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade” (artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente).

“São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei. Parágrafo único – Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato” (artigo 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

³⁰ SARAIVA, João Batista Costa. Direito Penal Juvenil – adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas sócio-educativas. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

“Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no artigo 101” (artigo 105 do Estatuto da Criança e do Adolescente). – MEDIDAS DE PROTEÇÃO.

O conceito de Imputabilidade ou Inimputabilidade é o que fundamenta a existência de um Sistema Dualista de Sanções. A pena criminal se destina aos imputáveis, enquanto medidas específicas são aplicadas aos inimputáveis, fundadas na presença de doença mental ou desenvolvimento mental retardado ou incompleto, ou na idade.