

ECA

O mito da imputabilidade penal e o estatuto da Criança e do Adolescente

Antônio Fernando Amaral e Silva

1. Introdução

Não se impressione o leitor com as referências ao Direito Penal Juvenil encontradas no texto.

É cediço que o Estatuto da Criança e do Adolescente trasladou as garantias do Direito Penal, propiciando como resposta à delinquência juvenil, em vez da severidade das penas criminais, medidas predominantemente pedagógicas.

Não defendo a carcerização do sistema sócio-educativo. Muito menos medidas meramente retributivas. Ao contrário, ao invocar o Direito Penal, preconizo a humanização das respostas, as alternativas à privação de liberdade, a descriminalização e a despenalização - o Direito Penal Mínimo.

O que procuro desmascarar são as posições “paternalistas” do sistema de penas disfarçadas, impostas com severidade e sem os limites do Direito Penal, em muitos casos mais rigorosas do que, em iguais circunstâncias, seriam fixadas pela Justiça Criminal.

Sem embargo do aspecto predominantemente pedagógico das medidas sócio-educativas, insisto na necessidade de tornar efetivos os limites e as garantias do Direito Penal.

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, não cabe persistir reproduzindo viéses, equívocos, mitos e falácias do antigo modelo, onde a “proteção” não passava de odiosa “opressão”, onde o sistema “educacional” e “protetivo”, na prática, reproduzia o sistema carcerário dos adultos.

Uma das grandes preocupações dos militantes da defesa dos direitos humanos de adolescentes submetidos às medidas sócio-educativas tem sido a falta de critérios objetivos capazes de conter o arbítrio do Estado, haja vista a existência de muitos casos de privação de liberdade em hipóteses sem gravidade.

O fenômeno, confirmado através de levantamento do Grupo de Trabalho do Ministério da Justiça, deve-se à interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente com base nos princípios da chamada “Doutrina da Situação Irregular”.

A Lei 8.069/90, que teve como fontes formais os Documentos de Direitos Humanos das Nações Unidas, introduziu no país os princípios garantistas do chamado Direito Penal Juvenil. Reconheceu o caráter sancionatório das medidas sócio-educativas, sem embargo de enfatizar o seu aspecto predominantemente pedagógico. Também que, tendo traço penal, só podem ser aplicadas excepcionalmente e dentro da estrita legalidade, pelo menor espaço de tempo possível.

Esta postura, além de ser útil aos jovens e à sociedade, traslada para o âmbito da Justiça da Juventude as garantias do Direito Penal, aceitando como resposta à delinquência juvenil, em vez da severidade das penas criminais, medidas predominantemente pedagógicas, afastando o estigma e os males do sistema carcerário dos adultos.

No presente trabalho, procuro demonstrar a importância da nova posição para os direitos humanos de vítimas e vitimizadores, principalmente para o Sistema de Justiça.

2. A crise da justiça e do direito do menor

Não se pode cogitar do Estatuto e do novo Sistema de Justiça da Infância e da Juventude sem se ter em conta a Doutrina das Nações Unidas para a Proteção Integral da Infância.

Surgido da crise da Justiça de Menores, cujos viéses, equívocos e antijuridicidades do chamado “Direito do Menor” visou superar, o novo modelo se baseia nos princípios do Direito Ciência, da Epistemologia Jurídica, notadamente do Direito Judiciário.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, as Regras Mínimas para a Organização da Justiça da Juventude, as Diretrizes para a Prevenção da Delinquência Juvenil, as Regras Mínimas para os Jovens Privados de Liberdade e outros importantes Documentos de Direitos Humanos das Nações Unidas tornaram legislações e sistemas da “Doutrina da Situação Irregular” completamente ultrapassados, obrigando ampla revisão de conceitos, práticas e normas. Revisão que para ser, mesmo, adequada, exigiu mudança substancial e formal nos sistemas judiciário e administrativo, abolindo disposições e práticas, muitas delas inconstitucionais, a maioria completamente dissociada de princípios secularmente consolidados no Direito.

Cairam os mitos do “Sistema Tutelar”. Foram desnudados os eufemismos das medidas protetivas e da “imputabilidade penal dos menores”.

Diante da clareza dos novos textos, não era mais possível conviver com legislações e sistemas que não reconheciam crianças e adolescentes como sujeitos de direitos fundamentais. Por exemplo: o de não ser privado de liberdade, salvo em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial, nos casos previstos em lei.

No Brasil, por exemplo, existia uma Delegacia de Polícia de “Proteção ao Menor”, onde meninos pobres eram encarcerados “para serem diagnosticados e tratados”.

A “situação irregular” abrangia do abandono e vitimização do “menor” aos “atos anti-sociais” por ele praticados.

A “tutela” e os bons propósitos do superior interesse do “menor” não permitiam falar em delinquência juvenil.

Não se admitia que o “menor” fosse estigmatizado pela sentença penal. Exorcizava-se o juízo criminal pelos aspectos “retributivo” e “punitivo”, mas “encaminhavam-se” crianças e adolescentes a celas iguais às da pior carceragem, sem garantir um dos mais elementares direitos da pessoa humana, o devido processo legal. Garantias como tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade, presunção de inocência, proporcionalidade eram ignoradas, tudo em nome do “superior interesse do menor”.

Afastava-se o estigma da sentença e da justiça criminal, mas sem o devido processo, “menores” pobres eram esquecidos em depósitos e masmorras. Eram os eufemisticamente chamados Centros de Recepção, Triagem e Observação, Centros de Recuperação e outras denominações “capazes de afastar todo e qualquer estigma”.

A taxinomia acobertava a iniquidade da prisão por pobreza e, o que é pior, sem determinação de tempo e sem observância de qualquer critério. Confundiam-se infratores, abandonados, vítimas e vitimizadores.

Sentenças, quando preenchiam os pressupostos da fundamentação, eram indeterminadas.

As respostas pela delinquência juvenil não se atinham aos critérios da legalidade e da proporcionalidade.

Casos atípicos, em que adultos jamais seriam privados de liberdade, resultavam em “internações”, ou seja, reclusões, em muitos casos, mais severas e desumanas que as impostas a temíveis criminosos adultos.

Como não havia processo de execução com limites de estritos prazos, muitos permaneciam esquecidos, institucionalizados, mutilados psicologicamente até serem “desinternados” - verdadeiramente jogados para fora por terem atingido a idade da responsabilidade penal.

Os mitos da proteção, da reeducação, da ressocialização apenas serviam para encobrir a passagem do regime verdadeiramente penitenciário, da “terapia” de “menores” para o dos adultos, já que o “cliente”, salvo exceções, saía do sistema “tutelar” condicionado, preparado para a violência e à criminalidade.

No antigo modelo a “regra de ouro” era o “superior interesse do menor”.

Todas as medidas visavam a integração sócio-familiar. Assim, os filhos da classe média ou da classe média alta, envolvidos em atos delinqüenciais, tinham aberta a larga porta da impunidade.

Não havendo acusação ou delinquência, estando integrados na família, não se levando em conta qualquer retributividade, o seu interesse sobrelevando a qualquer outro, eram mantidos na família, enquanto os pobres, não envolvidos com delinquência, por estarem em “situação irregular”, eram “encaminhados” ao diagnóstico e à terapia do “internamento”, ou seja, à prisão por pobreza.

Diante das novas exigências de contenção de leis e práticas aos princípios jurídicos dos Documentos de Direitos Humanos das Nações Unidas, tamanha antijuridicidade, imenso viés, não podia subsistir.

3. A doutrina da proteção integral e o novo sistema de justiça

A nova Doutrina Jurídica da Proteção Integral preconiza que crianças e adolescentes são sujeitos especiais de direito. Gozam de todos os direitos fundamentais e sociais, principalmente de proteção, decorrência de se encontrarem em fase de desenvolvimento.

Recomenda a Doutrina das Nações Unidas que na ordem jurídica interna de cada país existam normas legais capazes de garantir todos os direitos: vida, saúde, liberdade, respeito, dignidade, convivência familiar e comunitária, educação, cultura, esporte, lazer, profissionalização, proteção no trabalho, etc...

Para tornar efetivos os direitos individuais, difusos ou coletivos, principalmente à saúde, à educação, à recreação, à profissionalização, à integração sócio-familiar, inclusive contra o Estado, as novas legislações baseadas na Doutrina da Proteção Integral vêm introduzindo modernas ações judiciais, por exemplo: ações cíveis públicas.

De outro lado, a doutrina da ONU deixa claro que a educação para cidadania exige que o adolescente se conscientize de sua responsabilidade social, tendo o direito de ser julgado por autoridade imparcial e independente, num devido processo, sempre que acusado de conduta penalmente reprovada.

A superação de viéses (“situação irregular do menor”), mitos (tutela e superior interesse), eufemismos (medidas protetivas) e falácias (reeducação, ressocialização) exige normas legais adaptadas substancialmente aos Documentos de Direitos Humanos das Nações Unidas, principalmente a Convenção e as Regras Mínimas de Beijing.

Segundo o Assessor Regional do Unicef para América Latina e Caribe, Emilio Garcia Mendez, essa adaptação só será completa e efetiva quando expurgar dos sistemas judiciário e administrativo interpretações e práticas próprias da antiga “Doutrina da Situação Irregular”, onde havia enorme confusão de papéis.

O Juiz não julgava o “menor”, “definía a situação irregular”, aplicando “medidas terapêuticas”.

O Ministério Público, inclusive quando pleiteava “internação” como resposta pela prática de atos delinqüenciais, rotulados de “desvios de conduta”, de atos anti-sociais, etc., estava “defendendo o menor”.

A defesa e o superior interesse justificavam tudo. Serviam para tudo, inclusive para limitar e, até, impedir a participação do advogado, figura praticamente desconhecida no “Direito do Menor”. No nosso Código, chamado procurador, era constituído por familiares, não pelo “menor”.

Para estar conforme a Doutrina da Proteção Integral, o Sistema de Justiça precisa banir o “modelo tutelar”, que propiciava decisões simplistas e autoritárias, onde operadores, abandonando princípios garantistas do Direito, baseavam-se fundamentalmente num suposto “superior interesse do menor”.

O novo sistema se contém nos limites do Estado Democrático de Direito, onde as decisões judiciais para terem validade carecem do pressuposto da fundamentação, onde os operadores têm papéis definidos, juiz é o experto em Direito que julga de acordo com a Hermenêutica Jurídica; o Ministério Público, o titular das ações de pretensão sócio-educativa e das ações necessárias à defesa dos interesses da sociedade e dos incapazes; o fiscal do fiel cumprimento das leis; o advogado, o representante dos interesses da criança e do adolescente, defensor de direitos, atua, como os demais, no devido processo legal.

Os técnicos, assistentes sociais, psicólogos, pedagogos, médicos são peritos que produzem prova necessária à convicção do Juiz, que não pode ser arbitrário, mas deve se fundar, como na Justiça Comum, em elementos contidos no processo.

Não se cogita, na nova Justiça da Infância e da Juventude, das decisões sem fundamentação ou das providências extraprocessuais.

Princípios, normas e cautelas secularmente consolidadas como indispensáveis à segurança dos direitos têm de estar presentes para validade e legitimidade de decisões e sentenças.

Processo de conhecimento, processo cautelar, processo de execução, recursos surgem no novo Direito como indissociáveis da prestação jurisdicional.

Na chamada delinquência juvenil, a nova posição é realista e científica. Reconhece que jovens penalmente inimputáveis, cometendo crimes, por eles devem ser responsabilizados, o que resulta pedagógico e corresponde à necessidade do controle social.

Não mais se tolera privações de liberdade, mesmo eufemisticamente rotuladas de internações, sem os pressupostos da estrita legalidade, do juízo natural e da observância do devido processo.

4. A responsabilidade penal juvenil como categoria jurídica

Adultos, crianças e adolescentes, sendo pessoas desiguais, não podem ser tratadas de maneira igual.

A legislação brasileira, por exemplo, fixa a responsabilidade penal juvenil a partir dos 12 anos.

A criança (menos de doze anos) fica isenta de responsabilidade. É encaminhada ao Conselho Tutelar, estando sujeita a medidas protetivas com intervenção administrativa no seio da família, submetendo-se pais ou responsáveis a restrições e penas impostas pela Justiça.

Quanto aos adolescentes (doze a dezoito anos) têm responsabilidade penal juvenil.

Como falar em responsabilidade penal juvenil, se os adolescentes são penalmente inimputáveis?

A inimputabilidade penal dos “menores” sempre serviu para legitimar o controle social da pobreza, por isso que os “maus” filhos das “boas famílias”, como explicitamos, tinham aberta a larga porta da impunidade.

Mito conveniente, porquanto, a pretexto de proteger, o Estado pôde segregar jovens “indesejáveis”, sem que tivessem de se submeter aos “difíceis” caminhos da estrita legalidade, das garantias constitucionais e dos limites do Direito Penal.

As medidas dos antigos Códigos, rotuladas de protetivas, objetivamente, não passavam de penas disfarçadas, impostas sem os critérios da retributividade, da proporcionalidade, principalmente da legalidade.

Penas indeterminadas e medidas de segurança sem os pressupostos da certeza da autoria, por fatos geralmente atípicos, repetiam-se no “superior interesse do menor”, que precisava ser protegido “dos condicionamentos negativos da rua”.

Com tal falácia, crianças e adolescentes pobres eram internados, isto é, presos em estabelecimentos penais rotulados de Centros de Recuperação, de Terapia, e até de Proteção, quando não reclusos em cadeias e celas de adultos.

A nova Doutrina, ao reconhecer o caráter sancionatório das medidas sócio-educativas, deixa claro a excepcionalidade da respectiva imposição, jungido o juiz aos critérios garantistas do Direito Penal.

Como conjugar em nosso Direito Positivo inimputabilidade e responsabilidade penal juvenil?

O Estatuto da Criança e do Adolescente, regulamentando os artigos 227 e 228 da Carta Política, ao tempo em que conferiu direitos fundamentais e sociais, criou regime jurídico em que o adolescente foi elevado à dignidade de responder pelos seus atos.

A responsabilidade penal juvenil encontra sólidas bases doutrinárias na Carta Política e nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Juventude (Resolução 40/33/85 da Assembleia-Geral), incorporadas pelo Estatuto Brasileiro, que no artigo 103 conceituou o ato infracional como “a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

Vale dizer, remeteu o intérprete aos princípios garantistas do Direito Penal Comum, tendo como normas específicas as do Estatuto. Estas se referem tão-somente à natureza da resposta, ou seja, às medidas que, por serem sócio-educativas, diferem das penas criminais no aspecto predominantemente pedagógico e na duração, que deve ser breve, face o caráter peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento.

Bem por isso, o artigo 228 da Constituição, ao conferir inimputabilidade penal até os dezoito anos, ressalvou a sujeição “às normas da legislação especial”.

Sendo a imputabilidade (derivado de imputare) a possibilidade de atribuir responsabilidade pela violação de determinada lei, seja ela penal, civil, comercial, administrativa ou juvenil, não se confunde com a responsabilidade, da qual é pressuposto. (Ver De Plácido e Silva - VOCABULÁRIO JURÍDICO, Rio, Forense, 1982, p. 435).

Não se confundindo imputabilidade e responsabilidade, tem-se que os adolescentes respondem frente ao Estatuto respectivo, porquanto são imputáveis diante daquela lei.

Aos adolescentes (12 a 18 anos) não se pode imputar (atribuir) responsabilidade frente à legislação penal comum. Todavia, podendo-se-lhes atribuir responsabilidade com base nas normas do Estatuto próprio, respondem pelos delitos que praticarem, submetendo-se a medidas sócio-educativas, de inescindível caráter penal especial.

Como as penas criminais, as medidas sócio-educativas podem ser restritivas de direitos ou privativas de liberdade.

Como no Direito Penal Comum, no Estatuto (Direito Penal Juvenil) predominam os princípios da despenalização, da descriminalização, do Direito Penal Mínimo, optando a lei juvenil pelas penas restritivas de direitos, como importantes alternativas à privação de liberdade.

Em suma, embora inimputáveis frente ao Direito Penal Comum, os adolescentes são imputáveis diante das normas da lei especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, respondem penalmente, face o nítido caráter retributivo e sócio-educativo das respectivas medidas, o que se apresenta altamente pedagógico sob o ângulo dos direitos humanos de vítimas e victimizadores. Além disso, respostas justas e adequadas são de boa política criminal, exurgindo como elementos indispensáveis à prevenção e à repressão da delinquência.

O que não se admite no Direito Penal Juvenil são respostas mais severas e duradouras do que as que, em idênticas situações, seriam impostas aos adultos.

Os princípios da legalidade estrita, da retributividade (temperada pela possibilidade da remissão), do caráter predominantemente pedagógico e excepcional das medidas sócio-educativas constituem garantias de natureza penal (Direito Ciência e Norma), que não podem ser negadas aos infratores do Estatuto da Juventude.

Como visto, os jovens em conflito com a lei (o Estatuto) - decorrência de condutas penalmente reprovadas, têm responsabilidade que pode ser definida como penal especial.

5. Medidas sócio-educativas, espécie do gênero das penas

Diante da delinquência juvenil, seja nos antigos Códigos da Doutrina da Situação Irregular, seja nas modernas legislações, não se encontrou outra alternativa que referir a condutas tipificadas na lei penal.

A resposta, tenha o nome que tiver, seja medida protetiva, sócio-educativa, corresponderá sempre à responsabilização pelo ato delituoso.

Tais medidas, por serem restritivas de direitos, inclusive da liberdade, consequência da responsabilização, terão sempre inescandível caráter penal. Essa característica (penal especial) é indelmentível e, em antigas ou novas legislações, não pode ser disfarçada.

O grande avanço será admitir explicitamente a existência da responsabilidade penal juvenil, como categoria jurídica, enfatizando o aspecto pedagógico da resposta como prioritário e dominante.

Legislações juvenis, antigas e novas, geralmente relacionam as seguintes medidas como respostas pela delinquência juvenil:

- . advertência (a mais branda de todas);
- . prestação de serviços à comunidade;
- . liberdade assistida;
- . semiliberdade;
- . internação em estabelecimento educacional.

Se a simples advertência, materializada através da repreensão, da ameaça de sanções mais graves, não tiver caráter penal, não corresponder a uma punição? A que corresponderá?

Prestação de serviços à comunidade é pena restritiva de direitos na maioria das legislações penais de adultos.

Liberdade assistida não passa do probation da legislação penal comum.

A internação, eufemismo, corresponde à privação da liberdade.

É cediço que a expressão pena pertence ao gênero das respostas sancionatórias e que as penas se dividem em disciplinares, administrativas, tributárias, civis, inclusive sócio-educativas.

São classificadas como criminais quando correspondem a delito praticado por pessoa de 18 anos ou mais, imputável frente ao Direito Penal Comum.

Embora de caráter predominantemente pedagógico, as medidas sócio-educativas, pertencendo ao gênero das penas, não passam de sanções impostas aos jovens.

A política criminal os aparta da sanção penal comum, mas os submete ao regime do Estatuto próprio.

É útil aos direitos humanos que se proclame o caráter penal das medidas sócio-educativas, pois reconhecida tal característica, só podem ser impostas observado o critério da estrita legalidade.

Sua execução, por esse motivo, tem de ser jurisdicionalizada, redobrando-se operadores judiciais e administrativos em cuidados para não malferirem os direitos dos jovens, tolhendo ou limitando a liberdade, sem motivo autorizado por lei.

Os princípios garantistas do Direito Penal Comum e do Direito Penal Juvenil (Especial), devem ser invocados, comparando o intérprete as respectivas categorias jurídicas, para que por idêntico fato, não seja o jovem punido com maior rigor do que seria o adulto.

A nova posição, tendo como fontes os Documentos de Direitos Humanos das Nações Unidas, garante a crianças e adolescentes todos os direitos fundamentais e sociais, notadamente o de não ser punido sem motivo previamente estabelecido em lei.

Um bom começo na efetivação dos princípios e normas da Convenção implica na mudança de mentalidade dos operadores dos sistemas judicial e administrativo para reconhecerem que crianças e adolescentes gozam de direitos fundamentais, notadamente o da dignidade de também serem responsáveis.

6. Conclusões

No antigo modelo, a pretexto de proteger, o Estado pôde segregar jovens “indesejáveis”, sem que tivesse de se submeter aos “difíceis” caminhos da estrita legalidade, das garantias constitucionais e dos limites do Direito Penal.

Com tal falácia, crianças e adolescentes pobres eram “internados”, isto é, presos em estabelecimentos carcerários rotulados de Centros de Recuperação, de Terapia, e até de Proteção, quando não em cadeias e celas de adultos.

A nova Doutrina, ao reconhecer o caráter sancionatório das medidas sócio-educativas, deixa clara a excepcionalidade da respectiva imposição, jungido o juiz aos critérios garantistas do Direito Penal.

A responsabilidade penal juvenil encontra sólidas bases doutrinárias na Carta Política e nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Juventude (Resolução 40/33/85 da Assembléia-Geral), incorporadas pelo Estatuto Brasileiro, que no artigo 103 conceituou o ato infracional como “a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

Embora inimputáveis frente ao Direito Penal Comum, os adolescentes são imputáveis diante das normas da lei especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Os princípios garantistas do Direito Penal Comum e do Direito Penal Juvenil (Especial) devem ser invocados, comparando o intérprete as respectivas categorias jurídicas, para que por idêntico fato não seja o jovem punido com maior rigor do que seria o adulto.

O sistema Justiça da Infância e da Juventude para ser, mesmo, democrático de direito tem de ser garantista e responsabilizante, seguindo o Estatuto da Criança e do Adolescente, onde a inimputabilidade deixou de ser um mito para se adequar à realidade e à necessidade social.

Antônio Fernando Amaral e Silva

Desembargador do TJ/SC

Informações Bibliográficas

SILVA, Antônio Fernando Amaral e. O mito da imputabilidade penal e o estatuto da Criança e do Adolescente. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, I, n. 0, fev 2001.

Disponível em: <

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5549

>. Acesso em nov 2014.

O Âmbito Jurídico não se responsabiliza, nem de forma individual, nem de forma solidária, pelas opiniões, idéias e conceitos emitidos nos textos, por serem de inteira responsabilidade de seu(s) autor(es).