



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO PÚBLICO

KARYNA BATISTA SPOSATO

**ELEMENTOS PARA UMA TEORIA DA
RESPONSABILIDADE PENAL DE ADOLESCENTES**

Salvador

2011



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO PÚBLICO

KARYNA BATISTA SPOSATO

ELEMENTOS PARA UMA TEORIA DA
RESPONSABILIDADE PENAL DE ADOLESCENTES

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Federal da Bahia - UFBA, para
obtenção do Grau de Doutor.

Orientadora: Maria Auxiliadora Minahim

Linha de Pesquisa: Limites da Validade do Discurso Jurídico

Salvador

2011

KARYNA BATISTA SPOSATO

**ELEMENTOS PARA UMA TEORIA DA
RESPONSABILIDADE PENAL DE ADOLESCENTES**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia - UFBA, para obtenção do Grau de Doutor.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dra. Maria Auxiliadora Minahim
Universidade Federal da Bahia

Prof. Dra. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado
Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. Sebastian Borges de Albuquerque Mello
Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. Sérgio Salomão Shecaira
Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Emilio Garcia Mendez
Universidade de Buenos Aires

O48

Sposato , Karyna Batista

Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes/ por
karyna Batista Sposato. – 2011.

227 f.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Auxiliadora Minahim.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia

Faculdade de Direito, 2011.

RESUMO

O presente estudo tem o objetivo de oferecer os elementos para uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes, que revise os principais aspectos da responsabilidade penal e possa inspirar uma nova concepção de culpabilidade na matéria. O ponto de partida é a discussão do conceito de imputabilidade e suas repercussões para a menoridade penal. Adotando-se diferentes perspectivas, a partir de aspectos históricos, dogmáticos, político-criminais e de direito comparado, ambiciona-se desenvolver as primeiras bases de uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes. Por isso, são recuperadas as distintas legislações e regras em matéria de responsabilidade dos menores de 18 anos, através de um apanhado histórico do tratamento jurídico conferido à responsabilidade do menor de idade no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, são apresentados os modelos de responsabilidade e regulação de justiça juvenil discutindo-se as feições do modelo brasileiro. Da análise crítica desse modelo em vigência emerge a necessidade de alicerçar uma doutrina jurídica sólida capaz de fazer avançar a compreensão jurídico-social da problemática do crime cometido por adolescentes. Para tanto, torna-se indispensável enfrentar o tema da imputabilidade em suas mais variadas acepções e em sua correlação com a culpabilidade. Por fim, ao esboçar uma Teoria da Responsabilidade Penal de adolescentes, sob fundamentos eminentemente penais, assume-se o desafio dogmático de traçar possíveis feições de uma culpabilidade específica para os adolescentes quando autores de delito.

Palavras Chave: Menoridade Penal; Imputabilidade; Culpabilidade; Garantismo; Medidas Sócio-Educativas; Direito Penal Juvenil;

ABSTRACT

This study is aimed to offer the basic elements for a Criminal Responsibility Theory of minors. It begins with a revision about the most important aspects related to the criminal responsibility in general and tries to inspire a new concept of culpability in this specific field. The first step is the discussion about criminal capacity regarding its influence to the criminal minority. From different perspectives, including historical and criminal policy issues, dogmatic theory and a comparative Law methodology, the intention is develop the first and elementary bases for a Criminal Responsibility Theory of minors. So, the first rules and legislation related to the responsibility of minors in Brazil are reviewed in order to describe its juridical treatment in Brazilian Law. In furtherance the descriptive models of juvenile justice are presented allowing the discussion about the Brazilian model's characteristics. This critical analysis indicates that a juridical doctrine must be consolidated as a condition to improve social-juridical comprehension about juvenile crime. This target can only be achieved by the study of criminal capacity and its variable meanings concerning the concept of culpability. Finally, the goal of developing a Criminal Responsibility Theory of minors founded on criminal assents assumes a dogmatic challenge of designing a specific concept of culpability for adolescents when responsible by a criminal practice.

Keywords: Criminal minority; Criminal capacity; Culpability; Garantism; Socioeducational Measures; Criminal Juvenile Law;

RÉSUMÉ

Cette étude a l'objectif d'offrir les éléments pour une Théorie de La Responsabilité Pénale des Adolescents, qui revisite les principaux aspects de la responsabilité pénale et puisse inspirer une nouvelle conception de la culpabilité en la matière. Le point de départ est la discussion du concept d'imputabilité et ses repercussions sur la minorité pénale. On adopte différentes perspectives, à partir des aspects historiques, dogmatiques, politico-criminels et du droit comparé, visant le développement des premières bases d'une Théorie de la Responsabilité Pénale des Adolescents. Les diverses législations et règles sont donc récupérées en matière de responsabilité des mineurs de moins de 18 ans, à travers une étude historique approfondie du traitement juridique sur la responsabilité du mineur dans l'ordre juridique brésilien. Ensuite, les modèles de responsabilité et de régulation de la justice juvénile sont présentés discutant les aspects du modèle brésilien. L'analyse critique de ce modèle montre la nécessité d'élaborer une doctrine juridique solide, capable de faire avancer la compréhension juridico-sociale de la problématique du crime commis par des adolescents. Pour ce faire, il est indispensable de débattre le thème de l'imputabilité dans ses plus diverses conceptions et dans son rapport avec la question de la culpabilité. Finalement, en adoptant une Théorie de la Responsabilité Pénale des Adolescents, avec des fondements éminemment pénaux, on relève le défi dogmatique de tracer de possibles perspectives d'une culpabilité spécifique pour les adolescents auteurs de délit.

MOTS-CLÉS: minorité pénale; culpabilité; responsabilité pénale; justice juvénile

“Se as emoções variam de uma identificação positiva para uma identificação negativa com os adultos, em relação à criança e ao adolescente o fenômeno é ainda mais acentuado. Isto ocorre ainda mais pela indiscutível sedução que a infância exerce, ao menos nos primeiros anos, como promessa de uma vida que se instala só em pureza e bondade. No entanto, e como tudo na natureza, a uma qualidade opõe-se outra, o que deveria conduzir à procura do todo que, em sua essência, é diferente da soma das partes. A humanidade, todavia, insiste em fragmentar sua percepção do imaturo, entendendo-o em razão de facetas isoladas. Assim da pureza à perversidade, de alma abandonada à infância viciada, de carente à pivete, a criança flutua na consciência grupal com reflexos no Direito”.

Maria Auxiliadora Minahim

Trecho retirado da obra “Direito Penal da Emoção – a inimputabilidade do menor”, 1992, p. 118.

AGRADECIMENTOS

À memória de meu pai Nicodemo Sposato Neto.

Para Gabriel e José Mário

Agradeço a todos aqueles que possibilitaram a realização e os resultados deste trabalho. Em primeiro lugar minha orientadora, Professora Maria Auxiliadora Minahim, que no curso da orientação ocupou o papel de Mestre, amiga e parceira de trabalho. Sem dúvida, sem suas provocações e inquietações eu jamais haveria chegado a algumas das conclusões aqui apresentadas;

Agradeço particularmente aos professores Alessandra Rapassi Marcarenhas Prado e Sebastian Borges de Albuquerque Mello que por ocasião do exame de qualificação, aportaram significativas contribuições ao trabalho;

Meu agradecimento de sempre ao professor Emilio Garcia Mendez pela referência intelectual e ética que representa em minha trajetória acadêmica. Ao professor Miguel Cillero Bruñol pela disponibilidade e interlocução sobre o tema tão pouco ainda explorado. Ao professor Sérgio Salomão Shecaira, que por ocasião da orientação de meu mestrado na Universidade de São Paulo, foi, desde então, um grande incentivador para a continuidade dos meus estudos na temática do Direito Penal Juvenil, e ao professor Francisco Muñoz Conde, ícone e referência no estudo do Direito Penal.

Agradeço fortemente às amigas Bianca Carlos Souza Maas, Márcia Rodriguez Bertoldi, Karla dos Santos Ramos e Denise Vitale, pois cada uma a seu modo foi fonte de incentivo, perseverança e entusiasmo para a realização desta Tese.

À minha família, o reconhecimento de que este caminho somente foi trilhado em nome dos ensinamentos e do projeto de vida que me foi oportunizado, aos meus avós, Joaquim Baptista (*in memoriam*) e Elza Collino, pela presença marcante e determinante em minha infância e formação. À minha mãe, Ivone, por seu exemplo de profissional, mãe e mulher que com seu amor, carinho e cuidado garantiu minha formação humana e intelectual. À minha prima irmã Daniele, companheira de todas as histórias vividas.

E como quem desenrola um novelo, não poderia deixar de agradecer, além de oferecer este trabalho, aos meus dois meninos: Gabriel e José Mário, porque juntos temos aprendido muito!

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
PARTE I – SISTEMA E ESTRUTURA DO MODELO DE JUSTIÇA PENAL JUVENIL BRASILEIRO.....	04
Notas Introdutórias	04
CAPÍTULO 1- Aproximação Histórica ao Tratamento Penal do Menor de dezoito anos no Brasil	15
1.1. O Brasil Colônia e as Ordenações	15
1.2. O Código Penal do Império de 1830.....	18
1.3. O Código Penal Republicano de 1890	20
1.4. O primeiro Código de Menores de 1927.....	23
1.5. O Código Penal de 1940.....	27
1.6. O segundo Código de Menores de 1979.....	30
1.7. A democratização e a Constituição Federal de 1988.....	33
1.8. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Direito Penal Juvenil.....	47
1.8.1. O Conceito de Ato Infracional	49
1.8.2. Distinção entre Medidas de Proteção e Medidas Socioeducativas.....	53
1.8.3. Conclusões Preliminares.....	58
CAPÍTULO 2 – Modelos de Responsabilidade Penal de Adolescentes e a Regulação da Justiça Penal de Menores de Idade no Brasil	60
2.1. Modelo Punitivo ou Etapa Penal Indiferenciada.....	60
2.2. Modelo de Proteção ou Etapa Tutelar.....	63
2.3. Modelo Educativo ou de Bem-Estar.....	69
2.4. Modelo de Responsabilidade ou Etapa Garantista.....	70
2.5. Modelo Misto.....	73
2.6. Dificuldades para o reconhecimento de um Modelo Puro no Sistema de Justiça Juvenil Brasileiro.....	74
2.6.1. Da negação da natureza penal.....	75
2.6.2. Indeterminação das Medidas Aplicadas.....	77

2.6.3. Recusa à Imputabilidade	81
2.7. Conclusões Preliminares	84
CAPÍTULO 3 – Ambigüidades do Modelo de Responsabilidade do ECA: Ausência de Garantias e Amplo Arbítrio Judicial.....	86
3.1. Primeiros Esclarecimentos.....	86
3.2. Interpretação do Estatuto e padrão decisório no Direito Penal Juvenil.....	90
3.2.1. Teorias da Interpretação do Direito e Responsabilidade Penal Juvenil	95
3.3. Discurso Jurídico e Implicações para o Sistema penal juvenil brasileiro	102
3.4. Conclusões Preliminares.....	117
PARTE II – FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE PENAL DE ADOLESCENTES	124
Notas Introdutórias	124
CAPÍTULO 4 – Elementos Pressupostos da Responsabilidade Penal Juvenil.....	125
4.1. O Direito Penal Juvenil.....	125
4.2. O Conceito Material de Ato Infracional	130
4.3. A Natureza Jurídica da Medida Socioeducativa	133
4.4. Inimputabilidade Penal Etária e Menoridade Penal	139
4.4.1. Considerações Iniciais	139
4.4.2. Sobre a Imputabilidade	141
4.4.2.1. Capacidade de Ação	147
4.4.2.2. Capacidade de Dever	148
4.4.2.3. Capacidade de Pena	148
4.4.2.4. Capacidade de Entender e Querer	149
4.4.2.5. Capacidade de compreender a ilicitude do fato e de atuar conforme esta compreensão	149
4.4.2.6. Capacidade de Motivação	151
4.4.3. Conceitos e Fundamentos da Imputabilidade	156
4.5. Considerações Preliminares	163

CAPÍTULO 5 – Culpabilidade e Responsabilidade Penal Juvenil	166
5.1. Introdução ao Conceito Normativo de Culpabilidade	167
5.2. Modernas Teorias da Culpabilidade	170
5.2.1 Responsabilidade e Finalidades Preventivas em Claus Roxin	172
5.2.2. Funcionalismo e Fidelidade ao Direito em Günther Jakobs	175
5.2.3. Responsabilidade e Proporcionalidade em Winfried Hassemer	177
5.2.4. Motivação e combinação entre dogmática e política criminal em Francisco Muñoz Conde.....	180
5.5. Considerações sobre a culpabilidade	183
CAPÍTULO 6 – Tendências Político-criminais em Matéria de Responsabilidade Penal de Adolescentes	188
6.1. Considerações gerais	188
6.2. Diferenças relativas à idade penal	191
6.3. O debate da redução da idade penal no Brasil	193
6.3.1. Constituição Material e Inimputabilidade Penal Etária	194
6.3.2. Impedimentos Constitucionais à Redução da Idade Penal	196
6.3.2.1. Da Inconstitucionalidade das Propostas de Redução da Idade Penal e Violação da Constituição Material	200
CONCLUSÕES	204
APÊNDICE	209
Apêndice 1 – Marcos de Idade de Responsabilidade Penal na história jurídica brasileira	210
Apêndice 2 – Quadro Sinótico da Imputabilidade	211
Apêndice 3 – Idade de Responsabilidade Penal Juvenil em diferentes países	211
REFERÊNCIAS	217

INTRODUÇÃO

Muito embora o tema da adolescência em conflito com a lei venha ganhando cada vez mais espaço em discussões científicas e acadêmicas, no que concerne ao tratamento dispensado pelo Direito, são escassos os trabalhos e aportes científicos, sobretudo em Direito Penal.

Assim, a presente tese de doutoramento surge no seguimento de uma trajetória de estudos e pesquisas aplicadas no campo do Direito Penal Juvenil e da disciplina jurídica voltada à responsabilização de adolescentes pela prática de infrações penais. Representa ainda como que o cumprimento voluntário e obstinado de uma promessa que se construiu ao lado de colegas, mestres e comigo mesma de contribuir para a consolidação doutrinária sobre o tema.

O objetivo central é oferecer elementos para uma Teoria da Responsabilidade de Adolescentes destacando-se preliminarmente que tal intento não seria alcançável sem antes reunir o que desponta como sedimentado no campo da responsabilidade penal juvenil.

Por isso, para o desenvolvimento desta tarefa, a presente tese é dividida em duas partes. A primeira parte denominada Sistema e Estrutura do Modelo de Justiça Penal Juvenil brasileiro se desenvolve em três capítulos. O que se pretende é detalhar o modelo de regulação da justiça penal de menores de idade no Brasil, de modo a fazer sobressair em suas diversas categorias, os juízos político-criminais que lhe são subjacentes, sem deixar de assinalar as fragilidades ou conforme denominadas no trabalho, as ambiguidades dogmáticas do sistema.

Desta maneira, o primeiro capítulo desta primeira parte trata de recuperar as distintas legislações e regras em matéria de responsabilidade dos menores de 18 anos, possibilitando através de um apanhado histórico do tratamento jurídico conferido à responsabilidade do menor de idade no ordenamento jurídico brasileiro, identificar a influência do saber penal em sua configuração. O segundo capítulo cuida de descrever os modelos de responsabilidade e regulação de justiça juvenil analisando criticamente as características do modelo adotado no Sistema brasileiro.

O terceiro capítulo que encerra esta parte discute questões de interpretação, especificamente relacionadas à imposição da medida mais severa do Sistema, qual seja a internação, demonstrando que a prevalência de argumentos extrajurídicos e a textura aberta de alguns dispositivos legais exige uma formulação dogmática mais consistente.

A partir destas reflexões evidencia-se a premente necessidade de uma doutrina jurídica sólida capaz de fazer avançar a compreensão jurídico-social da problemática do crime cometido por adolescentes e de igual maneira assentar determinados princípios na jurisprudência nacional.

Considerando que traçar elementos de uma Teoria da Responsabilidade Penal de adolescentes importa revisitar todo o repertório penal até hoje construído para explicar e refletir sobre a responsabilidade penal de todo e qualquer indivíduo, a segunda parte da tese, intitulada Fundamentos da Responsabilidade Penal do Adolescente também composta por três capítulos, tem início com o capítulo quarto que detalha os chamados elementos pressupostos da responsabilidade penal juvenil.

Este capítulo adota uma perspectiva descritivo-analítica para definir e conceituar o Direito penal juvenil, o ato infracional, as medidas sancionatórias aplicáveis aos adolescentes, chamadas de medidas socioeducativas no ordenamento jurídico brasileiro, e o conceito de inimputabilidade penal etária que fundamenta e legitima a existência de um sistema penal diverso do tradicional de adultos para a imputação de responsabilidade aos menores de 18 anos. São assim, entendidos como pressupostos da responsabilidade penal juvenil e por isso, elementos da teoria que se pretende esboçar.

Destaque-se que este capítulo culmina com a discussão do conceito de imputabilidade e suas repercussões para a menoridade penal. Como resultado, apresenta-se com base na opinião de distintos autores, possibilidades de conceber a inimputabilidade penal etária como uma *imputabilidade sui generis* dos adolescentes, que, ainda que lhes afaste do sistema penal tradicional de adultos, não deixa de atribuir-lhes responsabilidade de natureza penal.

Deste modo, ganha especial relevância o aprofundamento no tema da culpabilidade em suas mais modernas abordagens com vistas a aprofundar a delimitação conceitual da inimputabilidade penal etária. Sendo assim, o quinto capítulo, denominado

Culpabilidade e Responsabilidade Penal Juvenil discute a culpabilidade a partir de seus dois grandes atributos: a fundamentação da pena e seu limite, conforme a doutrina contemporânea, destacando suas repercussões sobre a responsabilidade penal de adolescentes.

Por derradeiro, o sexto e último capítulo apresenta as principais tendências contemporâneas em matéria de responsabilidade de menores de idade, favorecendo uma leitura comparativa e de fundo constitucional do modelo brasileiro.

Em síntese, o trabalho se estrutura reunindo elementos históricos, dogmáticos, político-criminais e de direito comparado, com vistas a oferecer as primeiras bases de uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes.

Funda-se na necessidade de alicerçar uma doutrina adequada a atender a aplicação e a execução de medidas socioeducativas destinadas a adolescentes autores de ato infracional, definitivamente como matéria jurídico-penal.

Se o Direito Penal Juvenil é ao final e ao cabo, Direito Penal, se baseará também na culpabilidade, ainda que diferenciada em relação à culpabilidade do adulto, mas ainda assim culpabilidade. Assume-se, por isso, neste trabalho, o desafio de uma construção dogmática da Responsabilidade Penal de adolescentes, que revisita os principais elementos da responsabilidade penal e procura inspirar uma nova concepção de culpabilidade na matéria.

PARTE I - SISTEMA E ESTRUTURA DO MODELO DE JUSTIÇA PENAL JUVENIL BRASILEIRO

Notas Introdutórias

O objetivo central de oferecer elementos para uma Teoria da Responsabilidade de Adolescentes exige preliminarmente destacar que uma teoria serve ou deve funcionar como sistema¹ conceitual, destinado a fornecer tanto as normas metodológicas para a adequada produção de um saber, como as categorias gerais desse modelo de conhecimento. Aplicada ao Direito, a ideia de teoria² ou sistema conceitual tem em Karl Larenz um importante legado:

A ideia de sistema consubstanciou na ciência jurídica uma herança da doutrina de Direito natural (...) O Sistema significa aqui, portanto, muito mais do que mera clareza ou facilidade de domínio de uma certa matéria: significa a única maneira possível por que o espírito cognoscente consegue assegurar-se da verdade: o critério da racionalidade intrínseca, como exigência imprescindível da verdadeira cientificidade.³

Tomando o Direito como Ciência, Coing também tece considerações sobre o sistema jurídico, compreendido como teoria quando equivalente a uma soma de princípios racionais. Aliás, para ele a hipótese fundamental de toda Ciência é a de que uma estrutura racional, acessível ao pensamento, domine o mundo material e espiritual⁴.

¹ O vocábulo “sistema” também é empregado por Tercio Ferraz Jr. para designar uma ordem complexa, dotada de estrutura interna e cujos elementos se diferenciam entre si mas se unificam pelos objetivos comuns. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito** – Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas, 1988.

² Foi Karl Popper, em sua obra “A lógica da Pesquisa Científica”, quem traçou elementos para submeter criticamente as teorias à prova dos fatos e selecioná-las de acordo com os resultados obtidos, através da dedução lógica e da comparação dos resultados. Para tanto, Popper indica quatro diferentes linhas para submeter uma teoria à prova: a) comparação lógica das conclusões umas com as outras, para se testar a coerência interna do sistema; b) investigação da forma lógica da teoria, com objetivo de determinar se ela apresenta caráter de uma teoria empírica, científica ou tautológica; c) comparação com outras teorias, para ver se há avanço de ordem científica; e d) comparação da teoria por meio de aplicações empíricas das conclusões que dela se possam deduzir. (POPPER, Karl. **A Lógica da Pesquisa Científica**. São Paulo: Editora Cultrix. 1996. p.33)

³ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gublbekian, 1997, p.21.

⁴ COING apud CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 4ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gublbekian, 2008, p.14.

Como esclarece finalmente Tércio Sampaio Ferraz Jr.⁵, o pensamento sistemático, sobretudo no começo do século XVII, em estreita conexão com o problema da certeza na discussão teológica, foi transposto da teoria da Música e da Astronomia para a Teologia, para a Filosofia e para a Jurisprudência. Neste sentido, uma Teoria Geral deve corresponder a uma ordem teleológica de princípios e enunciados gerais, capaz de elevá-los ao grau máximo de generalização útil e condensá-los indutivamente a partir do confronto de diversos ramos a ela subjacentes.

No dizer de Canaris, o papel do conceito de sistema é traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica, sendo que a ideia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, nomeadamente do princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para a generalização⁶. Assomam-se outros postulados, tais quais como a segurança jurídica, a estabilidade e a continuidade da legislação como razões para o Direito ordenar-se como sistema e não vir a ser uma multiplicidade inabarcável de normas singulares, desconexas e de em demasiado fácil contradição umas com as outras.

Assim, uma teoria da responsabilidade de adolescentes será necessariamente parcial, uma vez que em face da Teoria Geral da Responsabilidade penal se concentra em analisar alguns aspectos metodológicos, parte do todo, como esforço reflexivo e metodológico que tem como foco o adolescente quando autor de infração penal. Ainda que parcial e ocupando-se de institutos específicos, peculiares e algumas vezes autônomos, não se desliga de todo o repertório penal até hoje construído para explicar e refletir sobre a responsabilidade penal de todo e qualquer indivíduo. Mais que isso, funda-se na compreensão de que a responsabilidade penal do adolescente corporifica o Direito Penal Juvenil, como campo próprio do Direito e subsistema do Direito Penal.

Fato é que tal questão referente à aplicação e execução de medidas socioeducativas destinadas a adolescentes autores de ato infracional, não encontra a atenção devida no campo do Direito e, menos ainda do Direito Penal. Por força de uma tradição tutelar⁷, se

⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio, **Introdução ao Estudo do Direito** – Técnica, Decisão, Dominação, op. cit.

⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Op. cit. *passim*

⁷ A tradição tutelar aqui mencionada corresponde à consolidação da Etapa Tutelar do Direito Penal Juvenil, que se realizou a partir de uma profunda interferência das áreas da Medicina, da Psicologia e da Assistência na construção normativa dos Códigos de Menores e na construção do trinômio

desenhou ao longo da história do Direito da Criança e do Adolescente, uma suposta autonomia da matéria de responsabilização dos menores de idade afastando de sua interpretação os princípios processuais-penais de garantia⁸ e de igual maneira dificultando qualquer reflexão de natureza dogmática e/ou político-criminal acerca das consequências e da natureza da intervenção penal sobre os adolescentes.

Como se a matéria infracional existisse em total divórcio do saber penal, ao longo da história do Direito Penal juvenil⁹ procurou-se ocultar a influência das diferentes correntes da ciência penal. Contudo, muito embora no estudo da temática careçam elementos de conexão, não se pode negar que à medida que determinadas visões se

Periculosidade-Menoridade-Pobreza. Emilio Garcia Mendez, ao recuperar as atas do Primeiro Congresso Internacional de Menores, realizado em Paris em junho de 1911, esclarece-nos os objetivos e fundamentos que nortearam a criação das Justiças de Menores, evidenciando seu matiz penal e repressivo e a fixação da categoria sociopenal do Menor para designar as crianças e adolescentes abandonados, pervertidos ou em perigo de o ser: *“Hoje me sinto muito feliz de poder transmitir uma fé profunda ao futuro dos tribunais para crianças. Tenho a certeza de que em alguns anos todos os países civilizados os terão completamente organizados. Esses tribunais se transformarão, em todas as partes, em centros de ação para a luta contra a criminalidade juvenil. Não somente ajudando-os a recuperar a infância decaída, mas também a preservar a infância em perigo moral. Esses tribunais poderão transformar-se, além disso, em auxiliares da aplicação das leis escolares e das leis do trabalho. Em torno deles se agruparão as obras admiráveis da iniciativa privada, sem as quais a ação dos poderes públicos não pode ser eficaz. Ao mesmo tempo que mantêm a repressão indispensável, subministrarão uma justiça iluminada, apropriada aos que devem ser julgados. Serão, ao mesmo tempo, a melhor proteção da infância abandonada e culpável e a salvaguarda mais eficaz da sociedade”*. Discurso proferido na sessão de abertura do Congresso, pelo deputado e membro da Academia Francesa, Paul Deschanel. A mentalidade dominante entendia que o “abandono moral e material constituía-se em um passo para a criminalidade”. Alerta-nos ainda, o autor, que seguramente sob o manto da proteção não foram poucos os casos de simulações e acusações de crianças para que a ação protetora do Estado pudesse se realizar em seu benefício em franca ocultação da realidade punitiva exercida sobre crianças e adolescentes. Caracterizada basicamente pelo despojamento de todas as garantias formais do processo penal em nome da proteção-repressão, a Etapa Tutelar promove, através da união do Direito com a Assistência Social, uma “Nova Justiça” e o saneamento moral da sociedade. GARCIA MENDEZ, Emilio. **Infância e Cidadania na América Latina**. São Paulo: Editora Hucitec/IAS, 1998.

⁸ Como será objeto de análise detalhada neste trabalho, e conforme aponta o principal expoente do garantismo penal contemporâneo, Luigi Ferrajoli, o maior desafio ao garantismo na atualidade é elaborar técnicas de decidibilidade no plano teórico, torná-las vinculantes no plano normativo e assegurar sua efetividade no plano prático (FERRAJOLI, L. **Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal**. 4ª edición. Editorial Trotta. Madrid. 2000). Mais que isso, afirmar que o campo de atribuição de responsabilidade penal de adolescentes e conseqüente imposição de sanções jurídico-penais, como são as medidas socioeducativas, encontra-se divorciado dos princípios processuais-penais de garantia, significa reconhecer uma dupla violação de direitos: de um lado, o não reconhecimento dos adolescentes como titulares do direito ao devido processo legal e, simultaneamente, por outro lado, a negação da natureza penal da restrição da liberdade que resulta da imposição das medidas a eles impostas.

⁹ Em trabalho publicado em 2006 pela Editora Revista dos Tribunais sob o título “O Direito Penal Juvenil” resultado de minha dissertação de mestrado junto ao Departamento de Direito Penal e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), defendi a existência e a validade de um Direito Penal Juvenil brasileiro, a partir do estudo da construção do Direito da Criança e do Adolescente, da organização do Sistema de Justiça da Infância e Juventude brasileira e da matéria pertinente à responsabilização de adolescentes autores de ato infracional no Estatuto da Criança e do Adolescente. O mesmo posicionamento é compartilhado por outros estudiosos do tema, como João Batista Costa Saraiva, Ana Paula Motta Costa, Sergio Salomão Shecaira, Afonso Armando Konzen, Flávio Américo Frasseto, dentre outros. SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

consolidavam no Direito penal de adultos, naturalmente viriam a influenciar as teses e as doutrinas justificantes da aplicação de sanções a adolescentes autores de infração penal, por mais que se desejasse negar tal realidade dos procedimentos e da construção teórica específica.

Como é possível constatar ao longo da história, envolvidas em um discurso de assistência e educação, as sanções aplicadas aos adolescentes, denominadas medidas socioeducativas, operaram e ainda operam um exercício do poder punitivo sobre os adolescentes e jovens, muitas vezes mais agudo e desmedido que qualquer outro¹⁰.

Desta forma, ainda se faz necessária a superação dos sistemas tutelares fundados nas ideias de inferioridade e incapacidade do adolescente e, portanto, de sua irresponsabilidade penal. Sob a égide de um sistema tutelar de proteção, se realizam manifestações arbitrárias do poder punitivo sobre a categoria *adolescentes em conflito com a lei*, quando o discurso e a percepção do senso comum reforçam, no sentido inverso, um sentimento de impunidade, indiferença penal e suposta benevolência da legislação especial no trato da questão.

Se de um lado, a experiência brasileira denota em termos legislativos o abandono do Menorismo¹¹, com a ratificação da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e a adoção do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, de outro, as práticas institucionais padecem com a persistência de uma lógica tutelar e correccional em seus procedimentos. Fala-se aqui não só dos programas de

¹⁰ A falta de racionalidade na aplicação das medidas se revela ora pela ausência de proporcionalidade, ora por justificativas fundadas em necessidades de proteção do adolescente, e não em seu agir. Como se poderá constatar em inúmeros casos, os adolescentes são privados de sua liberdade em razão de sua situação de vulnerabilidade social ou pessoal, e em nome de sua proteção, não de sua responsabilização.

¹¹ Por *Menorismo* se quer referir o conjunto de princípios e regras fundado na doutrina da Situação Irregular, correspondendo ao tratamento dispensado aos menores de idade a partir de uma suposta abordagem autônoma do Direito Penal e por isso desvinculada dos princípios de garantia: contraditório, ampla defesa, equilíbrio entre acusação e defesa. E que no campo da execução de sanções e programas específicos, caracteriza-se por uma intervenção sem prazo determinado e altamente correccional. Nas lições de Luigi Ferrajoli, o paradigma paternalista do direito menoril resultava de sua natureza informal e discricionária, sempre consignado a um suposto poder “bom” que invariavelmente atuaria no “interesse superior do menor”. Como também aponta brilhantemente João Batista Costa Saraiva, este pressuposto resultou dramaticamente desmentido pela realidade, transformando-se o sistema da Doutrina da Situação Irregular na ausência absoluta de regras, possibilitando e legitimando os piores abusos e arbitrariedades. SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p.30.

execução das medidas sancionatórias ou socioeducativas, mas também de igual modo do funcionamento do Sistema de Justiça (Judiciário, Ministério Público e Defensorias).

A imposição de medidas socioeducativas como antídoto à situação de vulnerabilidade¹² do adolescente reflete a resistência em superar o paradigma das legislações de menores, ou seja, a chamada Doutrina da Situação Irregular, fundada numa ideologia tutelar, terapêutica e higienista. Vale dizer que a situação irregular legitimou durante mais de seis décadas uma intervenção¹³, não raro violenta, do Estado, ao estado perigoso sem delito, verificável dentre os menores de idade.

E não seria exagerado observar que na atualidade, após 21 anos de entrada em vigor da Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) permanece vivo um direito penal do autor¹⁴ nos procedimentos da Justiça da Infância e Juventude em matéria infracional.

Um adolescente infrator representa no imaginário coletivo o *portador do mal*, o *portador da violência*. Norbert Lechner discute as reações à violência e à delinquência, apontando sua dimensão como reflexo dos medos ocultos ou interiores de uma sociedade. Ele pondera que provavelmente nenhuma representação do imaginário coletivo seja tão funcional como a interpretação da delinquência juvenil, que resulta

¹² Dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) na pesquisa *Mapeamento da Situação das Unidades de Execução de Medida Socioeducativa de Privação de Liberdade ao Adolescente em Conflito com a Lei (2006)* demonstraram que quanto aos quesitos escolaridade, ocupação e rendimento, a maior parte dos adolescentes privados de liberdade no Brasil não frequentava a escola quando praticou o delito (51%) e não trabalhava (49%), sendo que entre os que trabalhavam cerca de 40% exerciam ocupações no mercado informal. Em relação ao grau de instrução, observou-se que 89% dos adolescentes internados não concluíram o ensino fundamental, apesar de se encontrarem em uma faixa etária (16 a 18 anos) equivalente à do ensino médio.

¹³ A Doutrina da Situação Irregular sustentou-se durante a vigência dos dois Códigos de Menores: o conhecido Código Mello Matos, de 1927, que a inaugura; e depois, sob a égide do Código de Menores de 1979, que a atualiza, sendo somente revogada com a entrada em vigor do ECA em 1990.

¹⁴ Vale retomar as lições de Zaffaroni sobre o Direito Penal do Autor como o conjunto das teorias que concebem a explicação da pena em características dos autores dos delitos. Este Direito penal imagina que o delito é um *estado do autor*, sempre inferior às demais pessoas consideradas normais. Este estado de inferioridade tem para alguns, natureza moral e para outros, natureza mecânica; ou seja, para os primeiros, o homem que incorre na prática de delitos coloca-se em estado de pecado penal, em consequência, a reprovação e a pena devem adequar-se ao grau de perversão pecaminosa de sua conduta. Para os segundos, o delito sinaliza uma falha, indicando um *estado de perigo ou perigosidade*, e as agências jurídicas constituem aparatos mecanicamente determinados a corrigir ou neutralizar as peças que falham. Em ambas as concepções, o criminalizado é um ser inferior. ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho Penal: parte general**. 2ª Edição, Buenos Aires: Ediar, 2002.

emblemática - por sua irracionalidade e imprevisibilidade¹⁵. O impacto social dos fatos delituosos cometidos por adolescentes e sua forte repercussão pública, que em muitas ocasiões, excedem os marcos de proporcionalidade em relação à preocupação com a criminalidade adulta, à corrupção, ao comércio ilícito de drogas e outras expressões de violência que afetam nossa sociedade, pode se explicar pela falta de discussão das reais causas da violência, e também, por que não dizer, pela busca de um bode expiatório¹⁶.

Ao que tudo indica, esta é a realidade que se constata não só na interpretação da norma nos juizados especializados, fóruns da infância e juventude, mas com igual intensidade na execução das medidas impostas no âmbito dos programas governamentais e unidades de internação do atual chamado *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE*¹⁷ brasileiro.

As medidas socioeducativas, aplicadas muitas vezes sem a observância do devido processo legal e do contraditório, constituem uma ferramenta de reforço da exclusão a que muitos ou a esmagadora maioria dos adolescentes estão expostos. A ironia é que no momento de sua imposição, as medidas socioeducativas se sustentam num discurso compensatório, já que os adolescentes envolvidos com a prática de infrações penais sempre revelam em alguma fase de suas vidas direitos negligenciados, desde famílias problemáticas, violência doméstica, baixa escolaridade, defasagem escolar, precária

¹⁵ LECHNER, Norbert. **Los Pátios Interiores de la Democracia**: Subjetividad y Política. 2ª Edição. México/DF: Fondo de Cultura Económica, 1995.

¹⁶ Winfried Hassemer trabalha com a chamada Teoria do Bode Expiatório para demonstrar que, no que tange à ideia de reprovação presente nas sanções e disseminada no senso comum, a sociedade afetada pelo mal o projeta sobre a pessoa individual, e acaba por desejar que a mesma seja afastada ou expulsa. A identificação de um Bode Expiatório resulta, portanto, de um mecanismo psicossociológico diante do crime e da violência. SPOSATO, Karyna Batista. *Culpa e Castigo: Modernas Teorias da Culpabilidade e Limites ao Poder de Punir*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais – Nº 56/ setembro-outubro de 2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

¹⁷ O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) corresponde à política de atendimento aprovada em 2006 pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança (Conanda) para a implementação das medidas socioeducativas no Brasil. Fruto de um intenso processo de construção e discussão coletiva desde 1999, tendo contado com a participação de representantes governamentais e não governamentais, especialistas na área e diversos atores sociais do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente, possui como princípio norteador de todo o Sistema a integração da política socioeducativa com os demais sistemas, como a Saúde, Educação, Assistência Social, Justiça e Segurança Pública. Por isso, o SINASE pode ser concebido como um conjunto ordenado de princípios, regras e critérios, de caráter jurídico, político, pedagógico, financeiro e administrativo, que envolve desde o processo de apuração de ato infracional até a execução de medida socioeducativa, incluindo os sistemas estaduais, distrital e municipais, bem como todas as políticas, planos e programas específicos de atenção ao adolescente em conflito com a lei. Desta forma, o SINASE se constitui como a organização nos três níveis de governo (federal, estadual e municipal) dos equipamentos destinados à execução das medidas socioeducativas, em superação aos modelos *Febem* (herança da Funabem, cuja lógica se amparava nos grandes complexos de privação de liberdade e na natureza de instituições totais das unidades sem comunicação com as políticas setoriais).

inserção no mercado de trabalho, abandono e vivência institucional em abrigos ou vivência de rua. Deste modo, a medida acaba se definindo em razão de uma condição do adolescente e afastando-se da análise do ato infracional praticado, no que concerne à sua legalidade, à autoria, e, sobretudo à proporcionalidade da resposta sancionatória.

Paradoxalmente a execução da medida reforça a mesma negligência já conhecida por parte dos jovens, quando não aperfeiçoa a segregação por intermédio de práticas de violência, humilhação e constrangimentos¹⁸.

Ou seja, a condição social do adolescente é ainda o principal fundamento utilizado para a imposição de uma medida socioeducativa. Tal distorção revela, portanto, que muitas vezes o caso exigiria uma medida de proteção, legalmente prevista no artigo 101 do ECA. A matéria originariamente de ordem social se converte num passe de mágica em penal. O que era uma questão de política pública passa a ser questão de polícia.

Trata-se daquilo que Francisco Muñoz Conde caracteriza como uma redução do Estado Social e um aumento do Estado Policial, penal e penitenciário¹⁹. No caso dos adolescentes, predomina forte resistência em reconhecer que as chamadas medidas socioeducativas são em verdade sanções jurídico-penais; é dizer, são penas.

Conseqüentemente, a delimitação da natureza e finalidade da medida socioeducativa, juntamente com o conceito de ato infracional e as discussões sobre imputabilidade, culpabilidade e menoridade penal situam-se como os elementos basilares para esboçar a teoria que se pretende. Partindo do pressuposto que a medida socioeducativa tem natureza penal, uma vez que representa o exercício do poder coercitivo do Estado e implica necessariamente uma limitação ou restrição de direitos ou de liberdade, de uma perspectiva estrutural qualitativa não difere das penas. Isto por que cumpre o mesmo papel de controle social formalizado que a pena, possuindo finalidades e conteúdo similares.

¹⁸ São inúmeros os relatórios de organizações de direitos humanos que atestam o alto grau de violência no interior das unidades de internação. Apenas a título ilustrativo, podemos citar o relatório da Anistia Internacional “Aqui ninguém dorme sossegado” de 1999, os relatórios anuais do Centro de Justiça Global, os relatórios da Human Rights Watch “Verdadeiras Masmorras” sobre o Rio de Janeiro, e outras unidades no norte do país.

¹⁹ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *As Reformas da Parte Especial do Direito Penal Espanhol em 2003: da Tolerância Zero ao Direito penal do Inimigo*. In: Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ. Disponível em: <<http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp>>. Acesso em: 02 jan. 2005.

Destaque-se que a medida socioeducativa, assim como a pena o é, deveria condicionar-se ao princípio da legalidade, haja vista que o Estatuto da Criança e do Adolescente utilizou como técnica a *tipificação delegada*, ou seja, a aplicação dos tipos penais de adultos para definir as infrações do sistema de justiça juvenil. Deste modo, reforça-se o entendimento da medida socioeducativa como espécie de sanção penal, uma vez que representa a resposta do Estado diante do cometimento de um ato infracional²⁰ praticado por adolescentes, e revela a mesma seleção das condutas antijurídicas que se exerce para a imposição de uma pena.

Diante de todo o exposto, evidencia-se que as medidas socioeducativas e sua execução não se dissociam, portanto, da política criminal. E revestem-se de uma feição extremamente importante, pois constituem o sistema formalizado de controle penal sobre a adolescência²¹, subsistema do sistema penal.

A natureza penal das medidas impõe uma incidência restrita e limitada aos casos de estrita necessidade. Vale dizer que a imposição de uma medida socioeducativa não pode fundamentar-se em condições pessoais dos adolescentes, tal como a falta de respaldo familiar, a baixa escolarização, a presença de algum sofrimento psíquico, entre outras circunstâncias que não traduzem a prática de um ilícito penal, e que denotam, sobretudo, a ausência de uma política de atenção à adolescência e juventude em suas necessidades.

Ou seja, se a legalidade é pressuposto necessário para a aplicação de uma pena segundo a fórmula clássica *Nulla poena el nullum crimen sine lege*, também o é para a imposição de uma medida socioeducativa²².

O catálogo de fatos puníveis aos adolescentes nunca poderá ser mais amplo que dos adultos, mas sim se recomenda que seja mais restrito. As razões para postular esta descriminalização primária para adolescentes decorrem de sua situação particular frente ao Estado e suas normas. Esta é a posição decorrente de uma *Teoria do Sujeito*

²⁰ Na letra do Estatuto da Criança e do Adolescente, precisamente no artigo 103, descreve-se o ato infracional como toda conduta equivalente a crime ou contravenção penal.

²¹ Se o Direito penal representa o sistema de controle social formalizado, tomando as lições de Zaffaroni, naquilo que é específico, o Direito penal juvenil representa o mesmo controle formalizado dirigido especialmente aos adolescentes.

²² Ainda que pareça óbvio sinalizar a incidência da legalidade como condição da aplicação de qualquer medida socioeducativa, casos como o de um adolescente internado por tráfico de drogas que não portava droga alguma, ou por receptação sem estar na posse da coisa roubada são aberrações jurídicas que se repetem nas varas da infância e juventude pelo país.

Responsável formulada por Bustos Ramirez e Hormazábal Malarée, que concebe a discussão de responsabilidade com relação a uma pessoa determinada em um marco social concreto.

Segundo os autores, como será detalhado ao longo do trabalho, o problema da responsabilidade não diz respeito unicamente ao indivíduo ao qual se atribui um ato, e sim ao Estado no que concerne à sua capacidade ou legitimação política para exigir responsabilidade. Em outras palavras, a capacidade que possui o Estado de exigir a observância de suas proibições ou mandatos não é a mesma com relação a todas as pessoas. A dimensão ou intensidade desta capacidade de exigir varia de acordo com cada pessoa, da relação com suas circunstâncias pessoais e de sua relação com o Estado.

Consequentemente, o Estado somente pode exigir responsabilidade pelo comportamento antinormativo se disponibilizou todos os elementos necessários para que a resposta fosse conforme a norma. Esclarecem ainda os autores, que todas as garantias próprias do direito penal de adultos devem ser asseguradas ao adolescente, e de acordo com o princípio do interesse superior da criança ou adolescente e o dever de proteção do Estado, tais garantias devem ser ainda superiores de forma a impedir qualquer prejuízo ao seu desenvolvimento e formação²³. Mas esta talvez seja uma discussão demasiado sofisticada ao nosso sistema que sequer se reconhece penal.

É importante frisar que o reconhecimento do caráter penal e sancionatório da medida socioeducativa não retira a tarefa e o desafio pedagógico que se colocam para a Justiça da Infância e Juventude e para os programas de atendimento socioeducativo. Este aspecto relaciona-se em primeiro lugar com a identificação das finalidades a que se destinam as sanções e sua interface com as demais políticas, e em segundo com a concepção do adolescente, enquanto sujeito, titular de direitos.

Começando pelo segundo ponto destacado, a identificação do adolescente como sujeito de direitos não se constitui em mero enunciado teórico desprovido de consequências práticas.

²³ BUSTOS RAMIREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Nuevo Sistema de Derecho Penal**. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

Como leciona Mary Beloff²⁴, a partir da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, os adolescentes são responsáveis pelos delitos que cometem de maneira específica. A responsabilidade é justamente o ponto de partida da abordagem que considera o jovem como sujeito de direito. É decorrência do direito a ser como é, e também do direito a ser responsável pelo que faz. Sendo assim, no marco da Convenção, ser sujeito de direitos significa que crianças e adolescentes são titulares dos mesmos direitos de que gozam todas as pessoas e mais direitos específicos que decorrem da condição de pessoa que está crescendo, em desenvolvimento. Nem meia pessoa, nem pessoa incompleta, menos ainda incapaz; simplesmente se trata de uma pessoa que está em fase de intenso desenvolvimento, uma vez que as pessoas são pessoas completas em cada momento de seu crescimento.

Esta concepção coloca em xeque o conceito de inimputabilidade aplicado aos menores de idade, historicamente concebido como ausência de responsabilidade. Tomando o conceito de inimputabilidade do Código Penal Brasileiro e sua interpretação, permanece em termos doutrinários o critério biopsicológico que pode ser traduzido em desenvolvimento biológico (maturidade / imaturidade) e desenvolvimento psicológico (saúde mental). Para os menores de 18 anos, o artigo 27 do Código Penal brasileiro declara a inimputabilidade, fundado exclusivamente na causa etária. Como ensina Alberto Silva Franco, o déficit de idade, por si só, faz da pessoa um inimputável²⁵.

O que não significa que a inimputabilidade dos menores de 18 anos exclua sua responsabilidade por ilícitos penais, e autorize uma indiferença penal diante do cometimento de um ato típico e antijurídico. Daí emerge a necessidade de uma adequada Teoria da Responsabilidade Penal de adolescente, que inclua o reconhecimento de uma culpabilidade específica aos menores de idade.

Portanto, a discussão não se encerra em incorporar as garantias de direito penal de adultos aos adolescentes. Não se pretende que os Estados Nacionais reconheçam crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e então os tratem como adultos, e sim que os tratem como pessoas em desenvolvimento. O desafio, portanto, é maior e mais

²⁴ BELOFF, Mary. *Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos*. In: Revista Justicia y Derechos del Niño. n. 2. Buenos Aires: UNICEF, 2001.

²⁵ FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui. (Coords.) **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. Vol.1, Tomo 1, 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

complexo; não basta aplicar o direito penal tradicional aos adolescentes; é preciso que o direito penal juvenil se consolide como tal e seja mais benigno que o direito penal²⁶.

Emerge também desta forma a necessidade de construção e consolidação de um verdadeiro devido processo em matéria penal de adolescentes, ainda incipiente quando se observa que as regras da presunção da inocência, o direito a apresentar e contestar provas, o direito a defesa técnica e a julgamento por um órgão jurisdicional competente, independente e imparcial, sem demora, o direito de não ser obrigado a prestar testemunho ou declarar-se culpado, o direito a revisão e impugnação da sentença, o respeito a sua integridade e intimidade durante o procedimento de apuração de responsabilidade, o direito a medidas alternativas à internação durante o processo, e o princípio da proporcionalidade, dentre outros, parecem ficção científica e excentricidade dos instrumentos internacionais se contrastados à realidade.

A não afetação de direitos não atingidos pela sentença também é artigo de luxo em se tratando do sistema de justiça juvenil. Embora pareça evidente que a privação da liberdade não seja sinônimo da privação ou restrição de todos os direitos dos adolescentes, são sistemáticas as violações de direitos humanos em todos estados da federação: restrição a visitas familiares, isolamento de 24 horas, regimento interno baseado em castigo e premiação são alguns episódios da história recente no cenário nacional.

Todas estas questões reforçam o principal objetivo deste trabalho: não apresentar uma teoria pronta e acabada, mas, sim, oferecer elementos de reflexão sobre o tema que embora de inegável relevância, tem merecido pouca ou nula atenção dos doutrinadores.

O primeiro passo nesta empreitada é percorrer, na história do Direito penal brasileiro, o tratamento dispensado aos menores de idade quando autores de infração penal.

²⁶ Entre os estudiosos do tema, há consenso relativamente ao Direito penal juvenil ser um verdadeiro Direito penal, porém adaptado às necessidades dos adolescentes e em consideração ao fato de que adultos e adolescentes possuem realidades distintas. O menor de idade possui traços sociais próprios, uma personalidade própria que está em constante, vertiginosa e contínua evolução. Conforme assinala Boldova Pasamar, o direito está obrigado a assumir tais diferenças no tocante à sua regulação, e em concreto o Direito penal deve aceitar tais diferenças estabelecendo um Direito penal juvenil distinto do Direito penal dos adultos. (BOLODOVA PASAMAR, Miguel Angel. **Lecciones de lãs Consecuencias Jurídicas del Delito**. GRACIA MARTIN (coord.) Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2004, p.431.)

CAPÍTULO 1 – APROXIMAÇÃO HISTÓRICA AO TRATAMENTO PENAL DO MENOR DE DEZOITO ANOS NO BRASIL

Este capítulo procura recuperar, na história, a construção normativa da responsabilidade penal do adolescente no Brasil, desde o Brasil Colônia até a atual legislação especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

1.1. O Brasil Colônia e as Ordenações

Como é sabido, no período pós-descobrimento do Brasil, todo o regime jurídico se fundava na legislação de Portugal²⁷. Em matéria penal e processual penal, originalmente havia o Livro V das Ordenações Afonsinas, que tiveram vigência até 1521, contudo pouco aplicadas em território nacional já que efetivamente os portugueses se fixaram no país mais tarde do que isso. Em seguida, as Ordenações Manuelinas também estabeleceram normas penais e processuais penais em seu Livro V, vigorando por pouco mais de 80 anos²⁸.

Entretanto, em termos de importância e aplicabilidade efetiva, foram as Ordenações Filipinas, vigentes por mais de dois séculos, que produziram impactos em matéria criminal, e também no específico tratamento jurídico destinado aos menores de idade. No Título CXXXV, do Livro V, estabelecia-se que:

Quando algum homem, ou mulher, que passar de vinte anos cometer qualquer delito, dar-lhe-á a pena total, que lhe seria dada, se de vinte e cinco anos passasse. E se for de idade de dezessete anos até vinte, ficará ao arbítrio dos julgadores dar-lhe a pena total, ou diminuir-lha. E neste caso olhará o julgador o modo com que o delito foi cometido e as circunstâncias dele, e a pessoa do menor, e se achar em tanta malícia, que lhe pareça que merece pena total, dar-lhe-á, posto que seja de morte natural. E parecendo-lhe que não a merece, poder-lhe-á diminuir, segundo qualidade, ou simpleza, com que achar, que o delito foi cometido. E quando o delinquente for menor de dezessete anos cumpridos, posto que o delito mereça morte natural, em nenhum caso

²⁷ Apesar disso, consta que as Ordenações Afonsinas e as Ordenações Manuelinas, esta última com vigência até 1603, pouco influíram na colônia. Em realidade, mais importância tinham as determinações reais especialmente decretadas para a nova colônia. THOMPSON, Augusto F. G. **Escoço Histórico do direito criminal luso-brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1982, p. 89.

²⁸ SHECAIRA, Sergio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.27.

lhe será dada, mas ficará ao arbítrio do julgador dar-lhe outra menor pena²⁹.

Estabelecendo regras ancoradas na máxima “*Quando os menores serão punidos por os delitos que fizerem*”, as Ordenações Filipinas adotavam pena total àqueles que tivessem mais de 21 (vinte e um) anos e menos de 25 (vinte e cinco) anos, considerada a idade de responsabilidade plena. Entretanto, na faixa de idade de 17 (dezesete) a 21 (vinte e um) anos, ficaria a cargo do julgador aplicar a pena total ou diminuí-la, o que deveria ser analisado com base nas circunstâncias do delito e na pessoa do menor. Para os menores de 17 (dezesete) anos, restava vedada a pena de morte, podendo contudo ser fixada quaisquer das outras penas previstas, a critério do juiz³⁰. Também ficava ao arbítrio do julgador condenar o menor de 21 (vinte e um) e maior de 17 (dezesete) anos à pena total ou parcial. Já o maior de 21 (vinte e um) anos que cometesse delito era condenado à mesma pena que o maior de vinte e cinco anos.

Alguns doutrinadores chegaram a considerar as disposições das Ordenações Filipinas demasiadas, pois não conferiam aos impúberes o tratamento que era conferido já em Roma, à época da Lei das XII Tábuas, quando se admitia a distinção entre púberes e impúberes, para subtrair estes últimos ao regime punitivo comum, sujeitando-os apenas a *castigatio*. Ainda no direito romano - Código de Justiniano - é estabelecida a distinção entre infantes – menores até sete anos - e impúberes – de sete a quatorze anos – mantendo-se os primeiros isentos de qualquer julgamento penal.³¹

Cabe também observar que as Ordenações Filipinas contemplavam como condenação para determinados crimes a pena não só para o agente da conduta proibida, como também para os seus descendentes, atingindo assim menores de qualquer idade e sem qualquer relação com o fato criminoso.

Sob a égide das Ordenações Filipinas, portanto, a responsabilidade penal dos menores iniciava-se aos 7 (sete) anos, eximindo-se o menor da pena de morte e concedendo-lhe redução de pena. Entre 17 (dezesete) e 21 (vinte e um) anos já se configurava um sistema de jovens adultos, admitindo-se a condenação à morte, e também em

²⁹ PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. Bauru: Jalovi, 1980, p.134.

³⁰ PINHO, Ruy Rebello. **História do Direito penal brasileiro – Período Colonial**. São Paulo: Edusp, 1973, p. 100.

³¹ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Tomo II. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito Ltda., 1956, p. 163.

determinadas circunstâncias, diminuição da pena imposta. A responsabilidade penal era portanto fixada a partir dos 7 (sete) anos.

A fixação dos 7 (sete) anos remonta sobretudo a aspectos socioculturais. Como reportou Philippe Ariès³², a adolescência confundia-se com a infância, que terminava em torno dos sete anos de idade, quando se iniciava, sem transição, a idade adulta. Desde a Idade Média, é possível constatar tal confusão, como se depreende dos textos recuperados por Ariès que tratam abundantemente deste tema:

As idades correspondem aos planetas e são em numero de 7: a primeira idade é a infância que implante os dentes e começa essa idade quanto o infante nasce dura até os sete anos, e nessa idade o que nasce recebe o nome de infante o que equivale a dizer não-falante, porque nesta idade não pode falar nem bem formar com perfeição as suas palavras (...) Após a infância vem a segunda idade, que se chama puerita e é assim chamada porque nessa idade se é ainda como a pupila que está no olho, e dura esta idade até os catorze anos. Segue-se depois a terceira idade a que se chama adolescência, que termina segundo Constantino no seu *Viatico*, ao vigésimo primeiro ano.³³

É sugestivo observar que até os dias atuais alguns marcos legais ainda se baseiam nas mesmas idades, 14 (catorze) anos para a presunção de violência nos delitos contra a dignidade sexual, ou como referem outros como idade de consentimento pleno para a

³² Philippe Ariès (1914-1984) foi um dos primeiros pesquisadores a dedicar-se ao estudo da infância na família, considerando o lugar da criança nas representações artísticas e nos relatos históricos. Observou que, antes da Idade Média, à exceção da arte grega, “não havia um lugar para a infância”. Antes do século XVIII, era inexistente “a consciência coletiva desse sentimento de infância, que só começou a ser construído a partir da modernidade. As crianças raramente eram representadas em quadros e esculturas e, quando apareciam, eram retratadas segundo as características físicas de adultos, só que em tamanho reduzido; a imagem exata de adultos em miniatura. Figuras com características infantis passaram a aparecer em obras de cunho religioso e, mais tarde, também na arte laica, em pinturas que retratavam famílias da nobreza. Entre as representações sociais sobre a infância, ignorava-se que crianças fossem dotadas de personalidade, ao nascimento. Não se pensava que essa criança contivesse já em si uma pessoa humana completa, como hoje é comum pensarmos. Talvez por isso, muitas custassem a receber um nome e, mesmo nas famílias de posse, quando morriam eram enterradas no próprio pátio doméstico. Ninguém pensava em conservar a imagem de uma criança, quer esta tivesse sobrevivido, tornando-se adulto, quer tivesse morrido com pouca idade. No primeiro caso, a infância era apenas uma passagem sem importância que não havia razão para fixar na lembrança; no segundo, o da criança morta, não se pensava que essa criaturinha desaparecida cedo demais fosse digna de memória. Havia uma forte tendência de gerar muitos filhos para conservar apenas alguns. Alguns recém-nascidos eram entregues a amas para o aleitamento, e nunca mais recolhidas pelos pais. São costumes inadmissíveis, se os analisamos à luz das concepções atuais, segundo as quais crianças caracterizam-se como sujeitos de direitos sociais. As crianças que sobreviviam, tão logo adquiriam algum desembaraço, passavam a se misturar às rodas de adultos. Como o ofício de trabalho era frequentemente realizado na própria casa, brincar e trabalhar eram atividades que se misturavam, levando as crianças a migrarem diretamente à posição de trabalhadores, sem passar pela adolescência e juventude, tal como as conhecemos nos dias atuais”. ARIÈS, Philippe. **A Criança e a Vida Familiar no Antigo Regime**. Trad. Miguel Serras Pereira e Ana Luísa Faria. Lisboa: Relógio D'Água, 1988. p.65, passim.

³³ Ibidem, p. 41.

relação sexual, e 21 (vinte e um) anos como idade abaixo da qual incide a circunstância atenuante que reduz a pena³⁴.

Por ora, importa destacar que tal qual demonstrou Maria Auxiliadora Minahim, o comportamento do direito penal em relação aos menores de idade, durante a Idade Média e séculos seguintes, guardou profunda relação com o obscurantismo daquele período³⁵. Como consequência dos valores da Igreja, menores de sete anos eram considerados privados de liberdade moral e do necessário discernimento, e os impúberes, sujeitos à verificação da capacidade de dolo. O resultado se traduzia em brutalidade e dureza³⁶ no trato desta população, que conforme apontou Philippe Robert, eram castigados para infundir-lhes “um temor sacro e sincero”³⁷.

A confusão entre adolescência e infância perdurou até o século XVII, estando a infância ligada à ideia de dependência. Uma vez superada a dependência, também superada estava a etapa. Na Idade Média, nos tempos modernos, por mais tempo ainda nas classes populares, as crianças confundiam-se com os adultos assim que se considerava que eram capazes de realizar determinadas tarefas, o que se dava por volta dos 7 (sete) anos de idade.

1.2. O Código Penal do Império de 1830

Com o Código Penal do Império de 1830³⁸, a responsabilidade penal dos menores é fixada aos 14 (catorze) anos, e na faixa de idade dos 7 (sete) aos 14 (catorze) anos estabelece-se uma imputabilidade relativa:

³⁴ Conforme artigo 224, alínea a) do Código Penal: Presume-se a violência se a vítima não é maior de 14 (catorze) anos e de acordo com o artigo 65, I do Código Penal: São circunstâncias que sempre atenuam a pena: ser o agente menor de 21 (vinte e um) anos, na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença.

³⁵ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal da Emoção** – a imputabilidade do menor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 23.

³⁶ Consta que os castigos se baseavam em penas corporais utilizando-se de varas, socos, beliscões e pontapés e em alguns casos até mutilações.

³⁷ ROBERT, Philippe, 1975 apud MINAHIM, Maria Auxiliadora, **Direito Penal da Emoção** – a imputabilidade do menor, op. cit., p. 23.

³⁸ Após a Proclamação da Independência do Brasil, em 07 de setembro de 1822, o Brasil tem outorgada a Constituição do Império, em 25 de março de 1824. Seu texto previa a criação de um Código Criminal “fundado nas sólidas bases da justiça e equidade” e declarava expressamente o fim dos suplícios e das penas infamantes. Seis anos mais tarde, em 16 de dezembro de 1830, surge o primeiro Código Penal – Código Criminal do Império do Brasil.

Art. 10: Também não se julgarão criminosos:

§ 1º. Os menores de quatorze anos.

Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze anos, que tiverem cometido crimes obraram com discernimento, deverão ser recolhidos às casas de correção, pelo tempo que ao juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda a idade de dezessete anos.

Com a responsabilidade iniciando-se aos 14 (catorze) anos, o Código permitia a extensão da privação de liberdade até os 17 (dezessete) anos. Observa-se desta maneira a adoção de um sistema biopsicológico para a punição de crianças entre 7 (sete) e 14 (catorze) anos. Nesta faixa, os menores de idade que agissem com discernimento poderiam ser considerados relativamente imputáveis, sendo passíveis de recolhimento às casas de correção³⁹, pelo tempo que o juiz entendesse conveniente, contanto que o recolhimento não excedesse a idade de 17 (dezessete) anos.

Consoante às disposições do Código Criminal do Império, aos infratores na faixa etária dos 14 (catorze) aos 21 (vinte e um) anos de idade, as penas seriam atenuadas, sendo que aos menores de 17 (dezessete) anos concedia-se penas de cumplicidade, o que implicava na substituição de penas muito severas por outras, como por exemplo a substituição da pena de morte por pena de galés, consistente na imposição de trabalhos forçados, executados com calceta nos pés e correntes de ferro⁴⁰.

Destaque-se a previsão do artigo 18, parágrafo 10º estabelecendo a menoridade como circunstância atenuante do crime, alcançando o delinquente menor de 21 (vinte e um) anos. A propósito, observa Magalhães Noronha, baseado nas lições de Roberto Lyra, que a previsão da menoridade como circunstância atenuante é uma originalidade do Código de 1830, desconhecida, até então, das legislações francesa (1810) e napolitana (1819), que o influenciaram⁴¹.

³⁹ Importante assinalar que desde as origens, as previsões legais em matéria de execução das sanções impostas aos adolescentes se constituem em cenário de violação de direitos. Consta de documentos e registros históricos que as chamadas casas de correção não foram construídas, levando com isso o recolhimento dos menores de idade aos mesmos estabelecimentos de adultos em franca promiscuidade.

⁴⁰ GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. **Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

⁴¹ MAGALHÃES NORONHA, E. **Direito penal**. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 56.

1.3. O Código Penal Republicano de 1890

Após a Proclamação da República em 15 de novembro de 1889, e pouco antes da promulgação da primeira Constituição Republicana do Brasil, fato que ocorreu em 24 de fevereiro de 1891, é promulgado o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, o Código de 1890⁴².

No Código Penal de 1890, a responsabilidade penal dos menores de idade, com caráter objetivo, permaneceu fixada aos 14 (catorze) anos de idade. Estabeleceu ainda o Código, em seu artigo 27, § 1º, não ser criminoso o menor de 9 (nove) anos, e portanto fixou uma presunção *iures et iure* de falta de intenção criminosa nesta idade, resultando na irresponsabilidade penal plena. Na faixa de idade de 14 (catorze) anos e 9 (nove) anos, adotou-se o critério biopsicológico, fundado na ideia do discernimento⁴³, a ser analisado com base na avaliação do magistrado⁴⁴.

No § 2º do mesmo artigo 27, estabeleceu a presunção *juris tantum*, admitindo prova em contrário, para os maiores de 9 (nove) anos e menores de 14 (catorze), que agissem sem discernimento, e o artigo 30⁴⁵ previa o recolhimento dos infratores nesta faixa etária em estabelecimentos disciplinares pelo tempo que parecesse adequado ao juiz, desde que não excedesse a idade de 17 (dezesete) anos⁴⁶.

Na faixa seguinte, dos 14 (catorze) aos 17 (dezesete) anos de idade, o discernimento era sempre presumido e resultava na diminuição de 2/3 das penas cominadas aos adultos, e dos 17 (dezesete) aos 21 (vinte e um) anos havia a imposição das mesmas penas dos adultos com atenuantes. O sistema do código se completava em relação à idade com a disposição do artigo 42 § 1º, que declarava como circunstância atenuante "ser o delinquente menor de 21 anos"; e com a do artigo 65, que dispunha que "quando

⁴² Decreto n° 847, de 11 de outubro de 1890.

⁴³ Segundo a literatura do período, o discernimento se definia como a madureza do juízo, aquele que coloca o indivíduo em posição de apreciar com retidão e critério as suas próprias ações. VIEIRA, Octaviano, 1906, apud SPOSATO, Karyna Batista, **O Direito Penal Juvenil**, op. cit.

⁴⁴ Esta demonstração poderia bastar-se pela ocultação dos vestígios do crime por parte da criança.

⁴⁵ Segundo o artigo 30: "Os maiores de nove anos e menores de quatorze, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais, pelo tempo que ao juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda a idade de dezesete anos".

⁴⁶ Paulo Afonso Garrido ressalta que o Código Penal da República (Dec. 847, de 11.10.1890) determinava o recolhimento de infratores entre 9 e 14 anos a estabelecimentos disciplinares, sendo este também o destino para os maiores de 14 anos que incidissem na contravenção de vadiagem (artigo 39, parágrafo 2º). GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. **Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada**, op. cit.

o delinquente for maior de 14 e menor de 17 anos, o juiz lhe aplicará as penas da cumplicidade.

Em síntese, não é possível afirmar que tenha o Código de 1890 feito uma opção unicamente pelo critério biológico, porque ele não se afastou totalmente da consideração acerca do discernimento: em que pese a separação entre infância e puberdade com efeitos distintos, (art. 27, §1º e §2º) de modo que os menores de 9 (nove) anos não são considerados criminosos, os maiores de 9 (nove) e menores de 14 (catorze) anos só não serão considerados criminosos se tiverem agido sem discernimento.

Pode-se constatar que até este momento o Direito Penal Juvenil encontra-se na chamada Etapa Penal Indiferenciada⁴⁷, tendo como objeto central a “pesquisa do discernimento”⁴⁸. A Etapa Penal Indiferenciada do Direito Penal Juvenil se caracteriza basicamente por três critérios principais: o tratamento jurídico dispensado às infrações cometidas por menores de idade no âmbito das mesmas legislações e diplomas legais que regulam a responsabilidade penal dos adultos, a imposição das mesmas sanções jurídico-penais (mesmas penas cominadas aos adultos), ainda que com atenuantes, e a execução e cumprimento das sanções nos mesmos estabelecimentos penais de adultos.

Esta etapa é superada com o surgimento das jurisdições e legislações especializadas; com o objetivo de tornar a matéria autônoma e independente do direito penal tradicional, levaram não só à especialização do Direito como à separação da infância e adolescência em crianças e adolescentes de um lado e menores de outro.

Os chamados Tribunais de menores foram criados na Inglaterra (1905), Alemanha (1908), Portugal e Hungria (1911), França (1912), Japão (1922), e Espanha (1924)⁴⁹. Na América Latina, o movimento de reformas durou 20 anos, sendo a Argentina, em 1921, a precursora na promulgação da primeira legislação específica, a lei 10.903 – mais conhecida como Lei Agote, seguida do Brasil (1923), México (1927), Chile (1928) e

⁴⁷ Diz-se Penal Indiferenciada a Etapa na qual as questões relativas a crianças e adolescentes envolvidos em crimes, em toda a América Latina, foram tratadas com base nos Códigos Penais retribucionistas do século XIX, e cuja única diferenciação se limitava à redução de penas, permitindo todavia sua execução em estabelecimentos destinados aos adultos. SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**, op. cit., p. 27.

⁴⁸ Ibidem, p. 31.

⁴⁹ GARCIA MENDEZ, Emilio. **Infância e Cidadania na América Latina**. op. cit., p. 52.

Venezuela (1939). Para o caso brasileiro, que particularmente nos interessa, é a década de 20 o marco temporal da instituição da Etapa Tutelar do Direito Penal Juvenil.

No Brasil, o percurso de consolidação da Etapa Tutelar e a criação da lei menorista têm início com a Lei nº 4.242, de 05 de janeiro de 1921, que fixava a "Despesa Geral da República dos Estados Unidos do Brasil para o exercício de 1921", firmada pelo Presidente Epitácio Pessoa. Esta, em seu art. 3º, autorizava o Governo a organizar o "serviço de assistência e proteção à infância abandonada e delinquente".

A Lei nº 4.242, de 05 de janeiro de 1921, abandonando o sistema biopsicológico vigente desde o Código Penal da República (1890), estabeleceu um critério puramente objetivo de imputabilidade penal, afirmando, em seu artigo 30, § 16, a exclusão de qualquer processo penal de menores que não tivessem completado 14 (catorze) anos de idade. A imputabilidade penal foi, pois, fixada em 14 (catorze) anos de idade, por critério puramente objetivo.

Posteriormente, o Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1922, conhecido como Consolidação das Leis Penais, afirmou novamente, em seu art. 27, § 1º, que não são criminosos os menores de 14 anos.

Em paralelo, cada vez mais se discutia a assistência e proteção à infância no Brasil, a exemplo do I Congresso Brasileiro de Proteção à Infância, presidido pelo Dr. Mancorvo Filho, em 1922. E assim, com base no Decreto nº 16.272, de 20 de dezembro de 1923, foram criadas as primeiras normas de Assistência Social, visando à proteção dos menores abandonados e delinquentes.

Na sequência, o Decreto nº 16.273, de 20 de dezembro de 1923, que reorganizou a Justiça do Distrito Federal, incluiu a figura do Juiz de Menores na administração da Justiça, sendo que o magistrado José Candido de Mello Mattos Mattos foi o primeiro juiz de menores da América Latina.

1.4. O Primeiro Código de Menores de 1927

Em 1923, surgiu o primeiro Juizado de Menores do Brasil, no Distrito Federal, sob a coordenação de Mello Mattos e a partir de sua experiência nasceu o Código de Menores em 1927⁵⁰, conhecido então como Código Mello Mattos.

O artigo 1º dispunha: “o menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código”.

Em primeiro lugar, desponta a fixação da responsabilidade penal plena dos adultos em 18 (dezoito) anos e em segundo, no que se refere aos menores de idade, observa-se a presença de duas categorias: os abandonados⁵¹ e os delinquentes, sendo que os primeiros abrangiam vadios, mendigos, e libertinos, conforme os artigos 28, 29 e 30 também do Código. Contudo não havia diferenciação entre estes para a aplicação de medidas a cargo do juiz de menores⁵².

⁵⁰ Decreto Federal 17.943, de 12 de outubro de 1927.

⁵¹ Nos termos do artigo 26 do Código, abandonados eram “aqueles que não tinham habitação certa, que se encontravam eventualmente sem habitação certa, que tinham pai, mãe ou tutor incapaz de cumprir os seus deveres para com o filho ou tutelado, que viviam com os pais ou tutores, mas se entregavam à prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, que se encontravam em estado de vadiagem, mendicância ou libertinagem, que frequentavam lugares de jogo ou moralidade duvidosa, aqueles que fossem vítimas de abuso de autoridade, maus tratos físicos, castigos imoderados por pais ou tutores, ou que estivessem privados habitualmente dos alimentos ou dos cuidados indispensáveis à saúde, que tivessem pais ou tutores condenados por sentença irrecorrível a mais de dois anos de prisão por qualquer crime ou a qualquer pena como coautor, cúmplice, encobridor ou receptor de crime cometido por filho ou tutelado, ou por crime contra estes”.

⁵² Sobre o papel dos Juízes de Menores merece menção sua natureza paternal. Sobre a jurisdição, destaca-se sua celeridade e simplicidade. Lemos Britto oferece uma síntese: “O caráter principal desses tribunais (de menores) é a simplicidade. Simplicidade na organização. Simplicidade nas práticas de julgamento. Simplicidade na aplicação das medidas de caráter coercitivo ... (um) tribunal numeroso equivaleria à morte desta luminosa criação. Basta um juiz para julgar. Porém, esse juiz deve ser exclusivamente um juiz de menores: não deve, não pode, exercer outra função. Se nas grandes cidades, ou em regiões onde o coeficiente de criminalidade é mais elevado, torna-se necessária a criação de diversas especializações do crime, também é imperioso que se designem juízes especiais para o julgamento de menores. Tais juízes têm a função espinhosa e difícil de se familiarizar com esse mundo misterioso e, talvez impenetrável, que é a alma infantil. Cada um deles será um juiz calmo e amoroso, dedicado a seu sacerdócio, juiz-pai é a expressão que melhor deveria caracterizá-lo. Nada de formalidades prejudiciais. Nada de requisições públicas. Nada de acusação e de defesa. O critério adotado é este: segregar o acusado do público, principalmente de outros menores. Não admitir salvo em casos particulares, a acusação, que sempre busca nublar quadro, argumentando sobre a culpa do acusado, nem a defesa que tentando atenuar a culpa, poderá conduzir o cérebro do menor à convicção de que o fato delituoso do qual é réu, é uma banalidade, uma ação trivial, perdoável, que poderá repetir à vontade entregando-se a suas paixões sem risco de punição. O juiz atua como pai. É o que afirma o juiz tutelar de Chicago, eminente julgador de centenas de menores de faltas mais ou menos graves.” (BRITTO, Lemos. Os sistemas penitenciários do Brasil p.79-80 apud GARCIA MENDEZ, Emilio. *Infância e cidadania na América Latina*, op. cit., p. 58.

Esta é, aliás, a pedra angular da doutrina da situação irregular como preleciona Emilio Garcia Mendez: a indistinção entre menores abandonados e delinquentes. Tal doutrina não significa outra coisa que legitimar uma potencial ação judicial indiscriminada sobre crianças e adolescentes em situação de dificuldade.

A responsabilidade penal dos menores é então fixada aos 14 (catorze) anos, limite abaixo do qual não se admitia qualquer processo, com base no artigo 68 da lei. Na faixa de idade de 14 (catorze) a 18 (dezoito) anos, quando houvesse prática de delito, haveria um processo penal, porém de natureza especial. Mesmo sem a ocorrência de delito, a legislação previa medidas institucionalizadoras, conforme o artigo 24, parágrafo 2º:

Se o menor for abandonado, pervertido, ou em perigo de o ser, a autoridade competente promoverá a sua colocação em asilo, casa de educação, escola de preservação, ou o confiará a pessoa idônea, por todo o tempo necessário à sua educação, contanto que não ultrapasse a idade de 21 anos.

A legislação indicou de forma minuciosa as atribuições da autoridade judiciária e as prerrogativas do Juizado de Menores, acrescentando à categoria de menor pervertido ou abandonado a expressão “em perigo de o ser”. Esta abertura significou um raio de abrangência demasiado amplo, especialmente para o aumento do número de menores e proporcional diminuição do número de crianças e adolescentes⁵³. O biotipo, a vestimenta, a cor davam margem a apreensões sumárias e arbitrárias, fundamentadas na situação de perigo e na situação irregular, como oportunamente será detalhado.

Além disso, mesmo que o acusado de uma infração penal fosse absolvido, o juiz poderia, nos termos do artigo 73:

a) entregar o menor aos pais ou tutor ou pessoa encarregada de sua guarda; b) entregar o menor sob condições, como a submissão ao patronato, a aprendizagem de um ofício ou uma arte, a abstenção de bebidas alcoólicas, a frequência de uma escola, a garantia de um bom comportamento, sob pena de suspensão ou perda do pátrio poder ou

⁵³ Para a infância, como destaca Emilio Garcia Mendez, a família e a escola cumprem as funções de controle e socialização. Para os “menores” será necessária a criação de uma instância diferenciada de controle sociopenal: o tribunal de menores. No mesmo sentido, Shecaira identifica que dadas às possibilidades de institucionalização mesmo sem delito, não é por acaso que grande parte da doutrina demonstre a categoria jurídica específica do menor como oriunda da etapa tutelar e em oposição à das crianças e adolescentes. Estes últimos são cuidados pelas famílias; daquela outra categoria – a do menor – quem cuida é a Justiça. SHECAIRA, Sergio Salomão. **Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil**, op. cit., p.39.

destituição da tutela; c) entregar o menor a pessoa idônea ou instituto de educação; d) sujeitar o menor à liberdade vigiada.

Conforme destaca Sergio Salomão Shecaira na obra **Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil**, a punição prevista aos adolescentes na faixa de idade de 14 (catorze) a 18 (dezoito) anos era objeto de controvérsia⁵⁴, pois de acordo com o parágrafo 2º do artigo 69, aquele menor que não fosse abandonado nem pervertido ou que não estivesse em perigo de o ser, deveria ser recolhido a um reformatório por um período de 1 (um) a 5 (cinco) anos, evidenciando a contradição de uma internação totalmente desmotivada, vale dizer fundada na possibilidade de cometer um delito futuro, o que equivale às chamadas medidas pré-delituais, concretizando portanto, uma intervenção direcionada ao estado perigoso sem delito⁵⁵. Também o parágrafo 3º do mesmo artigo estabelecia um prazo de internação para os chamados pervertidos, abandonados ou em perigo, de 3 (três) a 7 (sete) anos, em escolas ou reformatórios⁵⁶.

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

⁵⁴ Ibidem, p.38.

⁵⁵ Expressão utilizada por Zaffaroni em Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**, op. cit.

⁵⁶ Relatos históricos confirmam que as escolas-reformatórios transformam-se nesta época em verdadeiros laboratórios de ciências pedagógicas, e embora a privação de liberdade já fosse concebida como um mal, permanece como a intervenção adequada para a correção do comportamento de crianças e jovens infratores para e pelo trabalho. Ocorre aquilo que Edson Passetti definiu como a opção política do Estado de educar pelo medo, mesmo que a institucionalização gere efeitos perversos à personalidade. Ao contrário de corrigir, o internato deforma; porém cumpre-se a missão civilizadora, saneadora e até mesmo higienista. Sobre os efeitos estigmatizantes da privação de liberdade não são poucos os estudos e as investigações. No caso de pessoas em formação, seu impacto é ainda maior. O autor destaca que a prisão e os internatos em nome da educação para o mundo ou da correção de comportamentos desempenharam papel singular. Existem ao mesmo tempo como imagem disciplinar da sociedade – nelas os supostos desajustados deverão ser enquadrados – e imagem da sociedade transformada em ameaça – o lugar onde ninguém pretende ir. Por isso mesmo são incapazes de equacionar soluções para o retorno dos encarcerados sem deixá-los estigmatizados ou tampouco poupar suas famílias da economia do crime, pois mais cedo ou mais tarde elas acabam participando da ilegalidade que se instala desde as prisões. PASSETTI, Edson. **Crianças carentes e políticas públicas**. In: DEL PRIORI, Mary (Org.) **História das Crianças no Brasil**. Ed. 2. São Paulo: Editora Contexto, 2000, p. 355.

Em que pese a expressa proibição no artigo 86 da lei, de que o recolhimento fosse realizado em prisões comuns, sabe-se que a prática era a utilização de presídios de adultos, em alguns casos destinando-se aos menores celas separadas, dada a inexistência de uma política de atendimento específica⁵⁷. Foi somente com a entrada em vigor do Código Penal de 1940 que a referida proibição passou a ser devidamente observada⁵⁸.

Em 1932, por ocasião da denominada “Consolidação das Leis Penais”, são mantidas as mesmas disposições do Código de Menores, ao considerar que não eram criminosos aqueles menores de 14 anos (art. 27, §1º), e que constituía circunstância atenuante ser o delinquente maior de 18 anos e menor de 21 anos (art. 42, §11). Estabeleceu-se no artigo 30: “Os menores de 18 anos, abandonados e delinquentes, ficam submetidos ao regime estabelecido pelo Decreto 17943-A, de 12 de outubro de 1927, Código de Menores.”

Apesar da Consolidação, muitos projetos de alteração do código penal eram apresentados e discutidos, com destaque o do desembargador Virgílio de Sá Pereira, sobre o qual René Ariel Dotti afirma:

A influência exercida pela Escola Positiva ficou bem delineada através da orientação adotada em importantes setores como a classificação dos delinquentes, a periculosidade criminal e social, a individualização e indeterminação da pena, o emprego das medidas de segurança etc.⁵⁹

⁵⁷ Irene Rizzini descreve que através do Decreto-Lei N° 2.035, de 27 de fevereiro de 1940, foi concebida uma Justiça de Menores no Brasil, estabelecendo as funções do Juiz e do Curador de Menores. Tal Justiça, inspirada no amplo movimento humanitário do século XIX, tinha como base a ideia de salvar a criança, como forma de salvar o Brasil, ou seja, o ideário salvacionista. Identifica-se na criança, filha da pobreza, um importante elemento de transformação social, de acordo com o projeto político da época, o que passa a justificar e legitimar uma série de medidas repressivas impostas sob a forma de assistência aos pobres. RIZZINI, Irene. **O Século Perdido – Raízes Históricas das Políticas Públicas para a Infância no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Universitária Santa Úrsula/Amais, 1997. Não é por acaso também que uma das obras pioneiras neste campo tenha sido denominada “Os salvadores das crianças ou a Invenção da delinquência” de Anthony Platt. PLATT, Anthony M. **The Child Savers: the invention of delinquency**. Second edition. Chicago: University of Chicago press, 1977.

⁵⁸ Destaque-se a criação do Conselho Nacional de Serviço Social (Decreto-Lei n° 525, de 1º de julho de 1938), e a incorporação do serviço social como parte integrante dos programas de bem-estar e da legislação dos anos 40, através de serviços públicos com o objetivo de suprir deficiências ou sofrimentos causados pela pobreza e miséria; também o Decreto-Lei n° 3.799, de 05 de novembro de 1941, que criou o Serviço de Assistência ao Menor (SAM), destinado a atuar junto aos menores desvalidos e delinquentes, e que foi o embrião do que mais tarde seria a Funabem, berço de todas as Febems.

⁵⁹ DOTTI, Rene Ariel. **Reforma penal brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1988, p. 153. Nesta obra o autor destaca que Jimenez de Asúa considerou o projeto uma das melhores leis penais do futuro.

Tal projeto cuidava do tema da menoridade diferenciando-a em duas: a absoluta e a relativa; a primeira terminava aos 14 (catorze) anos completos e excluía a imputabilidade, não se admitindo portanto qualquer imposição de medida repressiva; a menoridade relativa findava aos 18 (dezoito) e acarretava a mesma repressão conferida aos adultos nos termos do artigo 33.

1.5. O Código Penal de 1940

Com o advento do Código Penal de 1940 (Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940), adota-se o critério puramente biológico em matéria de responsabilidade de menores de idade, fixando-se a imputabilidade penal de adultos aos 18 (dezoito) anos, conforme descreve o artigo 27 do Código, vigente até os dias atuais: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.

Originalmente o legislador no diploma de 1940, no artigo 22, utilizou a expressão responsabilidade penal, que no entender de René Ariel Dotti⁶⁰ tem um caráter mais abrangente que imputabilidade, na medida em que compreende não só a capacidade de culpa, ou seja, a culpabilidade, como também os demais elementos do crime e as condições objetivas de punibilidade. Foi com a Reforma de 1984 que o artigo 27 passou a ter a redação acima transcrita.

A Exposição de Motivos da Parte Geral reformada⁶¹ do Código é clara ao estabelecer que:

Manteve o projeto a inimputabilidade penal ao menor de 18 (dezoito) anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente antissocial na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o Estado

⁶⁰ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

⁶¹ A reforma penal de 1984, inspirada na doutrina de Francisco de Assis Toledo, através da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, deu nova redação à Parte Geral do Código Penal, mantendo o critério puramente objetivo, consoante a maioria das democracias ocidentais, reafirmando a imputabilidade penal aos 18 anos de idade, em seu artigo 27 – Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal.

dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinquente, menor de 18 (dezoito) anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinquente adulto, expondo-o à contaminação carcerária.

Não se pode deixar de destacar dois aspectos centrais; o primeiro correspondente à adoção do critério biológico em sede de responsabilidade penal de menores: sua aferição prescinde de qualquer indagação psicológica, representando uma verdadeira exceção à regra de verificação do grau de desenvolvimento mental e psicológico do indivíduo e de outros aspectos relacionados ao crime praticado. Em outras palavras, a causa etária 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 inimputável⁶². Pela primeira vez a inimputabilidade tem como limite a idade de 18 anos na legislação penal do país.

O segundo aspecto é de natureza político-criminal e guarda profunda relação com o primeiro. É possível afirmar que a adoção da presunção absoluta de inimputabilidade aos menores de 18 (dezoito) anos não repousa em aspectos relacionados à capacidade ou incapacidade de os menores de idade compreenderem o caráter ilícito de seus atos e conseqüentemente em suposta incapacidade de autodeterminação, mas como a própria Exposição de Motivos esclarece, repousa em opção apoiada em critérios de Política Criminal, qual seja a não utilização do mesmo sistema de responsabilização dos adultos e nem tampouco das mesmas conseqüências penais, como a pena criminal. Esta inovação que tem suas primeiras manifestações no Código Penal de 1940 e vem a ser consolidada na Reforma da Parte Geral de 1984 anuncia a configuração de uma Responsabilidade Penal Especial dos adolescentes, fundada sobretudo no reconhecimento do princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento⁶³.

⁶² SILVA FRANCO, Alberto; STOCCO, Rui. (Coord.). **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. Vol. 1, Tomo 1. Ed. 6, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1997.

⁶³ A condição peculiar da pessoa em desenvolvimento é princípio que norteia os parâmetros interpretativos de toda a normativa atual pertinente a crianças e adolescentes, tendo em vista que garante seu reconhecimento como sujeitos portadores de garantias e direitos, ressalvadas as necessidades da individualização e tratamento diferenciado, em virtude do estágio de intenso desenvolvimento bem como a formação da personalidade durante cada estágio de vida. Decorre da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e do chamado Corpus Iure da Doutrina da Proteção Integral das Nações Unidas, com base no conjunto de tratados e documentos internacionais relativos à matéria. No

Contudo, a visão ainda prevalecente na Exposição de Motivos, de tratar-se o menor de idade de um ser incompleto, denota o legado da perspectiva menorista que ainda produzirá efeitos no ordenamento pátrio até a completa revogação dos Códigos de Menores.

Vale destacar ainda que para conciliar as disposições do Código de Menores de 1927 com a inimputabilidade, fixada no Código Penal de 1940 em 18 anos, foi necessária a adoção em 1943 do Decreto-lei 6026⁶⁴, com o objetivo de harmonizar os dois estatutos, através de disposições relativas aos menores de 18 anos que praticassem infração penal. Concretamente, no que tange aos procedimentos de apuração da prática de infrações, o Decreto-lei 6.026/43 passou a definir duas modalidades de processos para infrações praticadas por menores, conforme a faixa etária. Até 14 (catorze) anos, o procedimento se realizava necessariamente diante do juiz de menores; na faixa de 14 (catorze) a 18 (dezoito) anos, admitia-se ser iniciado perante a polícia com posterior intervenção jurisdicional.

Tal Decreto foi revogado pela Lei 5.258, de 10 de abril de 1967 que modificou o Código de Menores em alguns pontos, dentre os quais os relativos às infrações penais praticadas pelos maiores de 14 (catorze) e menores de 18 (dezoito) anos e das medidas a eles aplicáveis. Esta lei foi severamente criticada por ter rompido com a distinção entre a legislação tutelar e a penal. Acabou tendo alguns de seus artigos revogados pela Lei 5.439, de 22 de maio de 1968, que corrigiu parte de suas inadequações.

plano doméstico, na atualidade, a Constituição Federal Brasileira respalda o princípio em questão: Art. 227. § 3º O direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: V- Obediência aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade. O mesmo princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento encontra previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente: Art.6.º- Na interpretação desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

⁶⁴ Esta legislação recebeu elogios por parte de Nelson Hungria que propugnava pela necessidade de que o Estado defendesse os interesses do menor, enquanto responsável pela consecução de fins coletivos, a quem cabia, consequentemente, uma função de assídua vigilância e proteção desses interesses. No entanto, situava a questão do menor como uma opção de política criminal. “Ao invés de assinalar o adolescente transviado com o ferrete de uma condenação penal, que arruinará, talvez irremediavelmente, sua existência inteira, é preferível, sem dúvida, tentar corrigi-lo por métodos pedagógicos, prevenindo a sua recaída no malefício. O *delinquente juvenil* é, na grande maioria dos casos, um corolário do *menor socialmente abandonado*, e a sociedade, perdoadando-o e procurando, no mesmo passo, reabilitá-lo para a vida, resgata o que é, em elevada proporção, sua própria culpa. Assim tem sido, modernamente, uma assídua preocupação do Estado o amparo material e moral da infância e adolescência.” HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 1, Tomo 2. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 346, *passim*.

Em 1969, o Decreto-lei 1.004, de 21 de outubro, converte em lei projeto de alteração do código penal, baseado no anteprojeto de Nelson Hungria. Tal Código, porém, após sucessivas prorrogações da entrada em vigor, não chega a ter efetiva vigência em nosso país⁶⁵. Em relação à inimputabilidade do menor de idade, optou pelo critério biopsicológico, ao considerar o menor de 18 (dezoito) anos inimputável, possibilitando, contudo, para quem já tivesse completado 16 (dezesesseis) anos, a verificação de suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Nesse caso, a pena seria aplicada diminuída de um terço à metade.

Idêntico tratamento é encontrado no artigo 50 do Código Penal Militar, (Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969). Segundo esse artigo, o menor de 18 (dezoito) anos é inimputável, salvo se, já tendo completado 16 (dezesesseis) anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento, caso no qual a pena seria aplicada diminuída de um terço à metade.

1.6. O Segundo Código de Menores de 1979

O segundo Código de Menores é resultado de intensos debates na comunidade nacional e internacional⁶⁶ sobre a questão da delinquência juvenil e da condição da infância e juventude. Neste cenário é importante sublinhar que em 1943 foi formada uma comissão revisora do Código de Menores, que acabou criando o Departamento Nacional da Criança e, posteriormente, chegou ao entendimento de que o novo Código deveria ter caráter social, e não ser essencialmente jurídico, pois entendia que o problema da criança era principalmente de assistência. Muito embora se avançasse na compreensão da questão dos menores abandonados e da delinquência juvenil como uma questão reconhecidamente de cunho social, permanecia a ideia de que caberia ao setor jurídico resolvê-la.

⁶⁵ Conhecido como Projeto Hungria, o Decreto nunca chegou a entrar em vigor no país.

⁶⁶ Com o final da Segunda Guerra Mundial, o final da década de 1940 é marcado pelo processo de marcha pelos Direitos Humanos, destacando-se, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU. Em 20 de novembro de 1959, onze anos depois, a ONU produziria a Declaração dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil, e que se constitui como marco fundamental no ordenamento jurídico internacional relativo aos direitos da criança. Destes documentos vem a florescer posteriormente no século XX a Doutrina da Proteção Integral.

Com a instalação do regime militar, as discussões em torno do processo de reforma do Código de Menores foram interrompidas, e a questão foi elevada à categoria de problema de segurança nacional, prevalecendo o incremento de medidas repressivas.

É neste cenário sociopolítico que é aprovada a Lei n° 4.513, de 01 de dezembro de 1964, responsável pela criação da Política Nacional de Bem-Estar do Menor, estabelecendo uma gestão centralizadora e vertical. O órgão nacional gestor de referida política passa a ser a Funabem⁶⁷ (Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor) em substituição à antiga SAM; no âmbito estadual, os seus órgãos executores estaduais as Febem's (Fundações Estaduais de Bem-Estar do Menor).

Até a promulgação de novo Código de Menores – Lei n° 6.697, de 10 de outubro de 1979, algumas normas esparsas e medidas de natureza administrativa são adotadas⁶⁸ até que se alcança em plenitude a consagração da Doutrina da Situação Irregular, mediante o caráter tutelar da legislação e a ideia de criminalização da pobreza⁶⁹.

O artigo 1º da lei estabelecia: “Este Código dispõe sobre a assistência, proteção e vigilância a menores: I – até dezoito anos de idade, **que se encontrem em situação irregular**; II – entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei.” (*grifo meu*).

O artigo seguinte define a “Situação irregular” como:

⁶⁷ Ressalte-se que o aparato posto em funcionamento pela Funabem/Febem funcionou em perfeita sintonia com a Lei de Segurança Nacional e utilizou-se das esferas médica, jurídica e pedagógica para exercer suas funções. Aos médicos, restou a tarefa de identificar patologias; aos juristas, a busca de mecanismos legais de contenção; e aos pedagogos, a definição de desajuste ou desvio de conduta: todos instrumentos estruturados para conferir legitimidade a um veredicto de periculosidade e punição previamente concebido.

⁶⁸ Em 10 de abril de 1967 é aprovada a Lei n° 5.258, que dispõe sobre medidas de proteção, assistência, vigilância e reeducação aplicáveis aos menores de 18 anos pela prática de fatos definidos como infrações penais. Também em face da preocupação com a detenção de crianças e adolescentes na presença de presos adultos, em 1963 foram criadas as instituições para o Recolhimento Provisório de Menores (RPM) para infratores entre 14 e 18 anos.

⁶⁹ A criminalização da pobreza, enquanto fenômeno que se realiza a partir do funcionamento do sistema penal, ou seja, do sistema de controle social formal, neste caso, integrado pelas instituições encarregadas da repressão e controle dos delitos praticados por menores de idade, encontra nos princípios formadores da ideologia da defesa social seus principais elementos de apoio, pois opera a seletividade do sistema no tratamento diferenciado de condutas, situações, valores, bens e principalmente pessoas. Vale dizer que se os postulados da sociologia criminal etiológica buscam explicar o fenômeno criminal a partir de suas causas sociais – miséria, desemprego, desorganização familiar, falta de instrução etc. – é possível identificar uma forte indução teórica de que o infrator, seja ele adulto ou menor de idade, seja procurado e encontrado nas camadas sociais pobres e desprotegidas, uma vez que lá se encontrariam as pessoas que mais se aproximam do criminoso na visão tradicional.

Para 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 de 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.

Da leitura de apenas dois artigos do Código de Menores de 1979, já é possível avaliar o impacto que a Doutrina da Situação Irregular ocasionou no ordenamento jurídico brasileiro, e nas políticas de atendimento a adolescentes envolvidos com a prática de infrações penais. De matiz eminentemente assistencialista, há fortes indícios de que em relação aos abandonados ou vulneráveis se estruturaram ações políticas de manutenção do *status quo* do atendido⁷⁰, sem alterar efetivamente suas condições. E já para os chamados pervertidos, perigosos, infratores eram-lhes negadas todas as garantias dos sistemas jurídicos do Estado de Direito, praticando-se verdadeiras violações e concretizando-se a criminalização da pobreza e a judicialização da questão social na órbita do Direito do Menor.

As figuras jurídicas de "tipo aberto", tais como "menores em situação de risco ou perigo moral ou material", ou "em circunstâncias especialmente difíceis", estabelecem um paradigma da ambiguidade na lógica e no funcionamento do sistema de justiça da infância e juventude. Em realidade, as seis categorias que conceituam a Doutrina Jurídica da Situação Irregular fizeram do Juiz de Menores “um pai de família”, e da discricionariedade, “uma parte da fisiologia do Código”. Ao reportar-se a este período, Garcia Mendez demonstra a dupla competência do juiz:

A mistura da competência penal e da tutelar fazia com que 95% da atividade jurisdicional fosse uma atividade de caráter tutelar. Essa competência tutelar fazia-o intervir naqueles casos não vinculados ao cometimento de um ato infracional, decorrentes de uma situação de pobreza. Com essa competência do juiz, os problemas sociais eram juridificados⁷¹.

⁷⁰ GOMIDE, Paula. **Menor Infrator a Caminho de um Novo Tempo**. Curitiba: Editora Juruá, 1990.

⁷¹ 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.

Enquanto as medidas aplicáveis aos menores em situação irregular eram descritas pelo artigo 13 do Código de Menores e distribuíam-se em “I - advertência; II – entrega aos pais ou responsável, ou a pessoa idônea mediante termo de responsabilidade; III – colocação em lar substituto; IV – imposição de regime de liberdade assistida; V – colocação em casa de semiliberdade; VI – internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado”, havia ainda a previsão legal do *prudente arbítrio do juiz*, nos termos do artigo 8º, segundo o qual o magistrado poderia, além das medidas expressas retromencionadas, “através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral”, quando “necessárias à assistência, proteção e vigilância do menor”⁷².

É importante ressaltar que a medida de internação era excepcionalmente aplicada em estabelecimento destinado a maiores, e se aos 21 (vinte e um) anos não tivesse sido declarada a cessação da medida, o adolescente passaria à jurisdição do Juízo incumbido das Execuções Penais, que poderia manter a privação de liberdade até entender extinto o motivo que fundamentou a medida⁷³.

Observa-se que a falta de observância de regras e princípios processuais e constitucionais de garantia na imposição das medidas, ou seja, a informalidade dos mecanismos de controle sociopenal dos adolescentes foi a marca decisiva da Etapa Tutelar do Direito Penal Juvenil, que contou finalmente com a Doutrina da Situação Irregular para legitimar seu exercício.

1.7. A Democratização e a Constituição Federal de 1988

Com a democratização e a posterior promulgação da Constituição Federal de 1988, inicia-se uma nova etapa do Direito Penal Juvenil, intitulada como Garantista, em face

⁷² O menor de 18 (dezoito) anos que praticasse infração penal deveria ser encaminhado à autoridade judiciária. O menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos de idade que praticasse qualquer infração submetia-se a um procedimento para apuração de seu ato, sendo submetido a uma das medidas previstas no Código de Menores, conforme o arbítrio do Juiz. O menor de 14 (catorze) anos autor de infração não respondia a qualquer procedimento, mas também estava sujeito à aplicação de medidas por se encontrar em situação irregular.

⁷³ Artigo 40, parágrafos 1º, 3º e 4º do Código de Menores, Lei 6.697 de 10 de outubro de 1979.

de efetivas garantias que são incorporadas aos procedimentos de apuração da responsabilidade dos menores de idade, bem como à execução das medidas impostas.

Em primeiro lugar é forçoso reconhecer que a Constituição brasileira de 1988 é uma das representantes do que se conhece por constitucionalismo dirigista ou de caráter social, iniciado com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919,⁷⁴ com forte influência do modelo alemão do segundo pós-guerra, assim como da Constituição portuguesa, adotada depois da derrubada do regime salazarista, nos anos 70.

Como toda Constituição social, estabelece obrigações positivas para o Estado na área social, buscando regulamentar as atividades econômicas, assim como configurando órgãos para a implementação de suas políticas públicas, que podem inclusive constituir agentes econômicos diretos.⁷⁵

A Constituição de 1988, ainda que elaborada num contexto de franco reducionismo dos direitos de caráter social, adotou a roupagem do Estado de Bem-estar Social, o que se pode compreender pela própria história brasileira marcada por profundos padrões de desigualdade e repressão de suas demandas básicas durante um longo período de regime ditatorial.

Com a participação intensa da sociedade civil, jamais verificada antes na história do país, e também sob forte influência corporativa, a Constituição de 1988 se configurou num compromisso entre os diversos setores articulados que detinham, naquele momento, parcelas de poder.

Pode-se ver, como adverte Oscar Vilhena Vieira, um compromisso maximizador, através do qual distintos setores lograram alcançar a constitucionalização de seus interesses substantivos. Conseqüentemente, efeitos colaterais são produzidos por esta intensa constitucionalização; dentre eles, o próprio envelhecimento precoce do texto

⁷⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A globalização e o direito -- realinhamento constitucional**, 2006. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/oscarvilhena/vilhena_unidir.htm> Acesso em: 10 fev 2011.

⁷⁵ Conforme define a maioria dos autores, a gênese do Constitucionalismo Social pode ser aferida nos movimentos sociais das revoluções mexicana de 1910 e russa de 1917, e se constitui paulatinamente como uma postura diferenciada do Estado em face dos indivíduos, pelo princípio da não-neutralidade e da intervenção no domínio econômico em ordem à consecução de uma sociedade menos desigual. SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de direito constitucional**. ed. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

constitucional.⁷⁶ Se de um lado a rigidez é garantida, e, portanto a perenidade a uma infinidade de assuntos e temas, de outro, quando as circunstâncias se modificam é quase inevitável não pensar numa mudança na Constituição.

Em outro sentido, pondera Luís Roberto Barroso que, a despeito da compulsão reformadora, a Constituição brasileira vem consolidando um verdadeiro sentimento constitucional, e absorvendo graves crises políticas dentro do quadro de legalidade constitucional, talvez no campo dos direitos da infância e juventude esta visão seja a que mais se aproxima do cenário atual.⁷⁷

Fato é que a Constituição Federal de 1988 inaugura um novo paradigma, de dupla dimensão: comprometimento com a efetividade de suas normas, e desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional.⁷⁸ Em outras palavras, tal paradigma permite reconhecer sua força normativa, o caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, superando a concepção anterior de ser a Constituição apenas um conjunto de aspirações políticas e uma convocação à atuação dos Poderes Públicos.

Como ensina Luís Roberto Barroso, estas transformações alteraram significativamente a posição da Constituição na ordem jurídica brasileira. Um dos efeitos mais visíveis foi a perda de preeminência do Código Civil mesmo no âmbito das relações privadas, onde se formaram diversos microssistemas (consumidor, criança e adolescente, locações, direito de família).⁷⁹ E assim como sucedeu na Alemanha, após a Segunda Guerra, a Lei Fundamental brasileira passou ao centro do sistema jurídico.

No caso brasileiro, o novo Direito constitucional coincide com a redemocratização e reconstitucionalização do país, o que o reveste de características bastante particulares, afetando o modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito, sobretudo no desafio de superação de históricas desigualdades e desvios no campo da economia e da política.

⁷⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A globalização e o direito – realinhamento constitucional**, op. cit.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3208>. Acesso em: 11 maio 2011a.

⁷⁸ Sobre os temas, ver BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002 e BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, São Paulo: Malheiros, 2001b.

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, op. cit., 2002.

Este fenômeno de ler e apreender toda a ordem jurídica através da lente da Constituição foi denominado por Gomes Canotilho como *filtragem constitucional*, na medida em que todos os institutos, inclusive do direito infraconstitucional, são reinterpretações na ótica constitucional com o objetivo de consagrar os valores enunciados pela Constituição.⁸⁰ E ainda que o constitucionalismo, por si só, não seja capaz de sanar todos os problemas sociais, não se pode negar sua importante contribuição.

A Constituição Federal de 1988 traduz para a realidade brasileira a ideia de neoconstitucionalismo⁸¹ e de constitucionalização de distintos ramos infraconstitucionais do Direito. Daí ser considerada uma Constituição material⁸², que funciona como limite ou garantia e ao mesmo tempo como norma diretiva fundamental.⁸³ Evidentemente, a constitucionalização não é absoluta, mas comporta

⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

⁸¹ A compreensão do neoconstitucionalismo como um modelo de Estado de Direito nos conduz a reconhecer três paradigmas ao longo da história constitucional: (a) o Direito Pré-moderno, (b) o Estado Legislativo de Direito e (c) o Estado Constitucional de Direito. Como esclarece Ferrajoli, o Estado de Direito nasce com a forma do Estado Legislativo de Direito, com a afirmação do princípio da legalidade como critério exclusivo de identificação do Direito válido e até mesmo existente, independentemente de sua valoração como justo. Neste cenário, a experiência deixa de ser jurisprudencial e se submete à lei e ao princípio da legalidade como únicas fontes de legitimação. Portanto mais voltada à forma que ao conteúdo. Uma segunda mudança se processa com a subordinação da legalidade a Constituições rígidas através de uma específica jurisdição de legitimidade. A possível divergência entre Constituição e legislação confere um papel não só exclusivamente explicativo como também crítico e projetivo em relação a seu próprio objeto. Paralelamente se altera o papel da jurisdição com a subordinação de lei aos princípios constitucionais, o que equivale a introduzir uma dimensão substancial não só nas condições de validade das normas como também na natureza da democracia. Importa reconhecer ainda que ambos os modelos – Estado Legislativo de Direito e Estado Constitucional – passam por uma crise que afeta o princípio da legalidade, e tem por gênese, por exemplo, a inflação legislativa e a disfunção da linguagem legal, resultado de uma política que degradou a legislação à administração e dilapidou a distinção entre ambas as funções, tanto no terreno das fontes como dos conteúdos. Um segundo aspecto a ser observado se relaciona com a confusão de fontes normativas e com a incerteza em torno das competências, sobretudo pelo desenvolvimento de um Direito comunitário jurisprudencial incerto, pela regressão ao pluralismo e à superposição dos ordenamentos que foram próprios do Direito Pré-moderno. Expressões como princípio da legalidade e reserva de lei tem neste novo contexto cada vez menos sentido. Além disso, o processo de integração mundial que chamamos de globalização pode ser visto como um vazio de Direito público produzido da ausência de limites, regras e controle frente à força, tanto dos Estados com maior potencial militar como dos grandes poderes econômicos privados. De acordo com Gerardo Pisarello, há uma distinção analítica importante entre os conceitos de “mundialização” e “globalização”. Poder-se-ia inclusive, segundo ele, falar de mundialização, e mundializações em plural para designar os progressivos e complexos processos de internacionalização de forças sociais e produtivas que operam, não sem contradições e com distinta intensidade no capitalismo. O conceito de globalização, diferentemente, deveria ser utilizado apenas como ideologia destinada a justificar a extensão do capital a distintos âmbitos geográficos sob as regras e o interesse de poderes privados e, portanto, sem regulações públicas democráticas. Como vimos, o chamado neoconstitucionalismo pretende se caracterizar, entre outros aspectos, essencialmente pela incorporação de valores e orientações políticas no ordenamento, especialmente, no que toca à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais

⁸² Muitos autores, na esteira dos ensinamentos de Ricardo Guastini, denominam Constituição material ao conjunto de princípios imutáveis nas Constituições rígidas.

⁸³ FIORAVATI, M., 2003 apud SANCHÍS, Luis Prieto, 2007. *El constitucionalismo de los derechos*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del Neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2007.

diferentes graus ou estágios de implementação, e pode-se adotar como chave de leitura a premissa do *constitucionalismo dos direitos*, a partir da consideração de que os direitos e liberdades fundamentais vinculam a todos os poderes públicos e originam direitos e obrigações, não se resumindo a meros princípios programáticos.

Assim sendo, princípios, diretrizes e valores que se fazem presentes no texto constitucional de 1988 revelam esta perspectiva. Nas palavras de Luis Prieto Sanchís, não há problema jurídico que não possa ser constitucionalizado, e isso significa que devemos descartar a existência de um mundo político separado da ou imune à influência constitucional.⁸⁴

O art. 5.º da CF/1988, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, demonstra inequivocamente a constitucionalização de diversos ramos infraconstitucionais, com especial importância aos efeitos limitadores produzidos no *ius puniendi* do Estado,⁸⁵ pois se de um lado a Constituição Federal é a primeira manifestação legal da política penal de um Estado, de outro é ela que confere maior racionalidade ao sistema.⁸⁶

Nas palavras de Raúl Zafaroni, o estatuto político do Estado é a primeira manifestação legal da política penal. E não são poucas as abordagens que revelam a inegável relação entre a Constituição, o poder punitivo e o Direito penal. Pelo menos quatro formas de diálogo entre a Constituição e o Direito Penal podem ser por ora explicitadas: a Constituição como estrutura fundante do Direito Penal e do poder punitivo, a Constituição como fonte do Direito Penal, a Constituição como filtro do Direito Penal e por fim a Constituição como fator de evolução para a ciência penal⁸⁷.

⁸⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. *El constitucionalismo de los derechos*, op. cit.

⁸⁵ Os incs. III, XXXIX, XLVII do art. 5.º da CF/1988 são bons exemplos: “III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; (...) XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; (...) XLVIII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”.

⁸⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

⁸⁷ Como muito bem aponta Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, há quase uma coincidência histórica entre os marcos das modernas ciências penal e constitucional: a herança iluminista, frutos que são de um movimento racionalista e libertador. Por outro lado, é curioso, conforme assinala o autor, que a maior parte das Constituições recentemente promulgadas transmita visões neoliberais e sustente um discurso de lei e ordem que ao incentivar iniciativas criminalizadoras contrasta com o garantismo iluminista.

Na primeira perspectiva, da Constituição como estrutura fundante, destaca-se o posicionamento do penalista italiano Nuvolone⁸⁸ segundo o qual as Constituições, a exemplo da Constituição italiana, contêm princípios fundamentais de caráter penal, além do fato de que sua articulação no tocante aos direitos de liberdade reflete necessariamente na lei penal. Para ele, é possível identificar normas da Constituição, que dizem respeito à formulação do preceito primário do ponto de vista objetivo e subjetivo, e normas referentes aos preceitos secundários e portanto pertinentes à matéria das sanções.

Como fonte do Direito Penal, a Constituição é vista como primeiro e privilegiado terreno de nascimento e de desenvolvimento da atenção aos princípios constitucionais informadores do Direito Penal, sobretudo por que em matéria penal, a lei assume um significado maior do que em qualquer outro ramo jurídico; de outra parte não é exagero dizer que o Direito Penal funda-se na Constituição, pois suas normas ou são formalmente constitucionais ou são autorizadas ou delegadas por outras normas constitucionais. Destaque-se que a atual configuração do Direito Penal Juvenil tem como fonte a norma constitucional que define a idade de imputabilidade penal plena e autoriza aos menores de idade a aplicação das regras da legislação especial, no caso em específico, o Estatuto da Criança e do Adolescente⁸⁹.

Já o papel da Constituição como filtro do Direito Penal evidencia-se pela efetiva necessidade de que as normas penais e conseqüentemente todo o funcionamento do sistema de controle penal formal se deem em conformidade com o espírito da Constituição. E finalmente, destacar a Constituição como mecanismo de evolução para a ciência penal implica reconhecer sua função crítica, interpretativa e dogmática.

Em síntese, como também leciona Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, há uma autêntica formatação do Direito Penal pela Constituição e sua força normativa, de forma a impedir que o Direito Penal seja legislado com a mesma flexibilidade com que se legisla ordinariamente sobre outras matérias infraconstitucionais⁹⁰.

⁸⁸ NUVOLONE, Pietro. **O Sistema do Direito Penal**. Trad. Ada Pelegrini Grinover. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981, p.38.

⁸⁹ “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”, conforme o artigo 228 da CF/88.

⁹⁰ RIBEIRO LOPES, Mauricio Antonio. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 31.

No campo dos Direitos da Criança e do Adolescente, e especificamente do Direito Penal Juvenil, o Capítulo VII da Constituição é que reúne os principais dispositivos constitucionais, merecendo especial menção os arts. 227, V e 228 da CF/1988.

O art. 227 da CF/1988 determina que os direitos de crianças e adolescentes devam ser assegurados com absoluta prioridade, obrigando não só ao Estado, mas também à família e à sociedade na sua garantia:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O parágrafo 3.º do mesmo artigo define a proteção especial detalhando cada um de seus aspectos:

O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I – idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7.º, XXXIII;

II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III – garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;

IV – **garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;**

V – **obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade;**

VI – estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII – programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins. (*grifo meu*).

Finalmente, o art. 228 da CF/1988 trata da responsabilidade penal diferenciada aos menores de 18 anos, ecoando a mesma regra do artigo 27 do Código Penal vigente: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”

Como já assinalado, ainda que preliminarmente, a constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil é operada pela Carta Constitucional de 1988, que

adota de forma clara e taxativa um sistema especial de proteção aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Este sistema tem sua raiz na conformação dos direitos elencados nos arts. 227 e 228 da CF/1988 como direitos humanos, e conseqüentemente como manifestações da própria dignidade humana, que é o fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro.⁹¹

De fato, a mudança de paradigma e a introdução de um novo Direito da Criança e do Adolescente no ordenamento brasileiro encontram suas origens na ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança em 1989⁹², na Campanha Criança e Constituinte e logo na entrada em vigor da própria Constituição. Este processo de alteração jurídica e social possui um enorme significado, o qual Emilio Garcia Mendez definiu como a conjunção de três coordenadas fundamentais: infância, lei e democracia.⁹³

Portanto, uma breve recuperação do que foi o processo popular de construção da Constituição de 1988, no campo dos direitos da infância e adolescência, permite identificar três aspectos centrais.

O primeiro já externado por Luigi Ferrajoli de que não só a democracia garante a luta pelos direitos, mas também, e fundamentalmente, a luta pelos direitos garante a

⁹¹ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003.

⁹² A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança é fruto de dez anos de trabalhos da Assembléia Geral das Nações Unidas, que nesse período preparou as disposições que viriam a constituir o documento. As disposições e artigos retomam direitos e liberdades proclamados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e Pactos Internacionais. São retomados também os princípios da Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança de 1924 e da Declaração sobre os Direitos da Criança adotada em 1959. Ressalte-se que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, ao reiterar elementos das declarações internacionais anteriores, inova no estabelecimento de elementos de defesa efetiva da cidadania. Chamada por Edson Sêda de a “Lei das leis”, a Convenção consolida um Corpo de legislação internacional denominado “Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral da Infância”. Esse corpo legal é formado pela própria Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, pelas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing), pelas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens privados de Liberdade, e pelas Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (diretrizes de Riad). De modo geral, especialmente na América Latina e Caribe, as regras da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança conviveram de forma contraditória com as legislações de menores. No entanto, o exemplo brasileiro desencadeou um processo inovador de reformas legislativas pela adequação das leis domésticas ao tratado, favorecendo dessa forma que a Convenção não restasse como mais um instrumento de direito internacional de escassa exigibilidade. Pelo contrário, seu surgimento e difusão coincidiram com a transição democrática em muitos países latino-americanos.

⁹³ GARCIA MENDEZ, Emilio. **Infância, lei e democracia: uma questão de justiça**. Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – Esmec. Santa Catarina: Associação dos Magistrados Catarinense, 1998b, p. 23.

democracia;⁹⁴ em segundo, a capacidade de o Direito influenciar a política social, a partir da relação entre a condição jurídica e a condição material da infância; e por último, mas não menos importante, a descoberta de forma empírica de que os problemas da infância são problemas da democracia.⁹⁵

A partir de 1985, no bojo da Convenção Constituinte, o movimento de luta pelos direitos da infância reuniu 250 mil assinaturas e articulou-se em torno de duas Emendas à Constituição. Seu resultado foi a introdução dos princípios básicos de proteção e garantia de direitos da criança e do adolescente no texto constitucional de 1988. As reivindicações da Campanha Criança e Constituinte traduziam em exata medida a necessidade de substituição do paradigma tutelar/menorista pelo garantista, com incidência em todas as políticas de atenção à infância e juventude, inclusive para os infratores.

Tal introdução correspondia ao consenso na comunidade internacional acerca da necessidade de políticas especiais para a infância e adolescência e ao que posteriormente se constituiu nos princípios inaugurados pela Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

Diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988 revelam a superação da doutrina da situação irregular e, por consequência, da legislação menorista. Como já mencionado, o art. 227 da CF/1988 é um dos pilares da constitucionalidade do novo Direito que tomava forma e implicava a deslegitimação do velho Direito do Menor, presente na legislação anterior (o Código de Menores de 1979).

Ao estabelecer a prioridade absoluta da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, o referido artigo, entre outros aspectos, indica que enquanto o antigo direito não era o direito de todos os menores de idade, mas somente dos menores de 18 anos em situação irregular, o novo Direito da Criança é o direito de todas as crianças e adolescentes. Trata-se do reconhecimento da igualdade jurídica entre todas as crianças e

⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Ed. 2. Madrid: Trotta, 2001.

⁹⁵ SPOSATO, Karyna Batista. op. cit., **O Direito Penal Juvenil**, p. 55.

todos os adolescentes, que possuindo o mesmo *status* jurídico, gozam da mesma gama de direitos fundamentais, independentemente da posição que ocupam na sociedade.⁹⁶

De acordo com a sistemática anterior, o menor de idade abandonado, ou vítima de maus-trato familiar, ou privado de saúde ou educação era considerado em situação irregular. Com a regra da prioridade absoluta, estão em situação irregular os pais ou responsáveis que não cumprem os deveres do poder familiar e o Estado que não oferece as políticas sociais básicas, ou ainda as prestações positivas que a Constituição lhe incumbe.

Fala-se, portanto de uma inegável constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente fundada em dois aspectos principais: o quantitativo, relacionado à positivação de direitos fundamentais exclusivos de crianças e adolescentes, que se somam aos demais direitos fundamentais dos adultos; e o qualitativo, relacionado à estruturação peculiar do direito material de crianças e adolescentes. Ambos os aspectos aparecem de forma evidente nas regras elencadas pelo art. 227 da CF/1988.

Aquilo que é particular de crianças e adolescentes encontra-se descrito no § 3.º do art. 227 da CF/1988,⁹⁷ já detalhado no item anterior. Para Martha de Toledo Machado, estes direitos especiais configuram direitos da personalidade infanto-juvenil.

Já no tocante ao tratamento repressivo a condutas antissociais ou ilícitas de menores de 18 (dezoito) anos de idade, a norma constitucional, portanto, reforçou o dispositivo do artigo 27 do CP/1940 adotando a presunção absoluta de inimputabilidade aos menores de 18 anos. O direito à inimputabilidade penal e os direitos à excepcionalidade e brevidade na privação de liberdade são direitos individuais, e como tais considerados cláusulas pétreas da Constituição⁹⁸.

⁹⁶ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**, op. cit.

⁹⁷ “§ 3.º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I – idade mínima de catorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7.º, XXXIII; II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III – garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola; IV – garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V – obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade; VI – estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII – programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.”

⁹⁸ O tema da natureza de cláusula pétrea da idade penal juvenil fixada na Constituição Federal de 1988 será objeto de análise pormenorizada em seção subsequente deste trabalho.

Como se pode observar, a Constituição democrática de 1988, ao constitucionalizar o Direito da Criança, pôs em evidência a necessidade de reformulação da legislação especial infraconstitucional para crianças e adolescentes como condição para o alinhamento entre os avanços da normativa internacional, da própria construção normativa constitucional e da legislação ordinária.

Não por acaso, dois anos após a Constituição, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 13.07.1990, entra em vigor instrumentalizando os mandamentos constitucionais da prioridade absoluta por meio do que se convencionou chamar de “Doutrina Jurídica da Proteção Integral”, que por sua vez, corresponde a uma síntese do pensamento do legislador constituinte a partir de garantias substanciais e processuais destinadas a assegurar os direitos consagrados.

É inegável, desse modo, a relação intrincada entre a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Contemporâneos ao consenso na comunidade das nações acerca da necessária proteção especial às crianças e adolescentes, ambos caracterizam-se pelo forte teor programático de suas disposições.⁹⁹

Assim sendo, as disposições da Lei 8.069/1990 demonstram com clareza a influência dos princípios fixados pela Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, que de modo uníssono traduzem a afirmação histórica dos direitos humanos. No caso de crianças e adolescentes, o reconhecimento da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento é uma decorrência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana.

O conteúdo e a abrangência da mudança de paradigma introduzida pela Doutrina da Proteção Integral no ordenamento jurídico brasileiro são de alta complexidade, mas podem ser ilustrados por seis aspectos principais:¹⁰⁰ a) reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos; b) institucionalização da participação comunitária por intermédio dos Conselhos de Direitos, com participação paritária e deliberativa para traçar as diretrizes das políticas de atenção direta à infância e juventude; c) hierarquização da função judicial, com a transferência de competência aos

⁹⁹ SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**, op. cit., 2006, p. 58.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 61.

Conselhos Tutelares para agir diante da ameaça ou violação de direitos da criança no âmbito municipal; d) municipalização da política de atendimento; e) eliminação de internações não vinculadas ao cometimento – devidamente comprovado – de delitos ou contravenções; f) incorporação explícita de princípios constitucionais em casos de infração penal, prevendo-se a presença obrigatória de advogado e a função do Ministério Público como de controle e contrapeso.

Ainda que muitos outros elementos da normativa da criança e do adolescente tenham passado à margem dessas considerações, importa reconhecer que a constitucionalização operou substantivas transformações. A começar pela superação da categoria de menoridade, como desqualificação e inferiorização de crianças e jovens, agora em condições de igualdade perante a lei. E finalmente, a incorporação do devido processo legal e dos princípios constitucionais como norteadores das ações dirigidas à infância e ao mesmo tempo, limites objetivos ao poder punitivo sobre adolescentes autores de infração penal.

No tocante aos princípios constitucionais do Direito da Criança e do Adolescente, o ponto de partida é a proteção integral como linha mestra que reúne e harmoniza todos os demais princípios em um conjunto sistêmico.

A proteção integral deve ser concebida como a doutrina jurídica que sustenta todo atual Direito brasileiro da Criança e do Adolescente. Seu significado está em reconhecer que todos os dispositivos legais e normativos têm por finalidade proteger integralmente as crianças e os adolescentes em suas necessidades específicas, decorrentes da idade, de seu desenvolvimento e de circunstâncias materiais. A proteção integral, no entanto, deve se materializar por meio de políticas universais, políticas de proteção ou políticas socioeducativas,¹⁰¹ conforme a necessidade. Trata-se de um princípio norteador que

¹⁰¹ A construção didática do Sistema de Garantias da Infância e Adolescência elaborada pelo juiz Leoberto Narciso Brancher é elucidativa. As políticas públicas destinadas à infância e adolescência podem ser agrupadas em três segmentos distintos: (a) políticas básicas (art. 4.º, ECA): saúde, alimentação, habitação, educação, esporte, lazer, profissionalização e cultura; (b) políticas de proteção especial (arts. 23, parágrafo único, 34, 101 e 129, ECA): orientação, apoio e acompanhamento temporários, regresso escolar, apoio sociofamiliar/manutenção de vínculo, necessidades especiais de saúde, atendimento a vítimas de maus-tratos, tratamento da drogadição, renda mínima familiar, guarda subsidiada e abrigo; e (c) políticas socioeducativas (arts. 112 e 129, ECA): prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação. O juiz da infância e adolescência não só constrói uma matriz didática do sistema como possibilita que cada um desses segmentos seja identificado a partir do prisma da prevenção: as políticas básicas correspondem às políticas de prevenção primária; as de proteção especial são políticas de prevenção secundária; e as socioeducativas consistem na prevenção

deve obter implementação concreta na vida das crianças e dos adolescentes sem qualquer distinção.

Como argumenta Martha de Toledo Machado, muito embora a tendência majoritária da doutrina seja identificar apenas três grandes princípios – quais sejam, a proteção integral, o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e a prioridade absoluta, parece emergirem do processo de constitucionalização do Direito da Criança, cinco princípios gerais: a) princípio da proteção integral, b) princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, c) princípio da igualdade de crianças e adolescentes, d) princípio da prioridade absoluta e e) princípio da participação popular na defesa dos direitos de crianças e adolescentes.¹⁰²

Ressalte-se ainda que em matéria de responsabilidade penal de adolescentes, como se desdobra das próprias normas constitucionais de limitação do *ius puniendi* e de fixação da inimputabilidade penal, outros princípios devem ser considerados, tais como a) princípio da reserva legal, b) princípio da excepcionalidade da privação de liberdade, c) princípio do contraditório, d) princípio da ampla defesa.

Resta inconteste que todo o processo de constitucionalização da matéria revogou a arcaica concepção tutelar do menor em situação irregular, estabelecendo que a criança e o adolescente são sujeitos de direito, e não mais objetos da norma, remodelando

terciária, portanto última categoria a ser acionada. Sua construção lança mão ainda da representação de um “sinal de trânsito”, um semáforo. As políticas universais básicas são como um sinal verde, uma vez que devem atingir a todos, indistintamente, como condição para o desenvolvimento de toda criança e de todo adolescente. Já as políticas de proteção especial podem ser vistas como um sinal de alerta. Trata-se do sinal amarelo que exige atenção para situações de risco pessoal ou social de uma criança ou de um jovem. Finalmente, o sistema socioeducativo, correspondente ao Direito Penal juvenil, é equiparado ao sinal vermelho, revelando que os demais segmentos falharam em certa medida, e que a intervenção, neste caso, será a mais intensiva e aguda na vida do adolescente. BRANCHER, Leoberto Narciso. **Visão sistêmica da implementação e da gestão da rede de atendimento. O direito é aprender.** Fundescola/Projeto Nordeste/MEC, 1999. Considerando que a interpretação dos princípios, regras e normas do Estatuto da Criança e do Adolescente deve se dar de forma sistemática e não pontual, parece-nos evidente que essas três categorias de políticas públicas voltadas à infância e juventude não são estanques nem independentes. Pelo contrário, sua implementação implica a articulação de serviços e programas, e o exemplo da cumulação de medidas protetivas associadas à imposição de uma medida socioeducativa é emblemático. Consoante o art. 112 do ECA, que elenca as medidas socioeducativas aplicáveis a um adolescente que transgrediu a lei penal, é possível a aplicação também de quaisquer uma das medidas protetivas previstas no art. 101, I a VI da Lei. A título de exemplo, muitos são os casos de adolescentes autores de ato infracional com dependência química. A situação *in concreto* demanda não só a imposição de medida socioeducativa adequada como também a inclusão do adolescente em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos.

¹⁰² MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**, op. cit., p. 411.

consequentemente a Justiça da Infância e da Juventude¹⁰³ e abandonando o conceito de menoridade, como subcategoria da cidadania.

A substituição do Código de Menores de 1979 pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, consolidou uma verdadeira revolução paradigmática, uma revolução cultural, considerando que as piores atrocidades contra a criança foram cometidas numa época em que, em nome do "amor", reinavam os ideais de messianismo, de subjetivismo e de discricionariedade, conforme assinala Garcia Mendez: “Tratava-se (e trata-se ainda), sobretudo, de eliminar as ‘boas’ práticas ‘tutelares e compassivas’. (...) Tratava-se (e trata-se ainda) de substituir a má, porém também a ‘boa vontade, nada mais – mas também nada menos – pela justiça”¹⁰⁴.

Com referência à responsabilidade dos adolescentes, o Estatuto da Criança e do Adolescente ensaia demarcar um fim das ambiguidades existentes entre a proteção e a responsabilização do adolescente autor de infração penal, porém sem completo sucesso.

Ora, o adolescente – pessoa entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade, quando autor de conduta contrária à lei penal, deverá responder a um procedimento para apuração de ato infracional, sendo passível, se comprovadas a autoria e a materialidade do ato, de aplicação de uma medida socioeducativa prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente. A criança (pessoa com até doze anos de idade incompletos), ao praticar ato contrário à lei penal ficará sujeita à aplicação de uma medida protetiva, também prevista no referido Estatuto, e conforme a necessidade, porém sem sua submissão a processo de apuração de responsabilidade.

Alguns autores, a exemplo de Martha de Toledo de Machado, advertem que prevalece uma boa dose de ambiguidade em razão da redação dos artigos 105 e 112 do Estatuto,

¹⁰³ O novo Sistema de Justiça caracteriza-se pelo deslocamento das atribuições tutelares, que pertenciam ao Poder Judiciário, para as esferas dos Executivos Municipais. A criança ou adolescente vítima de violação de direito não deve mais ser encaminhada ao sistema policial e judiciário, e sim à instância político-administrativa local – o Conselho Tutelar. Além disso, não cabe mais ao Sistema de Justiça desempenhar funções assistenciais, uma vez que este passa a interagir em rede com uma ampla gama de instituições e programas. O paradigma da estrutura piramidal cede espaço à lógica do Estatuto da Criança e do Adolescente, em que a interação é a nova dinâmica, sem desprezo da autonomia das instituições e das diferentes instâncias de atuação (Poder Judiciário, Ministério Público, Conselho Tutelar, Conselho de Direitos etc.).

¹⁰⁴ GARCIA MENDEZ, Emilio. *Evolución histórica del derecho de la infancia: Por que una historia de los derechos de la infancia?* In: ILANUD/ ABMP/ SEDH/ UNFPA (orgs.). **Justiça, Adolescente, e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006, p.17.

uma vez que se autoriza a imposição de medida de proteção à criança que praticar crime, atribuindo subliminarmente um caráter sancionatório a esta classe de medidas em franco desvirtuamento de sua natureza. Por outro lado, quando o artigo 112 refere que medidas de proteção podem ser aplicadas em decorrência da prática de atos infracionais por adolescente, reforça-se ainda mais a confusão conceitual¹⁰⁵. Acrescenta ainda a autora:

A interpretação desvirtuada do artigo 112, que leva a concluir que as medidas socioeducativas teriam caráter protetivo, a qual, também com bastante frequência, tem levado à limitação de incidência do contraditório e da ampla defesa. Ou ainda à aplicação de medidas socioeducativas em hipótese em que elas não seriam necessárias, sob o ângulo do interesse social pela paz pública, com prejuízos às cláusulas da inimputabilidade penal garantista, da excepcionalidade e brevidade na privação de liberdade¹⁰⁶.

1.8. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Direito Penal Juvenil

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069 de 1990, 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 esta razão diz-se Garantista a etapa inaugurada com a adoção do Estatuto da Criança e do Adolescente que nas palavras de Emilio Garcia Mendez tem uma dupla caracterização¹⁰⁷: respeito rigoroso pelo império da lei, próprio das democracias

¹⁰⁵ Exemplos de imposição de tratamento psicoterápico a adolescente que não padece de transtorno mental, contra a vontade do adolescente e contra a indicação clínica dos profissionais da Saúde, como condição para a extinção ou abreviação da medida privativa de liberdade revelam esta tormentosa confusão de aplicar medida protetiva com caráter sancionatório.

¹⁰⁶ MACHADO, Martha de Toledo. *Sistema Especial de Proteção da Liberdade do Adolescente na Constituição Brasileira de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente*. In: ILANUD/ ABMP/ SEDH/ UNFPA (orgs.). **Justiça, Adolescente, e Ato Infracional**: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006, p.115.

¹⁰⁷ GARCIA MENDEZ, Emilio. *Evolución histórica del derecho de la infancia: Por que una historia de los derechos de la infancia?* In: ILANUD/ ABMP/ SEDH/ UNFPA (orgs.). **Justiça, Adolescente, e Ato Infracional**: socioeducação e responsabilização. Op. cit. p.17.

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 Luigi Ferrajoli, o Estado Constitucional de Direito é um novo modelo de direito e de democracia¹⁰⁸, e por isso o garantismo, define o autor, é a outra cara do constitucionalismo, na medida em que lhe corresponde 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, como também os direitos sociais. Garantia que se estabelece também frente a todos os poderes, não só aos poderes públicos, mas também aos poderes privados, e em terceiro lugar, garantia em todos os níveis, doméstico e internacional¹⁰⁹.

Neste sentido, a primeira regra importante é a derivada do artigo 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 artigo 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente que reproduz a norma constitucional da inimputabilidade e as disposições do artigo 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

¹⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los derechos fundamentales*. In: CARBONELL, Miguel. **Teoria del neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2007.

¹⁰⁹ Também conforme as lições de Ferrajoli, a história do constitucionalismo pode ser lida como a história de uma progressiva extensão da esfera dos direitos. SPOSATO, Karyna Batista. A criança no neoconstitucionalismo brasileiro. IN: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de (Orgs). **Direitos fundamentais em construção: um estudo em homenagem ao ministro Carlos Ayres Britto**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 43.

ainda que será a idade do agente no momento do cometimento do ato, aquela a ser considerada para fins de responsabilidade penal.

Assoma a definição de ato infracional como toda conduta descrita como crime ou contravenção penal, nos termos do artigo 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.

1.8.1. 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 com a atribuição da pena pelo direito penal comum¹¹⁰. Resulta claro e evidente que a existência do ato infracional restringe-se às hipóteses legais aptas a sancionar o adulto¹¹¹.

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 se imputa a mesma responsabilidade em face do crime ou da contravenção penal¹¹², em que pesem as diferenças substantivas entre estas duas espécies de delito.

A conduta praticada pelo adolescente somente se afiguraré 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.

¹¹⁰ Tomando como referência a definição de Nilo Batista de que o crime nasce quando a sanção ao ilícito é pena – e portanto a pena é a condição de existência jurídica do crime, é possível afirmar que a definição de ato infracional está intimamente relacionada à prévia atribuição de pena pelo cometimento do fato no Direito penal de adultos.

¹¹¹ SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**, op. cit., p. 89.

¹¹² As contravenções penais estão definidas no Decreto- lei n.º 3.688 de 03 de outubro de 1941. Podem ser consideradas como uma espécie do gênero delito, ao lado do crime.

Resulta que o ato infracional somente existe se há figura típica que o preveja. O ambíguo desvio de conduta, que no Código de Menores sustentava-se sob a égide do artigo 2º, não é mais suficiente para legitimar o exercício do poder punitivo sobre adolescentes. Conforme sublinha Saraiva, exclui-se no modelo de responsabilidade atual, a ideia do ambíguo “desvio de conduta”; vazío de conteúdo típico¹¹³, 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.

O conceito de tipo, do qual deriva a tipicidade, foi introduzido por Belling na dogmática penal¹¹⁴ apresentando pelo menos três abordagens: a) o tipo como descrição do comportamento proibido, integrado por todas as suas características – subjetivas, objetivas, descritivas, e normativas; b) o tipo de injusto como descrição da lesão do bem jurídico, compreendendo os fundamentos positivos da tipicidade (descrição do comportamento proibido) e os fundamentos negativos da antijuridicidade (ausência de causas de justificação); e c) o tipo de garantia (tipo em sentido amplo) vinculado à realização da função político-criminal atribuída ao princípio da legalidade, compreendendo todos os pressupostos da punibilidade: além dos caracteres do tipo de injusto (tipicidade e antijuridicidade), também os caracteres da culpabilidade como fundamentos de reprovação do autor pela realização do tipo de injusto.

Considera-se que a tipicidade à qual está vinculada a definição de ato infracional pode ser lida como a tipicidade derivada do tipo de garantia, em todas as suas dimensões.

¹¹³ SARAIVA, João Batista Costa. **Direito Penal Juvenil – adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2002a, p.33.

¹¹⁴ Conforme descreve Cirino dos Santos em Direito Penal – parte geral. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. ed. 3. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2008. p.105.

Portanto, a conduta do adolescente configura ato infracional quando possui tipicidade¹¹⁵. Sendo a tipicidade, corolário do princípio da legalidade, Cezar Roberto Bittencourt, em seu Tratado de Direito Penal¹¹⁶, 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, onde haveria a pena criminal para o adulto.

Consequentemente, o adolescente consoante as regras do Estatuto e da Constituição, jamais poderá ser destinatário de uma medida socioeducativa quando seu agir se fizer insuscetível de reprovação estatal¹¹⁷. 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 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.

¹¹⁵ A tipicidade é elemento estudado por muitos autores, sendo que na esteira das considerações de Figueiredo Dias, o tipo apresenta-se, antes de tudo como tipo de garantia – também por vezes chamado, tipo legal de crime, into é o conjunto de elementos que a lei tem de referir para que se cumpra o conteúdo excencial do princípio *nulum crimen, nulla poena sine lege*. Trata-se de um conjunto de elementos que se distribuem pelas categorias da ilicitude, da culpa, e da punibilidade. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal – Parte Geral – Tomo I. Questões Fundamentais**. A Doutrina Geral do Crime. 1ª ed. brasileira/ 2ª Ed. portuguesa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 284.

¹¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol.1. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

¹¹⁷ Saraiva enfatiza a impossibilidade de acionamento do sistema socioeducativo com o fito de proteção. Uma vez sujeito de proteção, deve o adolescente ser atendido no âmbito do sistema secundário de garantias, não se fazendo destinatário da sanção socioeducativa, haja vista a necessária carga de reprovabilidade presente nesta providência estatal. SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional**, op. cit., p.82.

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 culpável¹¹⁸ (punível/reprovável).

Adota-se de plano, neste trabalho, o contributo de Claus Roxin que considera perfeitamente admissível a culpabilidade do adolescente, inclusive admitindo o autor que os adolescentes sejam jurídico-penalmente responsáveis, e para tanto distinguindo conceitualmente culpabilidade de responsabilidade¹¹⁹.

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.

A culpabilidade¹²⁰, por sua vez, é o aspecto que estabelece a conexão necessária entre a ação e o sujeito. Os elementos que integram a culpabilidade, tais como a reprovabilidade da conduta e a consciência da ilicitude, são imprescindíveis para a existência do ato infracional. A verificação da culpabilidade é o que confere legitimidade à imposição de uma medida em prejuízo de outra, ou seja, a análise da culpa individual é o que permite a escolha da medida mais adequada ao caso concreto.

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 da vontade para aderir ao ilícito ou não, inclusive com a possibilidade de diferentes graus de participação.

¹¹⁸ A inclusão da culpabilidade neste conceito deriva da opção metodológica adotada neste trabalho que concebe que a responsabilidade do adolescente exige como pressuposto a culpabilidade, ainda que se trate de uma culpabilidade específica e adaptada às condições da adolescência, como será objeto de aprofundamento nos capítulos subsequentes.

¹¹⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General, Tomo I – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas Ediciones, 2003, p.847 e ss.

¹²⁰ A discussão da culpabilidade aplicada ao Direito Penal Juvenil será objeto de aprofundamento no capítulo 5 deste trabalho.

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.

1.8.2. 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 Silva, estando abaixo desta 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 caso¹²¹.

As medidas de proteção estão reguladas pelo artigo 98 do ECA:

As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei foram ameaçados ou

¹²¹ AMARAL E SILVA, Antonio Fernando. *O Estatuto da Criança e do Adolescente e Sistema de Responsabilidade Penal Juvenil ou o Mito da Inimputabilidade penal*. In: ILANUD/ ABMP/ SEDH/ UNFPA (Orgs.). **Justiça, Adolescente, e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006, p.55.

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 Seda¹²², neste 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 proteção¹²³, definindo-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 inimizabilidade absoluta. Nestes 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 artigo 105 do diploma legal é elucidativo ao estabelecer que “ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no artigo 101”, restando portanto as medidas descritas no artigo 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 socioeducação¹²⁴.

¹²² SEDA, Edson. *Das medidas de proteção*. In: CURY, Munir (Coord.) **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Comentários Jurídicos e Sociais. ed. 8. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 316.

¹²³ As medidas de proteção estão descritas no artigo 101 do ECA em um rol exemplificativo como I. Encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II. Orientação, apoio e acompanhamento temporários; III. Matrícula e frequência obrigatória em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV. Inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V. Requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI. Inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII. Abrigo em entidade; VIII. Colocação em família substituta. Parágrafo único: O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.

¹²⁴ A política socioeducativa possui algumas peculiaridades que não podem ser desconsideradas. Destina-se ao indivíduo adolescente e corresponde ao conjunto de ações que, realizadas no âmbito do poder público, dirigem-se ao adolescente que tenha praticado um delito. Em síntese, as medidas socioeducativas

As medidas socioeducativas descritas no artigo 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 está na prática anterior de ato definido como crime ou contravenção penal; sendo este seu pressuposto de existência.

Conforme enfatiza Maria Carmen Gómez Rivero, 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 frente ao delito cometido por adolescente¹²⁵.

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, com exatamente ocorre na legislação brasileira, mas também definir a idade mínima abaixo da qual há a renúncia em intervir penalmente. De igual modo, há ainda que se definir a idade máxima até a qual se está disposto a conceder tratamento diverso do conferido aos adultos.

Todos estes 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 de técnica e tipificação delegada que permite considerar que todas as condutas incriminadas aos adultos também o são para os adolescentes.

e seus respectivos programas de execução (socioeducação) destinam-se a adolescentes que tenham infringido a lei e não a todos os adolescentes. Por isso, a medida socioeducativa é a resposta sancionatória do Estado quando o autor de um delito é adolescente. Nesse sentido, ela representa uma sanção jurídico-penal, que cumpre, tal qual as penas, o papel de controle social, procurando evitar a prática de novos atos infracionais por adolescentes e, ao mesmo tempo, diminuir a vulnerabilidade do próprio adolescente autor de ato infracional ao sistema tradicional de controle. Busca-se alcançar tais objetivos por intermédio dos programas socioeducativos que, através da oferta de um conjunto de serviços e políticas sociais, devem favorecer alternativas de reinserção social. SPOSATO, Karyna Batista. **Passo a Passo da Municipalização - Guia de orientações para a municipalização das medidas socioeducativas em meio aberto**. Documento Técnico. Brasília: UNICEF, 2007.

¹²⁵ GOMEZ RIVERO, Maria Carmen. *Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor*. In: REVISTA SEMANAL TÉCNICO-JURIDICA DE DERECHO PENAL. **Actualidad Penal**. N. 09, Madrid: La Ley, 2001, p.163.

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 a pena, possuindo mesmas finalidades¹²⁶ 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 reprovação e prevenção ao crime¹²⁷; 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 delincente. 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 sociais¹²⁸.

¹²⁶ Quanto à finalidade da pena, podemos retomar as três principais teorias que buscaram legitimar a repressão estatal. De um lado a Teoria Absoluta, que atribui à pena a finalidade retributiva e, portanto, a mera imposição de um mal àquele que violou a norma penal. A pena, nessa perspectiva, encontra em si mesma a sua justificação. Em sentido oposto, a Teoria Relativa concebe um sentido prático para a pena, correspondente à sua capacidade de inibir a prática delituosa. Essa inibição pode ser dirigida para a generalidade dos cidadãos, por meio da intimidação. Trata-se da prevenção geral como finalidade ou efeito principal. Quando a inibição é direcionada ao sujeito que praticou o delito, fala-se em prevenção especial. A tentativa de síntese das teorias antagônicas correspondeu às Teorias Mistas ou ecléticas, a partir da justaposição de conceitos retributivos e preventivos. De acordo com a doutrina alemã contemporânea, a pena deve atingir a prevenção geral mediante uma retribuição justa. E a prevenção especial deve realizar-se na execução da pena, que deve ser individualizada e personalizada a fim de atender às condições de cada indivíduo. Modernamente, a pena tem sido concebida como um conjunto de meios e fins. Para Santiago Mir Puig, contém uma função social, concernente à criação de condições objetivas para a participação no sistema social. Para ele, a pena no Estado Social e Democrático de Direito não pode basear-se somente na intimidação, ou seja, não deve prevenir utilizando-se do medo do castigo, mas, sobretudo, estar a serviço do sentimento jurídico do povo. A prevenção geral e a especial cumprem o mesmo objetivo, em sua visão, qual seja, o da inibição da prática de delitos, como forma de proteção da sociedade.

¹²⁷ Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal – Lei 7.209/84.

¹²⁸ As lições de Mir Puig reforçam nossa conclusão quanto à existência de um Direito Penal Juvenil: “No Estado Democrático, o Direito Penal não deve somente defender-se da maioria dos delinquentes, mas também há de respeitar a dignidade do delincente e buscar oferecer-lhe alternativas ao seu

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 jovem¹²⁹. 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 pena¹³⁰.

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 educação¹³¹. 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

comportamento criminal.” MIR PUIG, Santiago. **Funcion de la Pena y Teoria del Delito en El Estado Social y Democratico de Derecho**. Ed. 2. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1982, p. 34.

¹²⁹ O conteúdo correspondente à prevenção especial, em se tratando das penas criminais, pode ser elucidado pelas disposições do artigo 41 da Lei de Execução Penal, concernentes ao direito ao trabalho, remuneração e ao exercício de atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas, desde que compatíveis com a execução da pena.

¹³⁰ Miguel Polaino Navarrete assevera que tal seleção de condutas antijurídicas demonstra o Direito como um resultado da Política. Em se tratando da tipificação de delitos, esta adquire o caráter de política criminal (POLAINO NAVARRETE, Miguel. **El Bien Jurídico en El Derecho Penal**. Sevilla: Editorial Católica Española – Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974, p. 115).

¹³¹ FRASSETO, Flávio Américo. “*Pela necessidade de uma doutrina do processo de execução de medidas socioeducativas*”. Relatório do 19º Congresso Brasileiro de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude. Belém/ Pará, 2001.

incidência do Direito Penal estritamente aos casos de necessária proteção dos cidadãos¹³².

Tais características do Direito Penal Juvenil traduzem as disposições e princípios que compõem as Regras de Beijing¹³³. 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.

Sob essas bases iniciais está assentado o novo Direito Penal Juvenil no Estatuto da Criança e do Adolescente.

1.8.3. Conclusões Preliminares

Ainda que muitos outros aspectos da normativa da Criança e do Adolescente tenham passado à margem desta introdução, para o objetivo deste estudo, qual seja a delimitação de elementos para uma Teoria da Responsabilidade Penal de adolescentes à luz do ordenamento jurídico brasileiro, em especial do Estatuto da Criança e do Adolescente, já é possível indicar as principais alterações ocasionadas pela superação

¹³² MIR PUIG, Santiago. **Funcion de la Pena y Teoría del Delito en El Estado Social y Democrático de Derecho**. 2ª ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1982.

¹³³ Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça, da Infância e da Juventude (Regras de Beijing) 1985. Primeira parte - Princípios Gerais; item 4-1 Responsabilidade penal.

das legislações menoristas, que dado seu viés tutelar e discricionário, impediam qualquer possibilidade de conceber os adolescentes como sujeitos de um devido processo legal e passíveis de responsabilidade.

A superação da categoria de Menoridade, como desqualificação e inferiorização de crianças e jovens, agora em condições de igualdade perante a lei, a incorporação do devido processo legal e dos princípios constitucionais como limites objetivos ao poder punitivo sobre jovens em conflito com a lei, e o caráter predominantemente educativo das sanções aplicáveis denotam que o Estatuto da Criança e do Adolescente trasladou as garantias do Direito Penal ao terreno do Direito penal juvenil¹³⁴, favorecendo dada sua essência invocar e construir as bases de um Direito Penal Mínimo.

Caracterizado o Direito Penal Juvenil Brasileiro, no tocante a seus institutos e princípios, a tarefa seguinte é a de melhor detalhar o modelo adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para a imposição de suas sanções.

¹³⁴ Confirma esta percepção a regra do artigo 152 do ECA: “Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente.”

CAPÍTULO 2 – MODELOS DE RESPONSABILIDADE PENAL DE ADOLESCENTES E A REGULAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL DE MENORES DE IDADE NO BRASIL

Recuperar as distintas legislações e regras em matéria de responsabilidade dos adolescentes no Brasil permite realizar uma dupla tarefa: a primeira correspondente a identificar a influência do Direito Penal continental europeu nos contextos latino-americanos, e como não poderia ser diferente também no Brasil, sendo possível relacionar cada modelo ou etapa do Direito penal juvenil com as distintas construções teóricas do saber penal. Em segundo lugar, possibilita discutir as condições de existência de um modelo puro na matéria, favorecendo deste modo um esforço classificatório das distintas etapas já identificadas e do atual sistema vigente no Brasil.

Para tanto, se faz necessário traçar as linhas ou elementos que permitem conceituar e definir os distintos Modelos de Regulação da Justiça na matéria. É sobre o que se detém o capítulo que segue.

2.1. Modelo Punitivo ou Etapa Penal Indiferenciada

A chamada **Etapa Penal Indiferenciada** do Direito Penal Juvenil, ou Modelo Punitivo ou Penitenciário guarda correspondência com a Escola Clássica do Direito Penal. Como assinala Vasquez González, no direito espanhol com base nos Códigos Penais retribucionistas do século XIX¹³⁵, crianças eram consideradas como “adultos em miniatura” e por isso submetidas às mesmas regras que os adultos, sendo a única diferenciação, a adoção de circunstâncias atenuantes na aplicação das penas.

Em verdade esta feição não é de exclusividade espanhola, pois também no Brasil, assim como em outros países de influência romano-germânica adotou-se a mesma regra. Os Códigos Penais retribucionistas, como legado do direito romano, consideravam menores de 7 anos absolutamente incapazes. No Código Brasileiro, dos 7 aos 17 anos, previa-se a diminuição de um terço da pena aplicada ao adulto na mesma circunstância delitiva.

¹³⁵ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. *Delincuencia Juvenil – consideraciones penales y criminológicas*. Madrid: Editorial Comex, 2003, p. 247.

Portanto, de modo geral os Códigos Penais do século XIX adotavam uma presunção *iure et de iure* de exclusão da responsabilidade criminal para uma primeira idade, fixada aos sete anos. Na Espanha¹³⁶ isto foi disciplinado pelo Código Penal de 1822 enquanto no Brasil, inicialmente a regra já se encontrava nas Ordenações Filipinas e posteriormente foi objeto de regulamentação pelo Código Penal do Império de 1830.

Ao longo do século XIX, muitos autores se ocuparam em toda a Europa de esclarecer os critérios e as respectivas etapas de responsabilização de menores de idade. Os esforços resultaram na identificação de uma etapa de plena inimputabilidade equivalente à infância, e outra de inimputabilidade condicionada, cuja pedra angular foi o discernimento¹³⁷.

O discernimento por sua vez, nunca teve uma definição válida e uniforme, apesar de muitos esforços doutrinários. Não por acaso, o jurista Alimena assinalava que “talvez não exista outra questão em Direito Penal em que seja maior a discordância de opiniões”¹³⁸. Os distintos critérios, por exemplo, formulados por Jiménez de Asúa, de discernimento jurídico, moral, incluindo o social compreendido como conceito social de conteúdo educativo e considerando o entorno social do menor¹³⁹, na verdade, funcionavam conforme a conveniência de apreciação do Tribunal, ou seja, quando se acreditava que as penas poderiam ser úteis para os menores, a maior parte dos processos terminava com a declaração do discernimento, e do mesmo modo, quando se assinalava a inutilidade das penas em razão dos efeitos prejudiciais da prisão, a maior parte dos

¹³⁶ Na Espanha houve alteração pelos Códigos de 1848 e sua reforma de 1850 e 1870 fixando então a idade de imputabilidade penal aos nove anos. De maneira geral, desde o primeiro Código penal de 1822 até a promulgação do Código de 1928, e mais exatamente do Código de 1932, foi o critério do discernimento que funcionou como suporte jurídico limitador da responsabilidade dos menores de idade na Espanha.

¹³⁷ Entre outros, JIMÉNEZ DE ASÚA, em *La delincuencia juvenil y los Tribunales para niños*, 1929, p. 4, advertiu sobre a importância do discernimento como “pedra angular da inimputabilidade dos menores”. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, 1929 apud VENTAS SASTRE, Rosa. In: **Estudio de la Minoría de Edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica**. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 2002, p. 23.

¹³⁸ ALIMENA, B, 1916 apud VENTAS SASTRE, Rosa. **Estudio de la Minoría de Edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica**. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 2002, p. 24.

¹³⁹ Consta que Jiménez de Asúa formulou quatro acepções para o termo “discernimento”: a acepção jurídica, baseada na inteligência acerca da antijuridicidade do ato praticado; a moral, entendida como a inteligência para diferenciar o bem do mal e também o justo do injusto; um terceiro critério que combina os anteriores, moral e jurídico; e por fim o discernimento social, baseado no caráter e instintos do menor e seu entorno social. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.; ANTÓN ONCEA, J. **Derecho Penal conforme al Código penal de 1928**. Parte General. Tomo I. Madrid: PE, 1929, p. 238, *passim*.

processos terminava com a negação da existência do discernimento, como destacou o próprio Alimena¹⁴⁰.

Silva Sanchez ensina que nos Sistemas codificados, como por exemplo nos códigos espanhóis do século XIX, e mesmo no caso brasileiro, se pode notar uma tripartição: a) impunidade total para o sujeito em idade inferior a nove anos; b) entre nove e quinze anos, um juízo individualizado de discernimento; c) e acima dos quinze anos, plena responsabilidade criminal, havendo atenuação da pena em razão da idade¹⁴¹.

Este modelo se reproduziu no Brasil, como se observa no Código Penal do Império que apesar de não regulamentar de forma detalhada a intervenção do Estado perante as infrações ou delitos cometidos por crianças e adolescentes, ou seja, ao não estabelecer uma idade mínima para o início da responsabilidade, seu artigo 10, parágrafo 1º dispunha: “não serão julgados os criminosos menores de 14 anos, salvo nos casos em que se demonstre o discernimento”.

Com base no Código Penal do Império no Brasil, aos infratores na faixa de idade de 14 a 21 anos as penas eram atenuadas¹⁴². Já pelo Código Penal Republicano de 1890, os menores de 9 anos de idade eram considerados totalmente irresponsáveis. Na faixa de idade de 9 a 14 anos, se exigia o estudo do discernimento. Entre os 14 aos 17 anos, o discernimento era sempre presumido resultando em diminuição de 2/3 das penas previstas para os adultos. Entre os 17 a 21 anos, as mesmas penas dos adultos eram aplicadas, porém com atenuantes.

Como se pode observar, portanto, os Códigos Penais de 1830 e 1890 representam no ordenamento brasileiro a Etapa Penal Indiferenciada, cujo objeto central foi a investigação do discernimento. Seus princípios informadores eram os mesmos da “Escola Clássica”, além da concepção do delito como ente jurídico¹⁴³. Para esclarecer a base de legitimação do modelo punitivo, Andrés Ibáñez recupera o posicionamento de Bettiol sobre o delito como ente jurídico, uma vez que resulta da confrontação de um

¹⁴⁰ ALIMENA, B, 1916 apud VENTAS SASTRE, Rosa. **Estudio de la Minoría de Edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica**, op. cit.

¹⁴¹ SILVA SANCHEZ, J. M. **El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales**. Barcelona: José Maria Bosch Editor., 1997, p. 166.

¹⁴² GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. **Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada**, op.cit.

ato humano com a lei que previamente o havia proibido. Ou seja, “um fato já realizado pelo homem, não um pensamento ou um modo de ser”¹⁴⁴. Por isso, a irrelevância de qualquer dado relativo à personalidade do agente, já que o direito buscava responder de forma proporcional à ofensa cometida e não reformar ou reeducar o delinquente.

Silva Sanchez explica ainda que o modelo do discernimento parte de uma concepção retributiva da pena, e se funda na ideia de culpabilidade como juízo de reprovação – como pressuposto essencial da pena, através de um conceito bilateral de culpabilidade: se não há culpabilidade, não se pode impor a pena, mas sempre que haja culpabilidade deverá a pena ser imposta¹⁴⁵. A culpabilidade, por sua vez, se traduz em um juízo de reprovação e possui dois elementos: a capacidade de conhecer o conteúdo do injusto, da antijuridicidade da própria conduta, e a capacidade de adequar a própria conduta a este conhecimento. O juízo individual de discernimento teria justamente como objeto medir tais capacidades.

2.2. Modelo de Proteção ou Etapa Tutelar

O segundo modelo de regulação de Justiça Juvenil é o chamado modelo de proteção ou também tutelar, cujas bases de sustentação teórica guardam profunda correspondência com a ideologia positivista e o correccionalismo, como já apontado premilinarmente¹⁴⁶.

Em termos históricos esta etapa tem início na passagem do século XIX para o século XX. Neste contexto três fatores podem ser apontados como determinantes para o aparecimento de uma Justiça especializada de menores e de um modelo correspondente. O primeiro foi descrito por Andrés Ibáñez como uma relação entre a delinquência juvenil e as transformações econômicas e sociais resultantes da sociedade industrial. Como também destaca Barbero Santos:

Da instabilidade e do liberalismo econômico derivou uma grande riqueza para alguns e uma enorme miséria para os demais, os bairros populares se encheram de proletários, tendo que homens e mulheres

¹⁴³ BUSTOS RAMÍREZ, J. *Introducción al Derecho Penal*. Ed. 2. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1994.

¹⁴⁴ ANDRÉS IBAÑEZ, P. El Sistema Tutelar de Menores como Reacción penal reforzada. In: JIMÉNEZ BURILLO, J.; CLEMENTE, M. (Orgs.). *Psicología Social y Sistema Penal*. Madrid, 1986, p. 210.

¹⁴⁵ SILVA SANCHEZ, J.M. *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, op. cit., p. 167.

¹⁴⁶ Ver a Introdução deste Trabalho.

recorrer ao trabalho na indústria em razão de seus salários individuais serem insuficientes para atender às necessidades familiares. Os filhos ficaram deste modo, abandonados, livres para agir a seu bel prazer durante todo o dia. A consequência foi que uma corrente incessante de crianças dos bairros populares começou a aparecer perante os tribunais¹⁴⁷.

O fenômeno da industrialização e seu impacto na desigual distribuição da riqueza é um dos fatores para a criação do conceito de delinquência juvenil, assim como do conceito jurídico de infância¹⁴⁸. Espera-se justamente que o sistema penal afrente a emergência deste novo tipo de delinquente.

O segundo aspecto deriva, de um lado, da incômoda presença de crianças nos cárceres¹⁴⁹ somada à crescente consciência da necessidade de salvaguardar a integridade física e moral de crianças e adolescentes¹⁵⁰.

Em terceiro lugar, a combinação do correccionalismo e a influência da “Escola Positiva” resultam em um direito tutelar de menores. De um lado, o correccionalismo, cujo maior representante provavelmente tenha sido Röder, que concebia que “a lei do direito não ficará completamente satisfeita até que o dano causado e o dano interior (imoralidade ou contrariedade ao dever de direito) no autor sejam extirpados, reparados totalmente” permitindo que o delinquente seja concebido como um ser necessitado de ajuda e por conseguinte que a ordem jurídica tenha como função básica oferecer a ajuda necessária, corrigindo o delinquente mediante a limitação de sua liberdade. A pena, portanto, será um bem¹⁵¹. Na mesma direção está o pensamento de Dorado Montero¹⁵², que propunha

¹⁴⁷ ANDRÉS IBAÑEZ, P. El Sistema Tutelar de Menores como Reacción penal reforzada. In: JIMÉNEZ BURILLO, J.; CLEMENTE, M. (Orgs.). **Psicología Social y Sistema Pena**, op. cit., p. 210.

¹⁴⁸ Ver TUTT. N. **Utilización de los delitos por su condición y disposiciones conductistas equivalentes para prevenir la delincuencia**. EN *RIPCrim.*, nº39 y 40, Vol. 2. Nueva Iorque: Naciones Unidas, 1990, p. 85.

¹⁴⁹ Como recorda CUELLO CALÓN citado por HIGUERA GUIMERÁ, no final do século XIX e princípios do século XX, sem nenhuma exceção, os menores eram conduzidos aos cárceres, onde conviviam em espantosa promiscuidade com os detentos adultos, durante o longo período de instrução do processo. CUELLO CALÓN, E. *Derecho Penal*, 1926 apud. HIGUERA GUIMERÁ, J. **Derecho Penal Juvenil**. Barcelona: Editorial Bosch, 2003, p. 45.

¹⁵⁰ GARCIA MENDEZ nos relembra que em 1875, em Nova Iorque, uma menina que era submetida a sistemáticos maus tratos por parte de seus pais foi objeto de grande atenção na imprensa. A menina Mary Ellen, de nove anos de idade foi retirada de seus pais por autoridades judiciais. O caso foi patrocinado pela Sociedade de Proteção dos Animais de Nova Iorque, coincidindo com a criação da “Sociedade de Prevenção à Crueldades contra Criança e Nova Iorque (New York Society for Prevention of Cruelty to Children). GARCIA MENDEZ, E. **Infância e cidadania na América Latina**, op. cit., p. 51.

¹⁵¹ ANDRÉS IBAÑEZ, P. El Sistema Tutelar de Menores como Reacción penal reforzada. In: JIMÉNEZ BURILLO, J.; CLEMENTE, M. (Orgs.). **Psicología Social y Sistema Penal** op. cit., p. 212.

que “a administração da justiça penal tivesse função de saneamento social, uma função de higienização e profilaxia social”¹⁵³.

Por outro lado, o positivismo passou a conceder mais atenção a tipologias de delinquentes do que a tipos de delitos. A concepção do delito como um fato humano e um dado sintomático da anormalidade pessoal do sujeito levou à adoção de medidas de segurança destinadas a reagir defensivamente à periculosidade social do sujeito. A essência estava em atribuir ao direito penal a função de prevenir tomando em conta as exigências de defesa social e não mais a função repressiva.

Como explica Luigi Ferrajoli, a tradição correcionalista espanhola, sustentada especialmente por Pedro Dorado Montero, tinha por característica central a compreensão do delincente como um ser débil, cuja vontade defeituosa se fazia manifestar no delito e através dele¹⁵⁴. Nesta perspectiva, a função penal aparece como um dever da sociedade e um direito do infrator da lei, mesmo que lhe pareça um mal. O critério fundamental de punibilidade não se fixa na intenção do sujeito, mas sim no perigo que representa para a sociedade. Concebendo o delincente como débil e inferior, a ele devem ser dirigidas medidas de proteção e não penas. A proposta de um novo Direito Penal se desenha então, dada a função tutelar dirigida a modificar e corrigir.

Por isso, Dorado Montero sugere, como já apontado, uma autêntica pedagogia correcional e um direito penal voltado não mais ao castigo, e sim à correção efetiva do delincente¹⁵⁵. Neste contexto, à justiça cabe o saneamento social, e, para tanto se deve

¹⁵² Pedro Garcia Dorado Montero é o principal expoente da tradição correcionalista, cuja característica central é compreender o delincente como um ser débil, cuja vontade defeituosa se manifesta no delito e através dele. Nesta perspectiva, a função penal aparece como um dever da sociedade e um direito do infrator da lei, mesmo que lhe pareça um mal. O critério fundamental de punibilidade é o perigo que representa para a sociedade.

¹⁵³ DORADO MONTERO, P. **Bases para um Nuevo Derecho Penal**. Nueva edición com prólogo, bibliografía y notas por Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973, p. 66.

¹⁵⁴ FERRAJOLI, L. **Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal**. 4ª edición. Editorial Trotta. Madrid. 2000.

¹⁵⁵ Na Introdução deste trabalho, ao apresentar o panorama do Direito Penal Juvenil no ordenamento jurídico brasileiro destacou-se que a Etapa Tutelar do Direito Penal Juvenil manteve forte vinculação ideológica com a tradição correcionalista, da qual Pedro Garcia Dorado Montero é um dos principais representantes no direito europeu. Para a perspectiva correcionalista o delincente é concebido como um ser débil, cuja vontade defeituosa se manifesta no delito e através dele. Para aprofundar o tema do correcionalismo, ver GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. **Tratado de Criminología** (Introducción. Modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen). Ed. 2ª. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, p. 420.

utilizar medidas individualizadas em substituição à pena tradicional. O juiz se converte assim em um autêntico médico penal que exerce a cura das almas, e para tanto não estará condicionado às exigências legais do contraditório para desempenhar seu papel discricionário. A prevenção e o tratamento prevalecem, ao menos teoricamente sobre a retribuição e o castigo. É exatamente o que se realizou na justiça da infância e juventude por intermédio dos Códigos de Menores e seus juízes.

Fundamental ainda esclarecer que tais tribunais de menores, que se estruturam sobretudo entre os anos de 1905 a 1921 no mundo todo¹⁵⁶, não eram considerados instituições repressivas. Sua função era meramente paternal e educativa (imagem patriarcal do Juiz como pai substituto). Como adverte Higuera Guimerá:

Sua principal missão consistia no estudo do menor, de sua personalidade e seu ambiente, e em adotar com base neste conhecimento, a medida mais adequada à salvação moral e social.¹⁵⁷

O mesmo se observa quando Dorado Montero define o perfil dos magistrados: “se assemelhará mais a médicos higienistas. O Juiz severo, rígido e temido deve desaparecer, para deixar o posto ao médico carinhoso e indulgente”¹⁵⁸.

Por esta razão, a intervenção não se restringia aos casos de um menor que houvesse praticado um fato penalmente típico, mas também aos casos de condutas consideradas irregulares. Como se nota, ocorre uma suposta minimização formal dos mecanismos de controle, uma vez que localizados fora do campo do Direito Penal: as regras deixam de integrar os Códigos Penais para fazer parte de uma legislação específica, obtendo, contudo, maior repressão material.

¹⁵⁶ Foi em 1899, *através da Juvenile Court Art de Illinois*, que se criou o primeiro Tribunal de Menores dos Estados Unidos da América. A ideia se difundiu pela Europa com intensidade nos anos de 1905 e 1921, quando quase todos os países europeus criaram também seus Tribunais de Menores. De forma exemplificativa, podemos mencionar a criação de tribunais de menores na Inglaterra (1905), Alemanha (1908), Portugal e Hungria (1911), França (1912), Japão (1922). Na Espanha os primeiros tribunais de menores foram criados em Bilbao (1920) e Barcelona (1921) e até 1924 já estavam em todo o país. Na América Latina, Argentina, em 1921, foi o país precursor com a promulgação da primeira legislação específica, a Lei 10.903, mais conhecida como Lei Agote; depois, Brasil (1923), Chile (1928) e Venezuela (1939). PEREIRA, T. **Direito da criança e do adolescente: uma Proposta Interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. GARCIA MENDEZ, E. **Infância e cidadania na América Latina**, op. cit., p. 52 / ANDRÉS IBAÑEZ, P. *El Sistema Tutelar de Menores como Reacción penal reforzada*. In: JIMÉNEZ BURILLO, J.; CLEMENTE, M. (Orgs.). **Psicología Social y Sistema Penal**, op. cit., p. 214.

¹⁵⁷ HIGUERA GUIMERÁ, J. **Derecho Penal Juvenil**. Barcelona: Editorial Bosch, 2003, p. 45.

¹⁵⁸ DORADO MONTERO, P. **Bases para um Nuevo Derecho Penal**, op. cit., p. 66.

Neste contexto, ganham fundamental importância, de um lado, a existência de uma jurisdição especializada, e de outro os conceitos de inimputabilidade moral e personalidade perigosa¹⁵⁹.

Em definitivo, o modelo de proteção ou tutelar é, como já afirmava Ferri, “o triunfo completo das conclusões da Escola Positiva”¹⁶⁰. O que corrobora com a explicação de Ferrajoli acerca do desenvolvimento da ideologia correcional como paralela à difusão de concepções organicistas do corpo social: o sadio e o enfermo como categorias sobre as quais são chamados a exercitarem-se o olho clínico e os experimentos terapêuticos do poder. É quando o projeto ilustrado e puramente humanitário de castigar menos se converte no projeto disciplinar e tecnológico de castigar melhor¹⁶¹.

A Etapa Tutelar do Direito Penal Juvenil Brasileiro tem início precisamente com a adoção da Lei Federal n.º 4.242 de 1921¹⁶², a criação do primeiro Juizado de Menores em 1923, e com o primeiro Código de Menores de 1927¹⁶³.

Como já destacado no capítulo anterior, o Código definia em seu artigo 1º seu raio de abrangência: abandonados ou delinquentes, em idade inferior a 18 anos, fixando desta forma a responsabilidade penal plena dos adultos em 18 (dezoito) anos e indicando a presença de duas categorias de menores: os abandonados¹⁶⁴ e os delinquentes, como objetos de sua intervenção. Reconheceu-se uma responsabilidade penal especial na faixa

¹⁵⁹ No modelo tutelar não se aplica aos menores o princípio da imputabilidade moral e da dosimetria penal. Como esclarece Higuera Guimerá, a infração penal, por si mesma, não interessa ao modelo tutelar exceto como sintoma da perigosidade do sujeito para cometer novos delitos. HIGUERA GUIMERÁ, J. **Derecho Penal Juvenil**. Barcelona: Editorial Bosch, 2003, p. 47.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 46.

¹⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**, op. cit.

¹⁶² A Lei Federal 4.242 de 04.01.1921 era de natureza administrativa, regulando a organização do serviço de assistência e proteção à infância abandonada e delincente (artigo 3º, inciso I). A mesma apresentava sanções e procedimentos destinados aos infratores (artigo 3º, § 16 a 37).

¹⁶³ O Código de Menores de 1927 foi aprovado pelo decreto federal nº 17.943, como resultado de um Projeto de Proteção ao Menor, elaborado pelo primeiro Juiz de Menores, José Cândido Albuquerque de Mello Mattos. Por isso, a Lei veio a tornar-se conhecida na comunidade jurídica como Código Mello Mattos.

¹⁶⁴ Como já detalhado, a definição de abandonados encontrava-se no artigo 26 do Código (“aqueles que não tinham habitação certa, que se encontravam eventualmente sem habitação certa, que tinham pai, mãe ou tutor incapaz de cumprir os seus deveres para com o filho ou tutelado, que viviam com os pais ou tutores, mas se entregavam à prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, que se encontravam em estado de vadiagem, mendicância ou libertinagem, que frequentavam lugares de jogo ou moralidade duvidosa, aqueles que fossem vítimas de abuso de autoridade, maus tratos físicos, castigos imoderados por pais ou tutores, ou que estivessem privados habitualmente dos alimentos ou dos cuidados indispensáveis à saúde, que tivessem pais ou tutores condenados por sentença irrecorrível a mais de dois anos de prisão por qualquer crime ou a qualquer pena como coautor, cúmplice, encobridor ou receptor de crime cometido por filho ou tutelado, ou por crime contra estes”).

de idade de 14 a 18 anos; para a faixa de 16 a 18 anos, autorizava-se ainda o internamento que, no caso de delitos graves com demonstração da periculosidade do agente, poderia ser executado em estabelecimentos destinados a adultos. Como consequência da periculosidade, o tempo de permanência era indeterminado até a chamada obtenção da cura.

Com a adoção do novo Código Penal de 1940, a responsabilidade penal plena foi fixada acima dos 18 anos. E através da reforma de 1984 da Parte Geral, adotou-se a redação vigente até os dias atuais para o artigo 27, utilizando-se da ideia de inimputabilidade e não mais referindo-se à responsabilidade.¹⁶⁵

O segundo Código de Menores de 1979, editado pela Lei Federal n.º 6.697 de 08 de fevereiro, não alterou significativamente o funcionamento e a feição do modelo, que não só permitia a institucionalização dos menores sem a observância das regras e dos princípios processuais e constitucionais, como também autorizava a continuidade da institucionalização nos mesmos estabelecimentos destinados aos adultos. Desta forma, a lógica da correção do delinquente foi levada às últimas consequências na Etapa Tutelar do Direito Penal Juvenil Brasileiro.

Em que pese esta tendência haver se espalhado por todo o mundo, consta que algo muito similar se deu na Espanha, sob a égide do Código Espanhol ditatorial de 1928 e posteriormente com o Código Penal de 1932¹⁶⁶, que por sua vez representou a completa substituição do critério do discernimento pela fórmula biológica¹⁶⁷. Ou seja, o critério biopsicológico passou a ser adotado no Direito Espanhol com a finalidade de conferir segurança jurídica e legitimar o funcionamento dos Tribunais tutelares de menores.

¹⁶⁵ “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. Conforme destacado no Capítulo 1 deste trabalho, originalmente o legislador no diploma de 1940 utilizou no artigo 22 a expressão responsabilidade penal, que foi substituída pela ideia de inimputabilidade na Reforma de 1984.

¹⁶⁶ O Código penal republicano espanhol de 1932 declarava, conforme o artigo 8.2º, os menores de dezesseis anos isentos de responsabilidade criminal e portanto sujeitos à jurisdição especial dos Tribunais tutelares de menores. Logo o Código penal franquista de 1944 manteve as mesmas linhas mestras do texto republicano, com a única diferença no que se refere ao amplo arbítrio conferido aos próprios Tribunais para a determinação de sua competência. Como descreve Giménez-Salinas Colomer, “o sistema tutelar espanhol teve seus momentos áureos nos anos 50 em plena ditadura franquista e com visível objetivo de controlar a juventude”. Também Ventura enfatiza que “o sistema tutelar espanhol respondia a uma ideologia franquista e nacional-católica”. (HIGUERA GUIMERÁ, J. op. cit. p. 50 e ss)

¹⁶⁷ LANDROVE DÍAZ, G. **Derecho Penal de Menores**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 34.

É curioso observar que também no Brasil, a época de consolidação do modelo tutelar correspondeu ao período de ditadura política, através da elaboração da Política Nacional do Bem-estar do Menor e da criação de uma entidade de âmbito federal para sua coordenação, a chamada Funabem (Fundação Nacional do Bem-estar do Menor).

De modo geral, os modelos tutelares podem ser descritos a partir de cinco características principais: a) a negação de sua natureza penal; b) a indeterminação das medidas aplicáveis; c) no aspecto processual, a ausência de garantias jurídicas; d) amplo arbítrio judicial e e) recusa ao critério de imputabilidade.

A partir de tais características, procurar-se-á discutir o atual modelo de justiça juvenil brasileiro que, muito embora se suponha um modelo de responsabilidade, ainda apresenta em sua estrutura e na sistemática da lei uma inegável herança do correcionalismo e da lógica tutelar.

2.3. Modelo Educativo ou de Bem-Estar

A caracterização de um Modelo Educativo ou de Bem-Estar só é possível diante da crise e da decadência que paulatinamente vieram a impactar os modelos tutelares antes adotados. Em termos históricos têm início com o término da Segunda Guerra Mundial, ou seja, entre os anos 40 e 50 e perduram até meados da década de 70.

Evidentemente sua denominação está associada ao Estado de Bem-estar social e sua principal base de sustentação está no próprio princípio do bem-estar que se desenvolve nos períodos de expansão econômica. Caracteriza-se sobretudo por seu caráter permissivo e tolerante frente ao cometimento de infrações por menores.

Define Roldán Garcia¹⁶⁸ que estes modelos estão dirigidos ao tratamento da delinquência juvenil a partir de uma perspectiva fundamentalmente educativa e sociológica e portanto antipunitiva, o que exige a organização de mecanismos extrapenais para a solução de conflitos. A reparação entre o adolescente e a vítima e formas de compensação são exemplos de institutos voltados para a solução extrapenal.

¹⁶⁸ ROLDÁN GARCIA, E. *El tratamiento jurídico e social de la delincuencia juvenil en Canadá: tendencias actuales*. In: Revista Menores, números 11-12. Madrid: Ministério de Assuntos Sociais, 1988, p. 42.

Nos países que adotaram o modelo educativo ou de bem-estar, foram estruturadas instâncias com alta participação comunitária, o que parece ser o embrião do surgimento das práticas de Justiça Restaurativa no âmbito da Justiça especializada.

É importante assinalar que tais modelos, via de regra, autorizam uma intervenção não apenas quando o adolescente tenha cometido um fato penalmente típico, como também em casos de algum tipo de conduta irregular, ou ainda diante de situações que indiquem dificuldades de adaptação, abandono ou condutas desviadas. Dada a informalidade, o procedimento apresenta ampla discricionariedade das instâncias de decisão, sem a presença de garantias processuais bem definidas, persistindo a tendência de aplicação de sanções indeterminadas.

A principal consequência da adoção do Modelo Educativo está na percepção de que a Jurisdição de menores não deva pertencer à ordem penal e sim à civil.

2.4. Modelo de Responsabilidade ou Etapa Garantista

Os modelos de responsabilidade são inspirados no movimento de reformas das legislações europeias e norte-americanas durante os anos 60¹⁶⁹, mais precisamente por influência de algumas decisões do Tribunal Supremo dos Estados Unidos, que reconheceram determinados direitos aos adolescentes durante os processos de ajuizamento e apuração de responsabilidade. O caso mais paradigmático é o denominado caso Gault, que resultou no reconhecimento aos adolescentes do direito a conhecer os motivos da acusação, a dispor de um advogado, a uma acareação e ao interrogatório, e imunidade frente à autoincriminação, em processos que pudessem resultar no encarceramento do menor¹⁷⁰.

O caso Gault representou um passo fundamental na extensão das garantias constitucionais do processo penal de adultos para os processos relacionados à imposição

¹⁶⁹ George Fletcher quando discute o tema “Pena versus Tratamento”, em sua obra *Conceptos Básicos de Derecho Penal*, recupera o que foi o movimento das liberdades civis nos Estados Unidos da América, demonstrando que dentre outras reivindicações estava a de desconstrução da ideia de que haveria motivos benéficos na imposição das medidas privativas de liberdade. A decisão do Tribunal Supremo norte-americano que sustentou que “apesar de seu nome eufemístico ... os centros de acolhida para jovens não deixam de ser instituições de internamento nas quais o jovem é encarcerado por um tempo mais ou menos amplo” tornou-se emblemática. FLETCHER, George. **Conceptos Básicos de Derecho Penal**. Trad. de Francisco Muñoz Conde. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1997, p. 51.

¹⁷⁰ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. **Delincuencia Juvenil – consideraciones penales y criminológicas**, op. cit., p. 254.

de medidas privativas de liberdade de adolescentes. Precisamente, passou-se a exigir que nos processos passíveis de internação do adolescente acusado, fosse reconhecido o direito a não declarar contra si mesmo, o de ser assistido por um advogado e o de confrontar-se com provas e testemunhas. Indiretamente possibilitou-se que o eufemismo do tratamento e da reabilitação fosse contrastado com a realidade do encarceramento dos jovens.

Entretanto, o Tribunal Supremo norte-americano não considerou aplicável aos processos de menores a competência do júri popular, por não equiparar as medidas aplicáveis aos adolescentes às penas criminais.

Resulta que a principal característica do modelo de responsabilidade está na concepção do menor de idade como *pessoa*, e portanto sujeito de direitos e titular de uma capacidade progressiva para exercê-los. De tal capacidade deriva sua responsabilidade, que neste caso está condicionada à prática de um fato penalmente típico (princípio da tipicidade do fato)¹⁷¹.

Importante destacar que a superação do modelo tutelar pelo modelo de responsabilidade também guarda profunda relação com a normativa internacional que se desenvolve e consolida no mesmo período; trata-se das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores – “Regras de Beijing (1985)”, a própria Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os direitos da criança e do adolescente (1989), as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil – “Diretrizes de RIAD (1990)”, as Regras das Nações Unidas para a Proteção de Menores Privados de Liberdade (1990), a Resolução do Conselho da Europa sobre Delinquência juvenil e transformação social (1978) e a Recomendação n.º R (87) 20 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa sobre as reações sociais frente à delinquência juvenil.

O Modelo de Responsabilidade se caracteriza pela combinação entre o educativo e o judicial. O carácter educativo se deve ao conteúdo das medidas, que em que pese serem responsabilizantes, devem ter por objetivo precípuo a educação. Já o aspecto judicial se comprova pela semelhança com a justiça penal de adultos, pois se exige um processo contraditório no qual a defesa (advogado do adolescente) e a acusação (Ministério

¹⁷¹ HIGUERA GUIMERÁ, J. **Derecho Penal Juvenil**, Op. cit., p. 54.

Público) intervêm, reconhecendo-se também aos menores de idade o princípio da presunção da inocência dentre outras garantias clássicas.

No Brasil, como já detalhado, a superação formal do modelo tutelar ou de proteção se deve à adoção da Lei Federal 8.069 de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, como reflexo da ratificação da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e da constitucionalização do Direito Infanto-juvenil no âmbito da Constituição democrática brasileira de 1988.

Aliás, em muitos países onde se sucederam períodos de transição política de regimes autoritários foi adotado o chamado “Direito Penal de transição”¹⁷², a exemplo da Espanha¹⁷³, onde a Constituição espanhola de 1978 estabeleceu as bases para a revisão de todo sistema jurídico-penal, ou seja, possibilitou a necessária eliminação dos aspectos mais intoleráveis da legislação franquista. Ainda neste país, foi o Código Penal de 1995 que determinou a necessidade de uma nova normativa para a responsabilidade penal do menor de idade, que entra em vigor no ano de 2000: a Lei Orgânica Reguladora da Responsabilidade Penal de Menores de Idade, Lei 5/2000.

Com efeito, não se pode separar historicamente o abandono do modelo tutelar dos momentos de transição democrática vividos na maioria dos países. O que confirma a opinião de muitos autores acerca da estreita relação entre as Cartas Políticas dos Estados, as Constituições e o exercício do poder punitivo. A mudança de paradigma e a introdução de um novo modelo de regulação de Justiça Juvenil evidenciam o que Emilio Garcia Mendez define como a conjunção de três coordenadas fundamentais: infância, lei e democracia¹⁷⁴.

Destaque-se por fim que a caracterização do Modelo de Responsabilidade tem como ponto de partida a isenção da responsabilidade criminal plena do menor de 18 (dezoito) anos e a determinação de uma responsabilidade penal especial com base na legislação específica. No escólio dos ensinamentos de Silva Sanchez pode-se afirmar que neste

¹⁷² LANDROVE DÍAZ, G. **Derecho Penal de Menores**, op. cit. pág. 38.

¹⁷³ Na Espanha, a transição democrática foi acompanhada de diversos Códigos Penais até a adoção do Código de 1995, chamado por alguns setores como o Texto Penal da democracia. Do mesmo modo, neste período a intervenção sobre fatos praticados por menores de idade esteve regulada de distintas maneiras até a adoção da Lei Orgânica Reguladora da Responsabilidade Penal de Menores de Idade (LORRPM), Lei 5/2000.

¹⁷⁴ GARCIA MENDEZ, E. **Infância, lei e democracia: uma questão de justiça**, op. cit, p. 23.

modelo adota-se em sua maioria, a idade de 18 (dezoito) anos como fronteira da culpabilidade plena ou da responsabilidade penal plena¹⁷⁵.

Como também preleciona Amaral e Silva¹⁷⁶:

“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 socioeducativo das respectivas medidas, o que se apresenta altamente pedagógico sob o ângulo dos direitos humanos de vítimas e vitimizadores. 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 de remissão), do caráter **predominantemente pedagógico e excepcional** das medidas socioeducativas constituem **garantias de natureza penal** (...) que não podem ser negadas aos infratores (...) 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**”. (grifos do autor)

Como é facilmente percebido, o tema que emerge com imensa força na definição de um Modelo de Responsabilidade de adolescentes sob a ótica garantista refere-se à discussão da imputabilidade. Discussão esta tão maltratada no campo da dogmática penal, e não por outra razão motivo para que um capítulo específico deste trabalho venha a analisá-la oportunamente.

2.5. Modelo Misto

Pode-se dizer que os chamados Modelos Mistos representam os últimos modelos jurídicos em desenvolvimento. Assim se denominam em virtude da adoção de critérios, ideias e traços do modelo educativo e ao mesmo tempo do modelo de responsabilidade. Em realidade, são mistos porque plasmam a chamada política dos 4Ds e as regras derivadas das recomendações internacionais em matéria de Justiça Penal Juvenil. A

¹⁷⁵ SILVA SANCHEZ, J.M. **El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales**, op. cit., p. 167.

¹⁷⁶ AMARAL E SILVA, Antonio Fernando. *O Estatuto da Criança e do Adolescente e Sistema de Responsabilidade Penal Juvenil ou o Mito da Inimputabilidade penal*. In: ILANUD/ ABMP/ SEDH/ UNFPA (orgs.). **Justiça, Adolescente, e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**, op. cit., p. 57.

Política dos 4Ds se define basicamente pelos seguintes princípios: Descriminalização, Diversão – *Diversión* - , Devido Processo Legal e Desinstitucionalização¹⁷⁷.

De fato, junto ao modelo de responsabilidade se acrescentam finalidades político-criminais que podem ao final e ao cabo convergir para uma busca de solução fora dos e transdendente aos marcos da dogmática penal tradicional, o que no campo do Direito Penal Juvenil vem a se concretizar como um modelo híbrido ou misto.

Contudo, o esforço classificatório não apazigua outros problemas como o do reconhecimento do Direito Penal Juvenil como um direito penal de culpabilidade¹⁷⁸, mesmo em face da regra da inimputabilidade penal. Este é talvez o maior desafio a ser enfrentado com vistas a descrever os principais elementos de uma teoria da responsabilidade dos menores de idade, o que se pretende realizar no capítulo que segue.

Cabe destacar portanto que qualquer que seja a classificação adotada para o Modelo e a regulação da Justiça juvenil somente existem duas alternativas plausíveis: o Direito Penal ou a Não-intervenção. O reconhecimento de atenuantes e alternativas à institucionalização por razões garantistas e também em virtude do princípio utilitarista da não dessocialização não afasta o Direito penal.

2.6. Dificuldades para o reconhecimento de um Modelo Puro no Sistema de Justiça Juvenil Brasileiro

As dificuldades para o reconhecimento de um Modelo Puro no sistema de justiça e ordenamento jurídico brasileiro residem basicamente em duas dimensões: de um lado, a persistência de aspectos identificadores de um modelo ainda tutelar, e de outro, a introdução pelo ECA de mecanismos extrapenais no trato de alguns conflitos envolvendo adolescentes que são próprios de um modelo educativo ou de bem-estar. Estas duas ordens de questões indicam que o Modelo brasileiro talvez mais se aproxime

¹⁷⁷ LILLY, J. Robert et al. **Criminological Theory: context and consequences**. Ed. 2. London: Sage Publications, 1995, p.127.

¹⁷⁸ O tema do Direito penal juvenil como um Direito penal de culpabilidade é enfrentado por Jaime Couso Salas ao discutir se a culpabilidade do autor-adolescente é pressuposto das medidas aplicáveis em face do Direito Penal Juvenil.

de um Modelo Misto, do que propriamente um Modelo de Responsabilidade; contudo, tal caracterização não afasta a necessidade premente de superação do legado tutelar.

Como explica Higuera Guimerá, um modelo misto por excelência é aquele que combina traços do modelo educativo com traços do modelo de responsabilidade. Não sobra espaço portanto para conviverem sobre a égide de um mesmo sistema três feições: a tutelar, a educativa e a da responsabilidade. Ademais, entre o modelo educativo e o de responsabilidade, há um ponto de partida comum que é o reconhecimento do adolescente como pessoa em condição peculiar de desenvolvimento e como tal, sujeito de direitos. Não há a possibilidade de coexistência desta concepção com a ideologia tutelar que percebe o adolescente como objeto da intervenção estatal.

A manutenção da lógica tutelar no modelo de regulação de justiça juvenil brasileiro é confirmada pela presença das cinco principais características dos modelos de proteção: a) a negação de sua natureza penal, b) a indeterminação das medidas aplicáveis, c) recusa ao critério de imputabilidade, d) ausência de garantias jurídicas e e) amplo arbítrio judicial.

Estas últimas características de matiz processual, ou seja, a ausência de garantias jurídicas e o amplo arbítrio judicial serão estudadas no capítulo seguinte.

2.6.1. Da negação da natureza penal

Como dito anteriormente, a maioria da doutrina brasileira nega a natureza penal do modelo de justiça introduzido pela Lei 8.068 /90, o ECA. Alguns autores, como Paulo Afonso Garrido de Paula, propõem que o Direito da Criança e do Adolescente derivado da legislação mencionada configura um Direito Misto, entre o direito público e o privado¹⁷⁹. O referido autor defende sua posição sustentando a definição do Direito da Criança e do Adolescente como a disciplina das relações jurídicas entre, de um lado, crianças e adolescentes e, de outro, família, sociedade e Estado, o que resulta em sua conceituação de um Direito Socioindividual.

¹⁷⁹ GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. **Direito da criança e do adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada**, op. cit.

O equívoco de tal concepção tem dupla causa: de um lado, confunde o Modelo que pode ser misto, como vimos, com o Direito, que neste caso não tem como ser misto posto que revela cristalinamente a resposta estatal perante o delito quando praticado por um adolescente. E de outro lado, confunde o Sistema de Garantias de Direitos que o Estatuto estabelece com a matéria pertinente à responsabilização frente ao cometimento de infrações penais. Ou seja, a legislação brasileira não se reduz às medidas aplicáveis quando um menor de idade comete um delito, e sim corresponde a todas as espécies de políticas e programas dirigidos à infância e juventude. Não se trata unicamente de uma Lei de responsabilidade, e dada sua transcendência, muitos acabam por confundir as distintas matérias que a integram.

A perspectiva adotada neste trabalho considera o Direito Penal Juvenil presente no texto do Estatuto como a *Ultima Ratio* do Sistema de Justiça da Infância e Juventude. Seu caráter fragmentário se verifica por sua incidência restrita aos fatos tipificados como delitos, chamados na lei de atos infracionais, que por sua parte tal qual os tipos penais, têm por objetivo a proteção de bens jurídicos. Ademais, o caráter subsidiário da matéria penal se vê reforçado pela existência de três segmentos de políticas públicas destinadas a crianças e adolescentes: políticas sociais básicas, políticas protetivas e políticas socioeducativas.

Como leciona Claus Roxin, o que diferencia o Direito Penal do Direito Civil é que enquanto o segundo é regido pelo princípio da equiparação, o Direito Penal se baseia no princípio da subordinação do indivíduo ao poder do Estado (que se manifesta na norma penal). Desta maneira, o Direito Penal é parte integrante do Direito Público¹⁸⁰. De acordo com as lições do penalista alemão, parece evidente que a matéria correspondente à imposição de medidas sancionadoras aos menores de idade quando tenham cometido um delito se refere ao Direito Penal. O próprio Roxin esclarece que o Direito Penal Juvenil se converte em um campo do Direito próprio não pelo âmbito das normas tratadas, mas em razão da especial classe de autor ao qual se destina¹⁸¹.

¹⁸⁰ ROXIN, C. *Derecho Penal – Parte General. Tomo I. Fundamentos, La estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas Ediciones, 1997, p.43.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 46.

Outra evidência da presença do Direito Penal já foi demonstrada neste trabalho a partir das considerações de Maria Carmen Gomez Rivero¹⁸², com foco nos pressupostos da intervenção e em suas consequências. Tanto em relação ao que origina e fundamenta a intervenção estatal – a prática do ato infracional – como em relação ao que isto acarreta ao adolescente – a imposição da medida socioeducativa – se verifica o forte teor penal da matéria.

Ademais, os comportamentos proibidos para os menores de idade equivalem à mesma seleção de condutas existente nos delitos dos adultos, ou seja, em geral as legislações em matéria de menores, a exemplo da brasileira, adotam a técnica de *tipificação delegada*, remetendo-se em bloco ao que é considerado delitivo para os adultos para definir as infrações dos adolescentes, o que reforça que do ponto de vista dos pressupostos da intervenção, a situação é idêntica à dos adultos.

No tocante às consequências, ainda que revestidas por um conteúdo educativo, as medidas aplicáveis resultam em restrição de direitos, inclusive com a privação de liberdade, assemelhando-se em muitos aspectos às penas tradicionais.

Em suma, a negação da natureza penal da regulação correspondente à responsabilidade dos adolescentes é desarrazoada. Deriva contudo da ambiguidade do Estatuto da Criança e do Adolescente que dada a não utilização da expressão penal¹⁸³ tende a permitir confusões conceituais, deixando aberto o espaço para interpretações tutelares acerca de suas finalidades. Este é um dos principais obstáculos para a consolidação de um modelo de responsabilidade no Brasil.

2.6.2. Indeterminação das Medidas Aplicadas

Como visto anteriormente, uma das características do modelo tutelar ou de proteção é a indeterminação das medidas aplicáveis, indeterminação esta que se sustenta pelo chamado caráter medicinal ou terapêutico da intervenção judicial. Como descreve Andrés Ibáñez, a função dos tribunais de menores no modelo tutelar nada tem a ver com

¹⁸² Ver item 1.8.2. do Capítulo 1. GÓMEZ RIVERO, Maria Carmen. *La Nueva Responsabilidad penal del menor: Las Leyes orgánicas 5/2000 y 7/2000*. In: Revista Penal. Nº9. Editora La Ley, 2002.

¹⁸³ Outras legislações especiais, a exemplo da espanhola, assumem o caráter penal da matéria. Na Exposição de motivos da Lei espanhola LORRPM 5/2000 consta que “é formalmente penal, mas materialmente sancionadora-educativa”.

a expiação dos delitos nem como a satisfação da vingança pública, e por isso sustenta-se o fundamento do caráter indeterminado e aberto das decisões, cuja duração e posterior evolução de sua aplicação ficam sem apreciação no momento de sua adoção¹⁸⁴.

Além disso, o menor de idade é considerado muito mais como enfermo do que como um sujeito culpável a ser castigado. A medida imposta por isso deve penetrar em sua alma, para lograr seu arrependimento e logo sua correção.

É precisamente o que se observa das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente no que se refere à medida de internação, conforme artigo 121:

A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

§ 2º. **A medida não comporta prazo determinado**, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses. (grifo nosso).

Tomando em conta o conjunto de medidas aplicáveis definidas pelo ECA, salvo as medidas de advertência e reparação do dano que são por si mesmas executáveis, as demais medidas de prestação de serviços à comunidade, semiliberdade e internação não possuem prazo determinado. O legislador definiu apenas limites mínimos ou máximos: a exemplo da prestação de serviços à comunidade que não poderá exceder seis meses de duração¹⁸⁵ e as medidas privativas de liberdade, ou seja, semiliberdade e internação que não poderão exceder três anos. O parágrafo 2º do artigo 120 dispõe que a semiliberdade não comporta prazo determinado, aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação.

Já a medida de liberdade assistida, segundo os artigos 118 e 119 do Estatuto, deverá ter um prazo fixado pelo juiz, que será no mínimo de seis meses.

Portanto, a duração das medidas no modelo brasileiro não é definida pela autoridade judicial e sim durante sua execução, a partir de uma avaliação das chamadas ciências auxiliares da justiça, ou seja, da psicologia, da assistência social e em alguns casos da

¹⁸⁴ ANDRÉS IBAÑEZ, P. *El Sistema Tutelar de Menores como Reacción penal reforzada*. In: JIMÉNEZ BURILLO, J.; CLEMENTE, M. (Orgs.). *Psicología Social y Sistema Pena*, op. cit., p. 215.

¹⁸⁵ Artigo 114 da Lei 8.069/90.

psiquiatria. Neste aspecto o modelo brasileiro se distancia de muitos modelos de responsabilidade¹⁸⁶ nos quais o juiz determina na sentença a duração da medida em observância aos marcos legais.

A indeterminação das medidas é outro entrave para a configuração de um modelo de responsabilidade no sistema brasileiro. O fato de que a duração das medidas seja condicionada a uma avaliação por psicólogos ou psiquiatras mantém a ideia de tratamento. Ademais, a indeterminação da duração temporal das medidas dá margem ainda a uma revisão em prejuízo do adolescente, *in pejus*.

O que corresponde ao que Roca destacava como característica do modelo tutelar:

a vantagem de economizar trabalho para acomodar a quantidade e a qualidade da pena à importância do delito, e em segundo lugar a atenção dos juízes voltada para a pessoa do autor, para a busca de meios para alcançar seu arrependimento e com isso sua correção.¹⁸⁷

Os dispositivos correccionais se dirigem à modificação do sujeito, à modificação de sua consciência e não à reprovação do fato delitivo. Isto é facilmente constatado pela falta de proporcionalidade nas respostas, os marcos legais extremamente genéricos que no caso brasileiro têm permitido que fatos totalmente distintos em termos de gravidade sejam respondidos por uma mesma medida de idêntica duração¹⁸⁸. Vale dizer que a duração

¹⁸⁶ Com efeito, a Lei espanhola 5/2000 estabelece distintos marcos legais conforme três grandes faixas de idade dos destinatários das medidas. O primeiro de 14 (catorze) a 16 (dezesesseis) anos, somente admite que as medidas tenham uma duração máxima de 2 (dois) anos. O segundo de 16 (dezesesseis) a 18 (dezoito), admite um prazo de duração máximo de 5 (cinco) anos quando o delito tenha sido cometido com violência ou intimidação ou grave risco para a vida ou a integridade física das pessoas afetadas pelo crime. Nos casos de extrema gravidade, poderá ser imposta uma medida de internação em regime fechado de 1 (um) a 5 (cinco) anos de duração complementada sucessivamente por outra medida de liberdade vigiada com assistência educativa até mais outros 5 (cinco) anos. Por último, com relação à terceira faixa de idade, maiores de 18 (dezoito) anos e menores de 21 (vinte e um), poderá ser aplicada de forma excepcional a Lei juvenil. Além disso, o juiz fixa na sentença a duração temporal das medidas considerando as circunstâncias concretas do caso. Assim dispõe o artigo 7.3 da LORRPM 5/2000: “Para a eleição da medida adequada tanto pelo Ministério Público e pelo defensor do menor em suas postulações como pelo Juiz na sentença, deverá atender-se modo flexível, não só à prova e à valoração jurídica dos fatos, como especialmente à idade, às circunstâncias familiares e sociais, à personalidade e ao interesse do menor (...). O juiz deverá motivar a sentença, expressando com detalhe as razões pelas quais aplica determinada medida, assim como o prazo de duração da mesma, para fins de valoração do mencionado interesse do menor”.

¹⁸⁷ Citado por ANDRÉS IBAÑEZ, P. *El Sistema Tutelar de Menores como Reacción penal reforzada*. In: JIMÉNEZ BURILLO, J.; CLEMENTE, M. (Orgs.). **Psicología Social y Sistema Penal**, op. cit., p. 221.

¹⁸⁸ É o que se observa nos casos de delitos contra a vida e de tráfico de drogas. Os dois tipos de fatos delitivos resultam com frequência na medida de internação, que não excederá três anos, e que por sua vez terá sua duração condicionada ao comportamento do adolescente durante a execução. Ao final,

vinculada ao juízo sobre as condições morais e sociais do adolescente pode inclusive ser maior nos casos menos graves, levando-se em conta o comportamento do adolescente ao largo da execução.

A medida socioeducativa nesta perspectiva abarca a ideia de intervenção psicossocial destinada a modificar o sujeito, sendo que somada à negação de seu conteúdo penal permite que se sancionem não os fatos ou atos praticados, mas a subjetividade dos adolescentes e sua condição de existência. O sistema deste modo se destina a corrigir ou amputar as características inadequadas ou desviadas.

O que remonta à definição dada por Luigi Ferrajoli para a ideologia correcional. Ele demonstra que historicamente estas doutrinas e legislações penais de tipo genuinamente correcional se desenvolvem na segunda metade do século XIX, paralelamente à difusão de concepções organicistas do corpo social: o são e o enfermo, acerca das quais são chamados a exercitar-se o olho clínico e os experimentos terapêuticos do poder. É quando o projeto ilustrado e puramente humanitário de castigar menos se converte no projeto disciplinar e tecnológico de castigar melhor¹⁸⁹.

Há identidade das doutrinas correcionais com o propósito disciplinar, articulado também com as finalidades da prevenção especial: a positiva – reeducação do réu, e a negativa de sua eliminação ou neutralização. Ambas não são excludentes e sim ocorrem acumulativamente na definição de fim da pena que será diversificada conforme a personalidade corrigível ou incorrigível do sujeito.

As distintas doutrinas correcionais, moralistas de emenda, da defesa social e da diferenciação da pena se apoiam na prevenção especial e não por acaso se voltam mais para o sujeito que para o ato praticado.

Apresentam, contudo, elementos remotos da história das penas, desde a pena medicinal da tradição católica e da idealista de Platão, ilustrada nas máximas de Santo Tomás de Aquino de que *os homens que delinquem podem ser não só castigados mas limitados pelo Estado a fim de tornarem-se bons*, como também recuperam com intensidade a

concretamente, o autor de tráfico de drogas pode permanecer internado por mais tempo que o jovem autor de um homicídio.

¹⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal**, op. cit.

visão pedagógica da pena (direito romano e direito canônico), a privação de liberdade pessoal como pena orientada à reeducação. E por fim, a ideia de redenção, concepção bíblica do sofrimento como preço ou meio sacrificial para a expiação dos pecados e a reconciliação com Deus. Não por acaso a confissão adquire uma feição penitencial e liberatória, o réu pecador pode ainda encontrar na pena a função benéfica de arrependimento¹⁹⁰.

O que importa, além dos aspectos ilustrativos, é identificar a visão da sanção jurídico-penal como medicina da alma – mais um bem que um mal para quem a sofre, identificar no modelo brasileiro uma forma atualizada de pedagogismo penal. E como tal não há como afastar a concepção repressiva da função pedagógica. O adolescente é julgado e submetido a uma medida para a proteção da sociedade e para *ser protegido de si mesmo*. Verifica-se ainda que o ato infracional vem sendo interpretado como patologia, e a medida socioeducativa, conseqüentemente, como tratamento.

De fato, se trata de uma *terapia política* através da “cura ou da amputação”, pois não é novidade que o direito penal, com seu terrorífico arsenal de instrumentos de controle social, recai sobre os mais débeis¹⁹¹. E não por que cometam mais delitos, o que cada vez mais se demonstra em pesquisas e investigações, e sim por que a prática do sistema penal está orientada a castigar os pobres e deixar impunes outros setores, mesmo que causem danos mais graves.

2.6.3. Recusa à Imputabilidade

O terceiro aspecto a ser analisado consiste na recusa ou rejeição da imputabilidade dos menores de idade. Como já mencionado, o modelo de regulação de justiça juvenil no Brasil parte da Constituição democrática de 1988 e do Código Penal reformado em 1984. A Constituição em seu artigo 228 estabelece que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”

¹⁹⁰ Já é de conhecimento público que, nos procedimentos de apuração da autoria de atos infracionais, privilegia-se a confissão do adolescente como estratégia para a imposição de uma medida em meio aberto. E em fase de execução da medida de internação, é extremamente comum que se argumente como precoce a desinternação em face do não arrependimento do adolescente.

¹⁹¹ BINDER, Alberto. M. **De las Republicas Aéreas al Estado de derecho**. Ed.1. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

A norma constitucional, portanto, reforça a regra do artigo 27 do Código Penal de 1940 que adota a presunção absoluta de inimputabilidade dos menores de 18 (dezoito) anos. O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, diferencia a criança do adolescente¹⁹² em seu artigo 2º para *a posteriori* declarar a inimputabilidade dos menores de 18 (dezoito) anos, que são submetidos às suas regras¹⁹³.

A doutrina penal majoritária no Brasil define a inimputabilidade penal em razão da idade como resultado de uma incapacidade do menor de idade derivada da falta de condições pessoais mínimas de desenvolvimento biológico e saúde psíquica. E mais, acrescenta-se que o menor de 18 (dezoito) anos não possui o desenvolvimento biopsicológico e social necessário para compreender a natureza criminal de seus atos ou para determinar seu comportamento conforme esta compreensão¹⁹⁴.

Neste aspecto reside a diferença mais marcante do Modelo de Responsabilidade brasileiro com outros, pois conforme destaca Gómez Rivero, o ponto de partida de um modelo de responsabilidade é o reconhecimento da imputabilidade do menor, ainda que diminuída, e daí a possibilidade de desenhar um regime de responsabilidade penal¹⁹⁵. Francisco Muñoz Conde, ao definir o sistema espanhol, o caracteriza como “um sistema específico de responsabilidade penal para os menores de dezoito anos e maiores de catorze anos que combina razões de caráter psicopedagógico com critérios de imputabilidade e de prevenção especial de finalidade predominantemente educativa”¹⁹⁶.

Para este autor a imputabilidade é resultado de um processo de socialização no qual o indivíduo desenvolve uma série de faculdades que lhe permite conhecer as normas que regem a convivência em grupo ao qual pertence e reger seus atos de acordo com tais normas, ou seja, atuar motivado pelas normas jurídicas e por todo o emaranhado de normas sociais que constituem os sistemas de controle social, formal e informal. Desta maneira, o menor de catorze a dezoito anos é imputável, porque possui uma

¹⁹² “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”.

¹⁹³ “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.” O parágrafo único assinala ainda que para os efeitos da lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.

¹⁹⁴ CIRINO DOS SANTOS, J. A **Moderna Teoria do Fato Punível**. Ed. 4. Curitiba: Editora Lumen Júris, 2005, p. 213.

¹⁹⁵ GÓMEZ RIVERO, Maria Carmen. *La Nueva Responsabilidad penal del menor: Las Leyes orgánicas 5/2000 y 7/2000*. In: **Revista Penal**, op. cit., p. 4.

¹⁹⁶ MUÑOZ CONDE, F. **Derecho Penal – Parte General**. Ed. 6. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 367.

responsabilidade peculiar. Em definitivo, no escólio das lições de Muñoz Conde, pode-se compreender a imputabilidade como um longo processo de socialização que se inicia desde o nascimento e se prolonga durante toda a vida, através da internalização das diversas exigências normativas sociais e jurídicas. Outra demonstração de que os menores de catorze anos a dezoito são imputáveis no sistema espanhol é a possibilidade de sua imputabilidade ser excluída com base no artigo 5,2 de LORRPM 5/2000, ou seja, quando se verifica alguma causa de isenção ou extinção da responsabilidade.

Acompanha a mesma visão do penalista espanhol a posição de Amaral e Silva:

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. Não se confundindo com imputabilidade e responsabilidade, tem-se que os adolescentes respondem frente ao Estatuto respectivo, porquanto são imputáveis diante daquela lei.¹⁹⁷

Contudo esta não é a opinião dominante na doutrina brasileira, que em sua maioria insiste em recusar a imputabilidade dos menores de dezoito anos no modelo adotado pelo Estatuto. E este é sem dúvida o signo mais forte da permanência de uma lógica tutelar no sistema. Adverte Bustos Ramirez que quando a fórmula da imputabilidade está reduzida aos aspectos cognitivo e volitivo, ou seja, às capacidades de conhecer e atuar conforme tal conhecimento – como é o caso do conceito utilizado no Brasil – sem considerar-se outros elementos como a afetividade, o jovem aparece como alguém que não está dotado de tais características. Ademais, isto vem a justificar qualquer intervenção do Estado, pois o adolescente aparece estigmatizado desde o princípio e portanto sujeito à tutela do Estado e da sociedade¹⁹⁸.

Nesta perspectiva não se reconhece aos menores de idade a capacidade de motivabilidade, ou seja, a capacidade de reagir frente às exigências normativas unida a outras capacidades como a afetividade e a inteligência¹⁹⁹.

¹⁹⁷ AMARAL E SILVA, Antonio Fernando. *O Estatuto da Criança e do Adolescente e Sistema de Responsabilidade Penal Juvenil ou o Mito da Inimputabilidade penal*. In: ILANUD/ ABMP/ SEDH/ UNFPA (Orgs.). **Justiça, Adolescente, e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**, op. cit., p.56.

¹⁹⁸ BUSTOS RAMIREZ, J. *Imputabilidad y Edad penal*. In: **Criminología y Derecho Penal al servicio de la Persona** – Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain. San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989, p. 472.

¹⁹⁹ MUÑOZ CONDE, F. **Derecho Penal** – Parte General, op. cit., p. 368.

2.7. Conclusões Preliminares

A presente discussão acerca do modelo de regulação da Justiça Juvenil brasileira, levada a cabo a partir das distintas etapas classificatórias do Direito Penal Juvenil, permite observar que em que pesem os esforços de superação do modelo tutelar ou de proteção, o sistema ainda se vê maculado pela ideologia do tratamento.

Assoma que a doutrina e a comunidade jurídica brasileiras não reconhecem a legislação pertinente – o ECA – como uma lei penal, sobretudo em razão de o mesmo diploma contemplar não só a matéria correspondente à prática de infrações penais por menores de idade e suas consequências, como também todas as demais espécies de políticas dirigidas à infância e juventude.

Dada a transcendência da Lei, dificulta-se que o sistema de imposição das consequências jurídicas destinadas aos menores e sua atribuição de responsabilidade seja denominado e percebido como penal.

Não se trata tão somente de uma fraude de etiquetas que dá margem à distorção; falta ao campo a devida elaboração teórica e doutrinária que deveria de forma mais consistente enfrentar o tema da imputabilidade dos menores de idade. A ausência do estudo de uma culpabilidade específica a ser reconhecida para os menores permite que a intervenção siga marcada por imensa arbitrariedade e insegurança jurídica. Ademais, o tratamento a situações díspares de forma generalizada tem favorecido a percepção na opinião pública de que a delinquência juvenil é um dos problemas contemporâneos mais graves e sem solução²⁰⁰.

²⁰⁰ Um adolescente infrator representa no imaginário coletivo o portador do mal, o portador da violência. Norbert Lechner discute as reações à violência e à delinquência, apontando sua dimensão como reflexo dos medos ocultos ou interiores de uma sociedade. O autor aponta com propriedade que em sociedades como a brasileira, o medo explícito da delinquência não é mais que um modo inofensivo de conceber e expressar outros medos silenciados: medo da morte e da miséria, e também provavelmente medo de uma vida sem sentido, desprovida de raízes, valores e perspectiva de futuro. (LECHNER, Norbert. **Los Pátios Interiores de la Democracia: Subjetividad y Política**. Ed. 2. México/DF: Fondo de Cultura Económica, 1995) Ele pondera que provavelmente nenhuma representação do imaginário coletivo seja tão funcional como a interpretação da delinquência juvenil, que resulta emblemática - por sua irracionalidade e imprevisibilidade. O impacto social dos fatos delituosos cometidos por adolescentes e sua forte repercussão pública, que em muitas ocasiões excede os marcos de proporcionalidade em relação à preocupação com a criminalidade adulta, à corrupção, ao comércio ilícito de drogas e outras expressões de violência que afetam nossa sociedade, pode encontrar uma explicação na falta de discussão das reais causas da violência, e também por que não dizer na busca de um bode expiatório. Como já referido, Winfried Hassemer definiu uma chamada Teoria do Bode Expiatório para demonstrar que no que tange à ideia de reprovação presente nas sanções e disseminada no senso comum, a sociedade afetada pelo mal,

A combinação dos três aspectos ora analisados – negação da natureza penal do sistema, indeterminação das medidas sancionatórias aplicáveis e recusa à imputabilidade – já deflagrou a ambiguidade que afeta o ECA, que muito embora guarde profunda conexão com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, não logrou superar de forma satisfatória a herança do correccionalismo, e conseqüentemente seu viés tutelar.

Os outros dois aspectos que também demarcam um modelo tutelar ou de proteção, como a ausência de garantias processuais e o amplo arbítrio judicial, serão objeto de análise em um capítulo específico por tratar-se de matéria processual.

Entretanto, de modo geral é mais que premente que a doutrina nacional enfrente estes temas como condição necessária para o assentamento do atual modelo nos marcos do Estado Democrático e Social de Direito. A manutenção das velhas práticas e concepções não só impede que o novo surja e se consolide, como oculta a maximização do controle penal sobre os adolescentes. O argumento protetivo atende a um modelo maximizado de Direito penal juvenil, desformalizado no que se refere à imposição das conseqüências jurídico-penais frente ao delito juvenil e altamente inflexível em sua execução.

Um verdadeiro modelo de responsabilidade não pode prescindir desta compreensão, como condição necessária à configuração de uma responsabilidade específica para os menores de idade. Frente a tamanho desafio, a segunda parte deste trabalho passa a dedicar-se com maior profundidade ao conceito de imputabilidade e sua vinculação com a menoridade no Direito penal.

Antes, contudo, apresentar-se-á outras duas dimensões da forte presença tutelar no modelo vigente no Direito brasileiro, consistente na ausência de garantias jurídicas e no amplo arbítrio judicial que só vêm a reforçar a premente necessidade de uma construção dogmática mais consistente sobre a matéria.

em regra, o projeta sobre a pessoa individual, e acaba por desejar que a mesma seja afastada ou expulsa. A identificação de um Bode Expiatório é resultado, portanto, de um mecanismo psicossociológico diante do crime e da violência. SPOSATO, Karyna Batista. *Culpa e Castigo: Modernas Teorias da Culpabilidade e Limites ao Poder de Punir*, op. cit.

CAPÍTULO 3 – AMBIGUIDADES DO MODELO DE RESPONSABILIDADE DO ECA: AUSÊNCIA DE GARANTIAS E AMPLO ARBÍTRIO JUDICIAL

3.1. Primeiros Esclarecimentos

Para demonstrar que também os dois outros elementos que configuram o legado tutelar se fazem presentes na regulação da Justiça Juvenil brasileira – quais sejam, a ausência de garantias jurídicas e o amplo arbítrio judicial nos procedimentos de apuração da responsabilidade de adolescentes – a primeira contradição a ser identificada é aquela que se dá entre garantismo e decisionismo, e que se expressa justamente no embate entre certeza e arbítrio.

Conforme expõe Luigi Ferrajoli²⁰¹, de acordo com a teoria do convencionalismo, é delito aquilo que a lei estabelece como tal, em contraste com as doutrinas objetivistas do delito para as quais existem ações que são más em si mesmas. Na perspectiva convencionalista, não é a verdade, a justiça, a moral nem a natureza que conferem a determinado fenômeno relevância penal, e sim tão somente a lei, que por sua vez, destaca Ferrajoli, não pode qualificar como penalmente relevante qualquer hipótese indeterminada de desviação, e sim apenas comportamentos empíricos determinados, exatamente identificáveis como tais e por isso adstritos à culpabilidade de um sujeito.

Em adequação à fórmula *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*, o pressuposto da pena ou de qualquer sanção jurídico-penal deve ser a comissão de um fato univocamente descrito como delito não só pela lei, mas também pela hipótese de acusação, de modo que resulte suscetível de prova ou de confirmação judicial. Como escreveu Aristóteles, “as leis bem dispostas devem determinar o máximo possível, deixando aos que julgam o menos possível. Entretanto é necessário que aos juízes se deixe a decisão sobre se algo ocorreu ou não.”²⁰²

²⁰¹ Ferrajoli destaca que um dos primeiros elementos das garantias penais é o chamado convencionalismo penal, que resulta do princípio da estrita legalidade na determinação abstrata do que é punível. Este princípio exige duas condições: o caráter formal ou legal do critério de definição de desviação e o caráter empírico ou fático das hipóteses de desviação legalmente definidas. (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal**. op.cit. p.34

²⁰² ARISTÓTELES. **Retórica**. Introdução de Manuel Alexandre JÚNIOR. Tradução do grego e notas de Manuel Alexandre JÚNIOR, Paulo Farmhouse ALBERTO e Abel do Nascimento PENA. Lisboa: INCM, 1998: “é preciso fazer o juiz, árbitro no menor número de coisas possíveis”.

Não se pode negar por isso a existência de espaços de poder específicos e em parte insuprimíveis na atividade judicial. Daí não é só inadequada como incompatível com a epistemologia garantista, a ideologia mecanicista da aplicação da lei expressa na célebre frase de Montesquieu de que “os juízes da nação não são, mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor das leis”²⁰³.

Se de um lado, se abrem no plano judicial espaços de discricionariedade inevitáveis, de outro cabe indagar a possibilidade de um modelo garantista ser contemplado a partir de determinadas técnicas legislativas e judiciais. Em realidade, há que se distinguir até que ponto a feição antigarantista em matéria de adolescentes se dá em decorrência de limites intrínsecos do sistema, como são as margens insuprimíveis de opinião na interpretação da lei, na argumentação das provas e na valoração da especificidade dos fatos, ou, em sentido inverso se tal feição deve-se a espaços normativos de arbítrio evitáveis ou reduzíveis e a lesões de fato no terreno judicial.

Lamentavelmente, desponta inegável que a tradição autoritária menorista nunca foi de fato interrompida, como se revela nas práticas legislativas, jurisdicionais e policiais. Além disso, encontra respaldo em diferentes modelos teóricos e políticos de Direito Penal: da prevenção especial, da defesa social, ou de tipo normativo de autor em suas múltiplas variações moralistas, antropológicas, decisionistas e mais recentemente efficientistas.

No que diz respeito ao delito, há fortes indícios de que a concepção substancialista do seja aquela que maior influência exerça sobre o menorismo. A partir de uma lógica ontológica, toda a atenção é dirigida à pessoa do delincente, de cuja maldade ou característica antissocial o delito é uma manifestação contingente e suficiente, embora nem sempre necessária para justificar o castigo.

²⁰³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Chistina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

Jock Young²⁰⁴ em **A Sociedade Excludente** discute que o essencialismo é uma estratégia suprema de exclusionismo. Ou seja, ao pretender que adolescentes e jovens sejam reconhecidos numa suposta unidade social que os faz diferentes dos demais grupos sociais, se essencializa aos mesmos, estabelecendo-se pré-requisitos para sua demonização. As propostas de redução da idade penal, por exemplo, se sustentam justamente na crença de que são os adolescentes e jovens os principais responsáveis pela violência. Trata-se do cerne do pensamento essencialista: responsabilizar um grupo de dentro ou de fora da sociedade pelos problemas sistêmicos enfrentados por ela. Aplicado à cultura, o essencialismo permite que as pessoas acreditem na sua superioridade inerente e sejam ao mesmo tempo capazes de demonizar o outro, como essencialmente depravado, estúpido ou criminoso²⁰⁵.

O crime ou a rotulação de delinquência é a moeda forte da demonização, isto é, a imputação de criminalidade ao outro desviante é uma parte necessária da exclusão e, por conseguinte, de invisibilização da real condição de sujeito e das reais demandas que envolvem ser adolescente ou jovem no Brasil hoje.

É bastante curioso que a violência como um grave problema social, de direitos humanos e de saúde, e que vitima majoritariamente jovens do sexo masculino, seja percebida pela opinião pública como uma questão da qual o jovem é o responsável e não a principal vítima. Além disso, em lugar de engendrar um reconhecimento de tratar-se de um problema estrutural da sociedade brasileira, decorrente de suas contradições, se imputa à adolescência e à juventude sua causa essencial.

De modo geral, qualquer que seja a visão de delito – o delito como pecado, como sinal de anormalidade, patologia ou demonstração de periculosidade do autor - há na base do menorismo uma desvalorização do papel da lei como critério exclusivo e exaustivo de definição dos fatos desviados. A aplicação de medidas pré-delituais, cautelares ou mesmo a regressão de medidas em meio aberto para a internação refletem emblematicamente a opção por pressupostos eminentemente subjetivos: como a periculosidade social do adolescente, suas condições pessoais, a reincidência.

²⁰⁴ YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente: Exclusão Social, Criminalidade e Diferença na Modernidade Recente**. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002. Pensamento Criminológico 7, p. 163.

²⁰⁵ YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente: Exclusão Social, Criminalidade e Diferença na Modernidade** op.cit. p. 163.

Outra tendência de forte apoio ao menorismo se refere ao denominado decisionismo judicial, como efeito do alto subjetivismo nos pressupostos da sanção em franca aproximação com as técnicas conexas de prevenção e defesa social. Como destaca brilhantemente Luigi Ferrajoli:

esta subjetividade se manifesta em duas direções: por um lado no caráter subjetivo do tema processual, consistente mais do que em fatos determinados em condições ou qualidades pessoais, como o pertencimento do réu a “tipos normativos de autor” ou sua congênita natureza criminal ou periculosidade social, mas por outro lado se manifesta também no caráter subjetivo do juízo, que, em ausência de referências fáticas exatamente determinadas resulta baseado em valorações, diagnósticos e suspeitas subjetivas, e não em provas do fato. O primeiro fator de subjetivação gera uma perversão inquisitiva do processo, dirigindo-o não à comprovação dos fatos objetivos (ou mais além) e sim à análise da interioridade da pessoa julgada. O segundo degrada a verdade processual de verdade empírica, pública e intersubjetivamente controlável, a um convencimento intimamente subjetivo, e portanto irrefutável do julgador²⁰⁶.

É neste contexto que o juiz se transforma, ainda nas palavras de Ferrajoli, em confessor, psicanalista ou terapeuta social, pois se desvincula de critérios rígidos de qualificação penal, degenerando o juízo penal, igualmente ao juízo ético ou estético, em um juízo “sem verdade”²⁰⁷. Tal expressão cumpre justamente evidenciar que quando desprovido de critérios objetivos, o juízo não é verdadeiro nem falso, tendo em vista seus pressupostos. Além disso, se sustenta muito mais numa ideia de autoridade do juiz do que na verificação empírica dos fatos.

No que tange à verdade, vale destacar que se uma justiça penal completamente com verdade constitui uma utopia, uma justiça penal completamente sem verdade equivale a um sistema de arbitrariedade²⁰⁸. Resulta que as garantias legais e processuais além de serem garantias de liberdade, são garantias de verdade, o que implica que a noção de

²⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón – Teoría Del Garantismo Penal**, op. cit., p. 43.

²⁰⁷ Conforme elucida Ferrajoli, o que garante a “verdade processual” são os procedimentos como a produção de provas, o direito de defesa, quando expostos a controles objetivos e racionais. (FERRAJOLI, Luigi. *Ibidem.*)

²⁰⁸ Adotando a formulação sintética de Ferrajoli, o juízo penal é um saber-poder que deriva da combinação conhecimento (*veritas*) e decisão (*autoritas*). Quanto maior o poder, menor o saber e vice-versa. Na contramão da definição de Montesquieu de que o poder de julgar, tão terrível aos homens, deveria ser invisível e nulo, o que acontece em geral é o saber ser nulo. Naturalmente o despotismo penal é sempre fruto do decisionismo.

verdade formal ou processual se situe como um dos principais parâmetros de um sistema penal garantista.

Não se pode negar, contudo, que a cultura jurídica atual desconfia e chega a rechaçar o conceito de verdade no processo, alimentando por isso atitudes decisionistas. Porém o conceito de verdade processual é fundamental para a elaboração de uma teoria do processo.

De forma sintética, o problema da verdade no processo se estabelece justamente entre o saber o poder. Em primeiro lugar, trata-se de constatar que a atividade jurisdicional apresenta margens de discricionariedade mais ou menos amplas, mas irredutíveis para além de certos limites. Tais margens, na medida em que são excluídas por normas jurídicas, através de ficções ou presunções, são preenchidas pela via da autoridade do julgador mediante verdades substantivas remetidas à decisão discricionária do juiz. E podem se estender até o ponto de excluir totalmente o caráter cognitivo da motivação judicial e com isso, também excluir as condições de uso no processo da palavra verdade.

A tarefa principal da epistemologia garantista é a de elucidar, como enfatiza Ferrajoli²⁰⁹, as condições que permitam restringir ao máximo estas margens e portanto basear o juízo em decisões sobre a verdade processual, e não em decisões sobre valores de outro tipo. Na medida em que se pode verificar o grau de decidibilidade da verdade processual em determinado sistema, se pode distinguir distintos graus de garantismo conforme a fundamentação dos juízos em decisões sobre a verdade.

O problema do garantismo é justamente elaborar tais técnicas de decidibilidade no plano teórico, torná-las vinculantes no plano normativo e assegurar sua efetividade no plano prático.

3.2. Interpretação do Estatuto e padrão decisório no Direito Penal Juvenil

Nesta seção, pretende-se discutir a feição homogênea e estável da jurisprudência brasileira em matéria de medidas sancionatórias a adolescentes, em especial de privação de liberdade²¹⁰, à luz das principais teorias da interpretação contemporâneas.

²⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoría Del Garantismo Penal*, op. cit., p. 43.

Uma possível e preliminar tentativa de explicação está na constatação de que, em que pesem as diferentes possibilidades interpretativas²¹¹ disponíveis ao juiz, seu trabalho é na maioria dos casos, a adoção de uma espécie de “regra do jogo”²¹². Tal regra inicia-se com a concepção fictícia de um legislador racional e único e culmina na pretensão de alcançar um consenso também racional. À guisa de aprofundar a discussão, o tema do auditório universal de Perelman, é neste sentido, bastante significativo, assim como as noções de consenso e opinião pública.

Desde sua entrada em vigor, o ECA vem sofrendo sistemáticas críticas²¹³. Um dos desafios é justamente identificar quais são as principais lacunas da legislação que dão margem a arbitrariedades, à utilização de argumentos extrajurídicos na solução de casos, e conseqüentemente à sua recorrente desqualificação no debate público.

Mais que isso, trata-se de indagar se as dificuldades de implementação dos preceitos legais se referem à textura aberta da lei²¹⁴ ou a outros motivos que de modo bastante

²¹⁰ Importante desde logo assinalar que a homogeneidade a que nos referimos reflete uma tendência em não acolher os pleitos da defesa dos adolescentes acusados, e na maioria dos casos, dar provimento à asseveração das sanções, como postula o Ministério Público na acusação.

²¹¹ O reconhecimento de variadas possibilidades interpretativas não é novidade no âmbito da Teoria do Direito. Mesmo Kelsen admite que a atividade de interpretação resulte em uma decisão dentre outras possíveis, não havendo, portanto uma decisão única e correta. Apesar de seu formalismo positivista, revela uma visão metaética subjetivista e, portanto relativista da justiça, chegando a afirmar que o juízo através do qual julgamos algo como justo não pode jamais pretender excluir a possibilidade de um juízo de valor oposto. A justiça absoluta lhe parece assim um ideal irracional. Em síntese, para Kelsen a interpretação que é realizada pelo órgão aplicador do Direito, sendo sempre autêntica, cria o Direito: “na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.” Portanto, o direito a ser aplicado representa um simples marco no interior do qual existem várias possibilidades de aplicação, sendo que todo ato que se ajuste ao marco é considerado adequado. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

²¹² Numerosos são os exemplos de comparação entre o Direito e o jogo, realizada tanto por sociólogos e antropólogos como também por teóricos do direito: Alf Ross, ao estudar a validade das normas jurídicas, evoca uma ideia de validade das regras de um jogo social. Hart propõe uma distinção entre as regras jurídicas inspirando-se nas regras dos jogos esportivos (adesão à regra, sanção, arbitragem). Outra abordagem possível é aquela preconizada por Pierre Bourdieu, ao descrever o “espaço judicial” pela imposição de uma fronteira entre os que estão preparados para entrar no jogo e os que não podem operar a conversão de todo o espaço mental – e em particular de toda a postura linguística – que supõe a entrada neste espaço social. BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

²¹³ CAVALIERI, Alyrio (Org.). **Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

²¹⁴ Esta particularidade que os autores anglosaxões qualificam de “textura aberta” da linguagem ordinária (*open texture*) sinaliza a existência de uma zona de penumbra que rodeia o núcleo de sentido claro de um conceito (HART. **The concept of Law**. p.121 e segs. (1961) *apud* LARENZ. Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.413).

contudente vêm condicionando a interpretação do Estatuto e conferindo uma feição quase unânime em seu padrão decisório.

Tomando como exemplo alguns resultados obtidos no Projeto de Pesquisa “Responsabilidade e Garantias ao adolescente autor de ato infracional: uma proposta de revisão do ECA em seus 18 anos de vigência”²¹⁵ realizado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)²¹⁶ no âmbito da linha de pesquisa Estatuto da Criança e do Adolescente: apuração do ato infracional atribuído a adolescente do Projeto Pensando o Direito – Edital 01/2009 da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, procura-se responder a tais interrogações.

De princípio pôde-se constatar que a medida de internação é sistematicamente imposta com baixa fundamentação legal, e em não poucos casos sem a devida consideração dos requisitos legais exigidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Revelou-se neste cenário a dupla crise que Emílio Garcia Mendez refere e que afeta o Estatuto da Criança e do Adolescente de forma bastante incisiva²¹⁷. Ou seja, as normas estatutárias estão expostas a uma crise de interpretação e de igual maneira a uma crise de implementação. É dizer, alguns eufemismos que perpassam a legislação como um todo e em especial, por exemplo, a definição da medida privativa de liberdade como *internação em estabelecimento educacional* (artigo 116 do ECA) favorecem que sua imposição não seja limitada pelos princípios do contraditório, da proporcionalidade, da lesividade e até mesmo da legalidade – princípios indispensáveis quando é a liberdade do indivíduo que está em jogo. A falsa percepção de que a medida de internação constitui-se em uma “*benesse*” e reveste-se de

²¹⁵ A pesquisa realizada em 2009 partiu da análise de dados coletados junto aos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Paraná e Bahia e Superior Tribunal de Justiça (STJ) em matéria de medida socioeducativa de internação no período de janeiro de 2008 a julho de 2009, e posteriormente da observação de casos junto às varas da infância e juventude de São Paulo, Porto Alegre, Recife e Salvador. A primeira etapa da pesquisa jurisprudencial adotou como metodologia a pesquisa quantitativa por amostragem aleatória simples. O estudo qualitativo acerca da Justiça de 1º Grau, no tocante à apuração de ato infracional praticado por adolescente e à imposição de sentenças de internação, foi realizado mediante o acompanhamento de 15 audiências e análise de 14 processos em São Paulo, 15 audiências e análise de 15 processos em Salvador, 12 audiências e 11 processos em Porto Alegre, e 12 audiências e 13 processos em Recife. MINAHIM, Maria Auxiliadora (Coord. Cient.). **ECA: Apuração do Ato Infracional atribuído a Adolescentes**. Série Pensando o Direito. n.º 26/2010. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos e Programa para o Desenvolvimento das Nações Unidas, 2010.

²¹⁶ Sob coordenação da Professora Doutora Maria Auxiliadora de Almeida Minahim, com a participação dos pesquisadores: Karyna Batista Sposato (pesquisadora sênior), Davi Castro Silva (assistente de pesquisa), Carolina Grant Pereira Deivson Santos e Natália Petersen (estagiários de pesquisa).

²¹⁷ MENDEZ, Emílio Garcia. *Evolución histórica del Derecho de la Infancia: Por que una historia de los derechos de La infancia*. In: **Justiça, Adolescente e Ato Infracional**: socioeducação e responsabilização. ILANUD, 2006.

caráter protetivo²¹⁸ afasta sua verdadeira índole penal e conseqüentemente os limites ao poder de punir que deveriam ser exercitados neste campo.

Para Garcia Mendez, a crise de interpretação do ECA não possui natureza técnica e sim está vinculada à persistência das “boas” práticas tutelares e compassivas, ou seja, vincula-se a uma cultura que aparentemente progressista, é em realidade messiânica, altamente subjetiva e discricionária.

Nesta análise toma-se como referência a hermenêutica histórica nos moldes do que Gadamer propõe: a característica inerente do “lugar e contexto” no qual se encontra o intérprete deve ser levada em conta, sendo que a consciência da história efetual²¹⁹ é em primeiro lugar consciência da situação hermenêutica. Este é um dos aspectos centrais desta reflexão, o que permite confrontar os principais espaços de resistência na aplicação do ECA, desde a linguagem até a concepção de adolescência e de delinquência na adolescência. Trata-se de atentar para a dimensão cultural e o contexto no qual a lei incide como elementos determinantes da realidade interpretativa que a rodeia.

Assim sendo, a implementação das sentenças de internação pela Justiça Especializada da Infância e Juventude em todo o país demonstra inequívoca carência de aprofundamento doutrinário e presença marcante de argumentos extrajurídicos e ideológicos.

Nesta dimensão, a pesquisa se combina aos objetivos deste trabalho, na medida em que pode ser caracterizada como uma modalidade de *sentencing*²²⁰, ou seja, tem como foco a

²¹⁸ Em um grande número de casos, os argumentos da proteção da sociedade e da autoproteção do adolescente são invocados como fundamentação para a imposição da privação de liberdade.

²¹⁹ A consciência histórica efetual, na formulação de Gadamer, representa a tomada de consciência da própria consciência histórica de que, na suposta imediatez com que se orienta para a obra ou para a tradição, estão sempre em jogo outros questionamentos, ainda que de uma maneira despercebida e, por consequência, incontrolada. Quando procuramos compreender um fenômeno histórico a partir da distância histórica que determina nossa situação hermenêutica como um todo, encontramos-nos sempre sob os efeitos dessa história efetual. Ela determina de antemão o que se mostra a nós de questionável e como objeto de investigação, e nós esquecemos logo a metade do que realmente é, mais ainda, esquecemos toda a verdade deste fenômeno, a cada vez que tomamos o fenômeno imediato como toda a verdade. A consciência da história efetual é em primeiro lugar consciência da situação hermenêutica. GADAMER. Hans-Georg. **Verdade e Método I – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. 3. ed. Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 1999.

²²⁰ PIRES, Alvaro Penna. *Alguns Obstáculos a uma Mutação “humanista” do Direito Penal*. In: **Sociologias – Revista Semestral do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFRGS**. a. 1. n. 1. Dossiê Conflitualidades, Porto Alegre: 1999.

análise de decisões judiciais a partir de uma perspectiva sociológica e criminológica, que 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. Permite ainda analisar sob a influência de qual método ou teoria interpretativa vem se desenhando o padrão decisório neste campo do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não por acaso as repetidas críticas endereçadas ao Estatuto da Criança e do Adolescente também repousam em juízos de valor popularmente difundidos em torno da prática de infrações penais por adolescentes e sua capacidade de responder jurídica e penalmente por seus atos, o que é pano de fundo de velhas e novas propostas de redução da idade de responsabilidade penal.

O discurso dominante, distorcido e sensacionalista de que os adolescentes estão cada vez mais violentos e que cresce exponencialmente o número de adolescentes e jovens envolvidos com a criminalidade no país²²¹ somado ao não reconhecimento de que as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente sejam sanções penais, e que a justiça da infância e juventude em matéria infracional, na condição de justiça especializada atribua responsabilidade penal aos adolescentes, reforçam não só um sentimento de impunidade perante os crimes cometidos por adolescentes, como alimentam o cíclico debate em torno da redução da idade penal²²².

Se tais “sentimentos” e percepções podem ser encontrados no funcionamento do Sistema de Justiça Especializada da Infância e Juventude e nas instâncias superiores, há de se indagar em que medida é a lei que assim o permite, e quais seriam as possibilidades de superação²²³.

²²¹ Dados recentes da Subsecretaria de Promoção e Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente (SPDCA) e da Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH) demonstram que o percentual de adolescentes em cumprimento de medidas judiciais não ultrapassa 0,15% da população de adolescentes. O universo de adolescentes infratores é bem mais restrito que o dos adultos. As estatísticas nacionais revelam ainda a predominância dos delitos patrimoniais, seja em relação aos adolescentes privados de liberdade no país, seja dentre aqueles acusados da autoria de atos infracionais.

²²² É significativa e cíclica a presença de projetos de lei e de propostas de Emenda Constitucional no Congresso Nacional Brasileiro, objetivando alterar dispositivos constitucionais e do Estatuto da Criança e do Adolescente, em resposta a clamores sociais e da opinião pública, sobretudo quando um crime de repercussão nacional revela dentre os autores a presença de um adolescente menor de 18 anos.

²²³ Não se trata aqui de negar o ordenamento jurídico como sistema aberto e móvel, tal qual descreveu Claus Wiheim Canaris ao considerá-lo como conjunto de normas cuja interpretação está em constante movimento. CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. Tampouco desprezamos o importante papel da

3.2.1. Teorias da Interpretação do Direito e Responsabilidade Penal Juvenil

Revisitar as principais teorias da interpretação impõe alguns pontos de partida: em primeiro lugar, que a interpretação das palavras da lei depende necessariamente de seu contexto. Em se tratando de textos normativos, três contextos são facilmente identificáveis: o contexto linguístico que induz a um método literal, um contexto jurídico que induz a um método sistemático, e um contexto social que induz a um método teleológico.

Tomando as lições de Gadamer, tais contextos devem ser concebidos como círculos concêntricos, cujo centro nuclear corresponde aos termos da lei. Nesta perspectiva circular e tríplice, interagem e se influenciam mútua e respectivamente, a linguagem, o sistema jurídico e o conjunto de relações e valorações sociais.

Esta primeira colocação oferece um precioso roteiro de análise do tema em questão, que se procurou adotar oportunamente e com isto, dar a conhecer a inter-relação da linguagem com os marcos legais e as relações e visões sociais que prevalecem quando o tema é o cometimento de infrações penais por menores de idade.

Com distintas nuances, as diferentes teorias da interpretação até hoje formuladas sempre buscaram dar preponderância a algum de tais elementos em detrimento dos demais, sendo certo que a prática jurídica se dedica a produzir um direito único, e na maioria dos casos recorre ao espírito do sistema jurídico em seu conjunto, excepcionalmente apoiando-se em considerações de ordem socioeconômica.

A primeira corrente associada à teoria subjetivista pode ser denominada de exegética, e se caracteriza por expressar a vontade do legislador histórico mediante a análise literal dos termos empregados. O segundo grupo, que muitas vezes é chamado de objetivo, objetivista ou sistemático, se libera desta vontade subjetiva para conceder um sentido autônomo à lei, em independência a seu autor e sempre em face dos fatores jurídicos sistêmicos. Por último, mais recentemente começam a aparecer teorias da interpretação

jurisprudência na criação do Direito, porém nos associamos ao pensamento garantista de Luigi Ferrajoli, de que a ausência de normas nunca é neutra, a ausência de normas é sempre a regra do mais forte. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal**. op. cit.

funcionalistas que tendem a dissolver as fronteiras do jurídico e absorver a lei dentro do contexto socioeconômico que a determina.

Por subjetivistas pode-se denominar a corrente que considera a dimensão histórica da lei jurídica, uma vez que feita por homens e para homens, como expressão de vontade dirigida à criação de uma ordem tanto quanto possível justa e adequada às necessidades da sociedade. Assim, por detrás da lei subjazem uma intenção reguladora, valorações, aspirações e reflexões substantivas. A atribuição do escopo ou do sentido da interpretação como a revelação destas aspirações e valorações do legislador histórico, traduzidas pela expressão “vontade do legislador”, denota um matiz subjetivista centrado na efetivação ou execução da norma de maneira a corresponder à tal vontade. Trata-se da concepção kelseniana de interpretação, que admite inclusive que pela via da interpretação do Direito vigente pelo órgão aplicador do Direito (interpretação autêntica)²²⁴ se realize uma função voluntária e criadora do Direito.

O método exegético, mais que por sua literalidade, se caracteriza por sua subjetividade, uma vez que busca restituir a vontade do legislador histórico concebido como um dado real e unívoco. Quaisquer que sejam os meios ou métodos empregados, o seu propósito é único: devolver à lei o sentido e o alcance que seus autores supostamente lhe confiaram²²⁵. Concentrando-se nos termos e texto da lei, esta vertente tende a transmitir uma ideia ilusória de conformidade passiva do juiz face ao legislador, buscando garantir a segurança jurídica.

Na seara do Estatuto da Criança e do Adolescente, são numerosos os autores que defendem, ainda que de forma despropositada²²⁶, a busca da *voluntas legislatoris*, enfatizando que em razão do momento histórico no qual se aprovou o Estatuto e dada

²²⁴ Através da interpretação autêntica, Kelsen considera a criação do Direito não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, mas também no caso em que é produzida uma norma individual através de um órgão aplicador do Direito, desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, ou seja, que tenha transitado em julgado. Refere especialmente a criação de Direito novo em casos de interpretação autêntica realizada pelos tribunais de última instância. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. op. cit., p.370.

²²⁵ OST. François; KERKOVE. Michel van de. **Elementos para uma Teoria Crítica del Derecho**. Colección Teoria y Justicia. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá, D.C.: Editorial Unibiblos, 2001, p.270.

²²⁶ Consideramos despropositadas as propostas de interpretação do ECA que reivindicam a vontade do legislador sem refletir sobre o significado de tal estratégia no campo da teoria da interpretação do Direito.

sua ruptura com o modelo anterior²²⁷, do Código de Menores, é imperativo que a vontade do legislador estatutário seja observada nas práticas da Justiça Especializada.

O reconhecimento de que o Estatuto da Criança e do Adolescente inaugurou no ordenamento jurídico brasileiro um Sistema de Garantias e de Direitos para todas as crianças e adolescentes, consubstanciado em um conjunto de novos referenciais teóricos²²⁸, é o fundamento utilizado para uma interpretação que alcance a compreensão do pensamento do legislador, e, portanto se caracterize como *ex tunc*.

De acordo com Tércio Sampaio Ferraz Junior, o fundamento da abordagem subjetivista repousa na concepção da ciência jurídica como ciência hermenêutica e da interpretação como compreensão do pensamento do legislador, e desta forma interpretação *ex tunc* (desde então, isto é, desde o aparecimento da norma)²²⁹.

É exatamente o que preconiza uma importante parcela da doutrina sobre a interpretação do ECA, ou seja, que se constitua uma interpretação desde seu aparecimento e que seja marcada pelos fundamentos que nortearam a redação e aprovação da lei²³⁰.

²²⁷ É importante observar, contudo, que a recuperação dos diferentes sistemas de responsabilização de adolescentes revela que as primeiras legislações eram fundadas na lógica da mera imputação criminal, ou na lógica da tutela, sempre com vistas a coibir a criminalidade infanto-juvenil. A última etapa, correspondente à entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, é significativamente distinta, pela incorporação de instrumentos para a efetivação de direitos individuais diante da família, da sociedade e do Estado. SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. op. cit. p.55.

²²⁸ Do ponto de vista doutrinário, a superação da doutrina da Situação Irregular pela da Proteção Integral está explicitada no primeiro artigo do Estatuto da Criança e do Adolescente, evidenciando um caráter diametralmente oposto ao de vigilância presente no Código de Menores de 1979: “Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.” No que se refere à natureza das ações e à caracterização do novo Sistema, o caráter filantrópico é substituído pela criação de políticas públicas específicas voltadas à proteção e defesa dos direitos da infância e adolescência e, de outra parte, o fundamento assistencialista presente nas etapas anteriores é também abandonado pelo reconhecimento de que crianças e adolescentes, enquanto sujeitos de direitos, gozam de direitos subjetivos. Nesse sentido dispõe o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente: “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais da pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.” SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. op. cit. p.55.

²²⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p.70.

²³⁰ Como já detalhado no Capítulo 1 deste trabalho, a aprovação do ECA guardou profunda conexão com a democratização brasileira, a constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente e o consenso na comunidade internacional acerca da necessidade de políticas especiais para a infância e adolescência e ao que posteriormente se constituiu nos princípios inaugurados pela Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. Ressalte-se que a Convenção Internacional da Criança é o tratado de maior aceitação por toda comunidade internacional, tendo sido ratificada por 191 países, exceto Estados Unidos e Somália. Foi ratificada pelo decreto 99.710/90 pelo Estado Brasileiro, constituindo-se um princípio em vigor no nosso sistema jurídico, através do artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição da República.

Esta perspectiva interpretativa se coaduna com aquela de Savigny²³¹, fundada na concepção de que o texto da lei era expressão de *mens legislatoris* (ou *voluntas*), e sendo assim, “interpretar é compreender o pensamento do legislador manifestado no texto da lei”: uma dimensão histórico-genética da lei, que carrega as tintas na consideração do processo de gênese da legislação.

Em outro sentido, o método objetivista/objetivo ou sistemático intenta independentizar o texto da lei de seu apoio subjetivo. Trata-se de buscar uma evolução em função do contexto jurídico e deste modo, o papel do juiz é atualizar a regulamentação de acordo com as mudanças legislativas que a cercam. Não é a lei que é considerada completa, e sim o sistema jurídico em seu conjunto e espírito.

Em Karl Larenz, pode-se encontrar esta tendência mais objetivista na medida em que sua formulação aponta para a busca do sentido da lei. Para os objetivistas, a lei uma vez aplicada irradia uma ação que lhe é peculiar, que transcende aquilo que o legislador havia intentado, quase que adquirindo vida própria e afastando-se desta forma dos ideais de seus autores. Larenz chega a afirmar categoricamente:

O escopo da interpretação só pode ser, nestes termos, o sentido normativo do que é agora juridicamente determinante, quer dizer, **o sentido normativo da lei**. Mas o sentido da lei que há de ser considerado juridicamente determinante tem de ser estabelecido atendendo às intenções de regulação e às ideias normativas concretas do legislador histórico, e, de modo nenhum, independentemente delas²³². (grifo meu)

Cabe ponderar, contudo, que na proposta de Larenz também se pode perceber uma tentativa unificadora²³³. Ainda que privilegie a interpretação dirigida à indagação do sentido normativo (atual) da lei, rechaça a unilateralidade de ambas as teorias, na medida em que prescreve a necessidade de consideração da intenção do legislador

²³¹ Savigny, em fase anterior a 1814, chegou a afirmar que interpretar era mostrar o que a lei diz. A alusão ao verbo *dizer* nos faz ver que Savigny estava preocupado com o significado textual da lei. A questão técnica era determinar o sentido expresso nas normas. Daí a elaboração de quatro técnicas: a interpretação gramatical, que procurava pelo sentido vocabular da lei; a interpretação lógica, que visava ao seu sentido proposicional; a sistemática, que buscava o sentido global ou estrutural, e a histórica, que tentava atingir o sentido genético.

²³² LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.448.

²³³ Alguns autores a exemplo de Koch/Russmann denominam esta concepção de teoria unificadora. (*Ibid.*, p. 449).

histórico, o entrelaçamento do processo de gênese da lei com a adequação e acomodação do texto da lei ao presente vivo²³⁴.

Para a doutrina objetivista, portanto, a norma tem um sentido próprio, determinado por fatores objetivos, independente até certo ponto do sentido que quis dar-lhe o legislador. Nesta direção, a interpretação se constitui como compreensão *ex nunc* (desde agora, ou seja, em consideração à situação atual à qual se aplica), ressaltando-se o papel dos aspectos estruturais e do contexto significativo da lei²³⁵.

A busca pela *voluntas* (ou *mens*) *legis* ou ainda o sentido normativo da norma indica que a atividade interpretativa do julgador prevalece sobre a vontade do legislador, delineando que o Direito seja mais aplicação que norma²³⁶. Como ressalta Bourdieu:

A interpretação opera a historicização da norma, adaptando as fontes a circunstâncias novas, descobrindo nelas possibilidades inéditas, deixando de lado o que está ultrapassado ou o que é caduco. Dada a extraordinária elasticidade dos textos, que vão por vezes até à indeterminação ou ao equívoco, a operação hermenêutica de *declaratio* dispõe de uma imensa liberdade²³⁷.

De plano se estabelece outra questão igualmente importante, qual seja a da liberdade do intérprete e do risco do arbítrio judicial, que, como o próprio Larenz reconhece, pode decorrer da:

tentação de deixar de lado o complicado e nem sempre satisfatório caminho relativo à interpretação e aplicação da lei, retirando assim a resolução de seu sentimento de justiça aguçado pela sua atividade judicial, do seu próprio entendimento do que aqui é justo e equitativo²³⁸.

Levando tais implicações à realidade de interpretação do ECA, tem-se forçosamente que considerar uma aplicação da lei com foco no presente e no contexto material no qual a mesma incide, marcado por desigualdades estruturais, violação de direitos fundamentais

²³⁴ Inegável novamente a influência de Savigny nesta formulação, pois seu pensamento sempre apontou para a existência “fundante” dos “institutos do direito” que expressam “relações vitais” responsáveis pelo sistema jurídico como um todo orgânico, um conjunto *vivo* em constante movimento.

²³⁵ O contexto significativo da lei determina a compreensão de uma passagem do texto codeterminada pelo contexto. É dizer, desempenha um papel de concordância objetiva entre as disposições legais singulares, oferecendo um apoio importante à interpretação, pois exprime a concordância material das disposições dentro de uma regulação.

²³⁶ GROSSI, Paolo. **Mitología Jurídica de La Modernidad**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

²³⁷ BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p.223.

²³⁸ LARENZ, Karl. 1997, p.492.

de crianças e adolescentes e marginalização social, fragilidade na estruturação de políticas públicas e principalmente ambiguidades do campo da responsabilidade de autores de infração penal, objeto central desta análise.

Uma abordagem puramente objetivista da lei levaria, de um lado a uma aplicação relativista do conteúdo sancionador das medidas socioeducativas, tendo em vista a dificuldade ou ilegitimidade do Estado em exigir responsabilidade quando não disponibilizou todos os elementos necessários para que a resposta do destinatário fosse conforme a norma. Esta é a posição decorrente de uma Teoria do Sujeito Responsável formulada por Bustos Ramirez e Hormazábal Malarée, que concebem a discussão de responsabilidade com relação a uma pessoa determinada em um marco social concreto. Segundo os autores, o problema da responsabilidade não diz respeito unicamente ao indivíduo ao qual se atribui um ato, e sim ao Estado no que concerne à sua capacidade ou legitimação política para exigir responsabilidade.

Em outras palavras, a capacidade que possui o Estado de exigir a observância de suas proibições ou mandatos não é a mesma com relação a todas as pessoas. A dimensão ou intensidade desta capacidade de exigir varia de acordo com cada pessoa, da relação com suas circunstâncias pessoais e de sua relação com o Estado. Conseqüentemente, o Estado somente pode exigir responsabilidade pelo comportamento antinormativo se disponibilizou todos os elementos necessários para que a resposta fosse conforme a norma²³⁹.

Assim, o reconhecimento da dignidade humana de todo adolescente impõe a existência de uma “justiça relativa” que introduza em seu funcionamento o critério da sanção mais adequada para cada caso concreto. A justiça, nessa perspectiva, passa a caracterizar-se como ação social, na medida em que reconhece também o delito ou o ato infracional praticado por adolescentes como fato social, para além dos marcos estreitos da lei e do direito penal²⁴⁰.

O outro extremo, que parece refletir a realidade de interpretação atual do ECA, toma como prioridade a defesa social, uma suposta prevenção especial da delinquência juvenil, e uma tendência de inocuização ou neutralização do infrator. Por inocuização

²³⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Nuevo Sistema de Derecho Penal** Madrid: Editorial Trotta, 2004.

²⁴⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Introducción Al Derecho Penal**. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1994, p.173.

pode-se compreender os efeitos altamente segregacionistas da resposta penal que deixa de se dirigir à ressocialização ou integração social para atuar como um instrumento de “apartação” e distanciamento dos indesejados²⁴¹.

Nesta direção, o *contexto significativo da lei* se revela altamente punitivo e não por acaso permissivo de uma interpretação em prejuízo dos direitos individuais dos adolescentes acusados, configurando ainda uma categoria social definida, a do adolescente infrator.

Como assevera Bourdieu:

Em resumo, o juiz ao invés de ser sempre um simples executante que deduzisse da lei as conclusões diretamente aplicáveis ao caso particular, dispõe antes de uma parte de autonomia que constitui sem dúvida a melhor medida da sua posição na estrutura da distribuição do capital específico de autoridade jurídica, os seus juízos, que se inspiram numa lógica e em valores muito próximos dos que estão nos textos submetidos à sua interpretação, têm uma verdadeira função de invenção²⁴².

Como se vê, ambas as abordagens apresentam fragilidades. A subjetivista se baseia na ideia de uma vontade do legislador a ser descrita e revelada pelo intérprete. Não considera, entretanto que se trata de mera ficção, já que o legislador, sobretudo, na atual dinâmica do processo legislativo não pode ser facilmente identificado, e o resultado final do processo legislativo melhor indica um resultado possível alcançado da correlação de distintas forças e setores que atuam na propositura de novas leis.

A teoria objetivista aposta na consideração dos fatores objetivos que possam determinar uma suposta vontade da lei²⁴³, sem considerar contudo que sua delimitação também exige uma tarefa interpretativa, o que favorece um subjetivismo sub-reptício que coloca

²⁴¹ Francisco Muñoz Conde esclarece que a inocuidade ou incapacitação se destina aos delinquentes considerados incorrigíveis, ou também para aqueles que cometeram delitos graves. Em regra, a inocuidade substitui qualquer finalidade ressocializadora e tem como função assegurar o afastamento do condenado do convívio social. (MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introducción a la Criminología**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001).

²⁴² BOURDIEU, 2001, p.223.

²⁴³ A expressão «vontade da lei» é criticada por Larenz, pois encerra uma personificação injustificada da lei, que só é apropriada segundo ele, para encobrir a relação de tensão que a cada momento pode surgir entre a intenção originária do legislador e o conteúdo «em permanente reformulação» da lei, conteúdo que hoje deve ser considerado como determinante. O «sentido normativo da lei» não exclui, antes inclui, esta relação de tensão; está, portanto, sempre referido também à vontade do legislador.

a vontade do intérprete acima da vontade do legislador, o que secundariamente desloca a responsabilidade do legislador na elaboração do Direito para o intérprete²⁴⁴.

É bem verdade que cada uma das perspectivas apresentadas carrega sua parcela de verdade e não deixa de contribuir para a definição de alguns pressupostos básicos da hermenêutica jurídica em matéria de adolescentes em conflito com a lei.

Uma terceira vertente, de viés funcionalista, já pode ser identificada naqueles que objetivam liberar o juiz da tarefa de guardião do sistema jurídico, na medida em que a concepção da lei como vontade humana ou divina é superada em nome de sua vinculação ao entorno social. Entretanto, outro conjunto de críticas é apresentado, sobretudo pela forte utilização de valores extrajurídicos nas decisões.

Da combinação das três abordagens, emerge um caminho interpretativo que inclui, além do contexto formado pela linguagem jurídica, o contexto formado pelo sistema jurídico de referência e o contexto societário global²⁴⁵ no qual as consequências da decisão irão impactar.

3.3. Discurso Jurídico e Implicações para o Sistema Penal Juvenil brasileiro

Via de regra, a metodologia jurídica tradicional concebe a atividade jurisdicional como averiguação de algum tipo de verdade: averiguação do verdadeiro sentido da norma jurídica, da verdadeira vontade do legislador ou do verdadeiro conceito jurídico que explica o caso e predetermina sua solução, admitindo-se ainda, numa evidente perspectiva jusnaturalista, a averiguação do verdadeiro valor material ao qual o juiz há de submeter sua decisão para que seja justa²⁴⁶.

Por isso, é comum que o discurso da interpretação exclua de sua análise a repercussão do discurso nos fatos, ou seja, em geral somente se avalia o que os textos de direito positivo dizem, mas afasta-se da análise jurídica o que com tais textos se realiza ou

²⁴⁴ Expressão que simboliza esta posição é aquela que afirma “Direito é o que decidem os tribunais”, como bem ilustra o prof. Tércio Sampaio Ferraz Junior. FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. op.cit., p. 72.

²⁴⁵ OST; KERKOVE, 2001, p.272.

²⁴⁶ GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Tópica, retórica y teorías de la argumentación jurídica*. In: Congresso Internacional de Direito Público, Filosofia e Sociologia Jurídica: perspectivas para o próximo milênio. Universidad Externado de Colômbia, 1996, p. 170 e ss.

promove. Além disso, ainda por força de uma perspectiva tradicional, omitem-se as indeterminações e antinomias do discurso das fontes, com o que se logra encobertá-las.

Em definitivo, sobre bases formalistas se reforça a compreensão da magistratura como “boca da lei”. Porém adotando-se postura mais crítica, o direito passa a ser não objeto da interpretação, mas fruto ou resultado da interpretação, o que o redimensiona não só como variável unicamente dependente da legislação, mas sobretudo da atividade doutrinária e jurisprudencial²⁴⁷.

Considerando que as disposições legais em matéria de responsabilidade penal de adolescentes, das quais poderia se ocupar uma Dogmática do Direito Penal juvenil, não possuem um único e unívoco significado, havendo ambiguidades, vacuidade, e textura aberta, um conjunto de questões de ordem metodológica e hermenêutica desponta como inadiável.

De acordo com Calvo Garcia, as incertezas e opacidades próprias de uma textura aberta não podem ser reduzidas com o uso ordinário da linguagem ou mediante mera explicitação de uma gramática da linguagem jurídica²⁴⁸. Apenas mais recentemente vem se admitindo uma certa “folga” hermenêutica com a respectiva necessidade de se recorrer a regras e critérios adicionais para reduzir as margens de discricionariedade resultantes.

De certa forma, a concepção tradicional que dominou a ciência jurídica até princípios do século XX, mas que ainda hoje se mantém na dogmática jurídica tradicional, nega a existência de margens de flexibilidade dogmática, apoiando-se em reiteradas ficções.

Manuel Segura Ortega desvenda que:

a decisão não está determinada, pelo menos de uma forma absoluta, nem pelas normas nem pelos critérios de interpretação das mesmas. O fato dos (sic) juízes invocarem tais normas e critérios como fundamento de sua resolução não significa que efetivamente estes

²⁴⁷ Esta é também a posição defendida por Ricardo Guastini e pela maior parte dos teóricos analíticos contemporâneos. (GUASTINI, Ricardo. **Estudios sobre la interpretación jurídica**. México: Porrúa, 2001.)

²⁴⁸ Segundo este autor, a textura aberta é mais radical que a vacuidade, porque “a textura aberta aproxima-se da possibilidade de vacuidade, ou vacuidade potencial. A vacuidade de uma lei pode ser remediada com regras mais precisas, mas a textura aberta não”. CALVO GARCIA, Manuel. *La voluntad del legislador. Genealogia de una ficción hermenêutica*. In: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n° 3, 1986, p.113.

elementos se constituam em fator fundamental da decisão (...) Provavelmente, a personalidade do juiz seja um fator mais decisivo e curiosamente o que se tratou de ocultar reiteradamente até pelo menos o início do século XX. A razão desta atitude responde a uma autêntica ficção que se justificou pela necessidade de proporcionar segurança jurídica.²⁴⁹

A descrição de Hart sobre textura aberta complementa tal reflexão, colocando em evidência o papel dos intérpretes na formação e configuração da Dogmática penal juvenil:

A textura aberta do direito significa que existem áreas de conduta nas quais muito se deixa ao desenvolvimento dos tribunais ou de seus funcionários à luz das circunstâncias entre os interesses em conflito cujo peso varia de caso a caso (...) Na área marginal das regras e no campo que a teoria dos precedentes deixa em aberto, os tribunais desempenham uma função produtora de regras (...) Este fato amiúde resulta encoberto pelas formas que com frequência os tribunais negam exercer tal função criadora, insistindo que a tarefa própria da interpretação da lei e do uso de precedentes é respectivamente buscar a intenção de legislador e o direito que já existe²⁵⁰.

A partir de alguns resultados da Pesquisa “Responsabilidade e Garantias ao adolescente autor de ato infracional: uma proposta de revisão do ECA em seus 18 anos de vigência”²⁵¹ é possível identificar os principais discursos encontrados quando da interpretação do ECA para a imposição de medidas socioeducativas de privação de liberdade.

Necessário antes detalhar que a medida socioeducativa de internação corresponde a uma das possíveis medidas aplicáveis aos adolescentes diante do cometimento de infrações penais pela Justiça Especializada da Infância e Juventude, nas Varas Especiais de primeira instância²⁵². Os discursos destacados foram retirados de recursos de segundo

²⁴⁹ SEGURA ORTEGA, Manuel. **La racionalidad jurídica**. Madrid: Editorial Tecnos, 1998, p.104.

²⁵⁰ HART, Herbert. L.A. **O conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

²⁵¹ MINAHIM, Maria Auxiliadora (Coord. Cient.). **ECA: Apuração do Ato Infracional atribuído a Adolescentes**. op. cit.

²⁵² O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 112 exige rigoroso nexo de causalidade entre a conduta praticada pelo adolescente e o dano causado. A conduta dolosa ou ao menos culposa que atentou contra bens jurídicos protegidos em normas incriminadoras é, ao lado da lesão ao bem jurídico, o critério para a imposição de medida socioeducativa. A verificação da prática de um ato infracional não é condição suficiente para a imposição de uma medida privativa da liberdade, que somente é admitida na inexistência de outra mais adequada. Advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional são os tipos de medidas previstas pelo Estatuto, em linha crescente de severidade, ou interferência na liberdade individual de adolescentes a quem se atribui a autoria da infração. Dividem-se em medidas não privativas de liberdade (advertência, reparação de dano, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida) e medidas privativas de liberdade (semiliberdade e internação). Assim como a imposição de pena exige a demonstração inequívoca de autoria e materialidade, o mesmo se estabelece para as medidas

grau interpostos perante os Tribunais Estaduais com a finalidade de rever a sentença originariamente imposta pelo juiz singular.

A medida socioeducativa de internação está definida no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e corresponde à mais grave das medidas socioeducativas, pelo grau de interferência na esfera de liberdade individual dos jovens. Dispõe a lei:

A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

§ 1º – Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário.

§ 2º – A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses.

§ 3º – Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

§ 4º – Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida.

§ 5º – A liberação será compulsória aos 21 (vinte e um) anos de idade.

§ 6º – Em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

A medida de internação consiste, desse modo, em real e efetiva privação de liberdade em estabelecimento destinado a adolescentes, porém assemelhado aos estabelecimentos prisionais, dadas suas características de instituição total. Trata-se do que Sotomayor identificou como estabelecimentos que se diferenciam das prisões apenas pelo rótulo externo²⁵³.

Como decorre da disposição legal estatutária, a medida de internação não poderá exceder três anos, mas sua imposição é indeterminada, sujeita a periódica reavaliação pelo setor técnico das unidades de privação de liberdade, como aliás já se discorreu ao cuidar do traço de indeterminação das medidas aplicadas.

socioeducativas, consoante o artigo 114 da Lei 8.069/90: “A imposição das medidas previstas nos incisos II a IV do artigo 112 pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do artigo 127.” É importante sublinhar ainda que, afora todos os princípios penais e especiais que incidem no Direito Penal Juvenil, o Estatuto da Criança e do Adolescente é expresso ao recomendar a aplicação preferencial de medidas que não prejudiquem a socialização dos adolescentes, conforme artigo 100 da Lei: “Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.”

²⁵³ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. **Inimputabilidad y Sistema Penal**. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1996.

Nesse sentido, é razoável afirmar que o princípio da Brevidade é o elemento norteador para a indeterminação do prazo na medida de internação. Sua incidência no processo de execução da medida se dá pelo reconhecimento de que cada adolescente terá um desenvolvimento único e peculiar às suas características pessoais. Sem tal reconhecimento, as finalidades da medida não serão atingidas e estarão sempre fadadas à imposição de mero castigo.

No tocante à escolha da medida de internação como a mais adequada, é também o artigo 122 que deve ser observado:

A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa;

II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves; e

III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

§ 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três) meses.

§ 2º Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.

Sua redação conduz à verificação de pressupostos ou condições objetivas para a imposição da medida; são eles: grave ameaça ou violência à pessoa no cometimento do ato infracional, reiteração no cometimento de outras infrações graves, ou descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta.

Ressalte-se ainda que o parágrafo 2º do referido artigo é taxativo ao estabelecer que em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada. Resta seu caráter altamente aflitivo e, portanto, de último recurso a ser utilizado. Assim sendo, mesmo que as circunstâncias do ato infracional correspondam às condições descritas no artigo 122, isto não significa escolha e autorização imediata e automática da medida de internação.

Não é a simples alusão à gravidade do ato praticado que determina a escolha da medida privativa de liberdade. A imposição da internação somente é admitida da conjunção de todos os elementos e não somente da verificação se o ato é grave. Nessas situações, a internação é permitida, mas não obrigatória. Em outras, sequer seria admitida como resposta socioeducativa.

Sobre a adequação da medida de internação e sua natureza excepcional, vale mencionar a visão de Paulo Garrido:

O traço de instrumentalidade da tutela diferenciada consiste na concepção de que a medida socioeducativa serve como instrumento de defesa social, ao mesmo tempo em que se consubstancia como meio de intervenção no desenvolvimento do jovem. Do cotejo dos elementos dessa instrumentalidade é que se extrai a adequação da medida socioeducativa a ser definida no caso concreto, não guardando relação direta com o ato infracional praticado. Por isso o legislador não vinculou diretamente certo ato infracional com determinada medida socioeducativa, ficando sempre ao encargo da autoridade judiciária compor os elementos da instrumentalidade, à luz das particularidades do caso concreto.²⁵⁴

As lições de Garrido reforçam o entendimento de que a imposição de qualquer medida socioeducativa implica a integração e observância de todos os princípios que informam o Direito Penal Juvenil²⁵⁵. Em se tratando das medidas privativas de liberdade, mais intensa é essa necessidade, a fim de adequar devidamente cada resposta ao caso concreto – por isso os princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de desenvolvimento do adolescente:

As limitações impostas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente dizem respeito tão somente às medidas de internação e de colocação em casa de semiliberdade, restringindo a discricionariedade da autoridade judiciária em favor do adolescente, prescrevendo regra de possibilidade e não incidência obrigatória.²⁵⁶

A privação de liberdade, assim sendo, somente é cabível ante a verificação dos pressupostos objetivos e como condição necessária para que se realize a socioeducação do adolescente²⁵⁷. A restrição da liberdade deve significar apenas limitação do exercício pleno do direito de ir e vir e não de outros direitos constitucionais.

²⁵⁴ GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. **Direito da Criança e do Adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

²⁵⁵ Adotou-se aqui a expressão “Direito Penal Juvenil” para designar a matéria correspondente à atribuição de responsabilidade a adolescentes autores de ato infracional que integra a normativa da Criança e do Adolescente. Para mais detalhes, ver SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. op. cit.

²⁵⁶ GARRIDO DE PAULA, op. cit.

²⁵⁷ “Durante o período de internação, inclusive provisória, serão obrigatórias atividades pedagógicas” (Artigo 123, parágrafo Único da Lei 8.069/90).

Alguns trechos de decisões extraídas da Pesquisa retomada ilustram as principais tendências jurisprudenciais sobre a matéria a partir dos discursos mais frequentemente utilizados. Do Tribunal de Justiça de São Paulo²⁵⁸ destacam-se alguns posicionamentos que aparecem inclusive de forma repetida nas fundamentações e, sendo bastante simbólicos, permitem identificar uma tendência interpretativa:

A prática de gravíssimo ato infracional denota desajuste moral e social, e, portanto, a manutenção das medidas socioeducativas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade não se apresentam suficientes à ressocialização do apelado, que, em liberdade, poderá expor a incolumidade física de terceiros a risco. Há nítida relação de proporcionalidade entre a aplicação da internação - perseguida pelo apelante -, e o ato infracional praticado pelo apelado [...]. De outra banda, convém anotar que o apelado não tem respaldo familiar, revelou - ainda que informalmente -, o envolvimento em outros atos infracionais (fls. 59), e, durante o curso processual não demonstrou exercício de ocupação lícita, permitindo concluir que não possui estrutura para o cumprimento, a contento, das medidas socioeducativas impostas pela sentença apelada [...].

Neste julgado, observou-se três aspectos importantes: a correlação da prática de ato infracional grave com a existência de desajuste social e moral, demonstrando uma visão estereotipada dos adolescentes acusados e sentenciados e a criação de uma categoria explicativa com fundamento moral; a utilização do princípio da proporcionalidade na justificação da internação, de forma automática, ou seja, se grave a conduta, a internação encontra-se justificada em desconsideração à necessária combinação ao princípio da excepcionalidade; e por fim a menção de condições pessoais do adolescente como impeditivas ao cumprimento de medidas em meio aberto. Ressalte-se que até mesmo a informação “informal” do envolvimento anterior em outros atos infracionais é mencionada como fundamento para a imposição da sanção mais severa do Sistema.

Outra decisão nega o reconhecimento do princípio da insignificância para os adolescentes:

O princípio da insignificância não pode ser transportado para a esfera da infância e juventude, no qual vige o princípio da proteção integral. Aliás, os procedimentos previstos para aplicação das medidas socioeducativas e protetivas previstas pelo Estatuto da Criança e do

²⁵⁸ No recorte temporal da pesquisa, foram identificadas 42 ocorrências sobre medida socioeducativa de internação, das quais 40 foram analisadas na Pesquisa. MINAHIM, Maria Auxiliadora (Coord. Cient.). **ECA: Apuração do Ato Infracional atribuído a Adolescentes**. op. cit., p. 22.

Adolescente não podem ser considerados constrangedores, pois visam justamente à aplicação do princípio da proteção integral.

Neste discurso há claro posicionamento que procura afastar da aplicação das medidas socioeducativas as regras e garantias processuais penais, utilizando-se do argumento de tratar-se de sistema diferenciado com fundamento na proteção integral. Além de desobedecer à regra do artigo 152 do próprio Estatuto que indica a aplicação subsidiária de outras normas em sua implementação, equipara as medidas socioeducativas a medidas protetivas, negando o caráter penal e sancionatório das primeiras e reforçando a confusão conceitual entre proteção e socioeducação. Sob o argumento da proteção integral, tal posição atualiza a chave tutelar discricionária nos procedimentos da Justiça da Infância e Juventude. É sem dúvida exemplo categórico de decisionismo que faz uso dos princípios conforme a conveniência.

No tocante ao ato infracional equiparado ao tráfico de drogas, procura-se com frequência justificar a imposição de medida de internação ao ato infracional mesmo sem a presença da violência ou grave ameaça:

O tráfico de drogas deve ser considerado um dos atos infracionais mais graves, pois é prática que vem disseminando o vício entre a população mais vulnerável, ou seja, mais jovem e mais desprotegida da sociedade. O tráfico de drogas é ato infracional que pressupõe emprego de violência contra toda a sociedade²⁵⁹.

Os argumentos utilizados partem da afetação do uso de drogas por crianças e adolescentes, desconsiderando a esfera da prevenção como a mais adequada ao enfrentamento do problema e lançando à repressão ao indivíduo esta tarefa e finalidade. De outro lado, em descompasso ao posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) objetiva criar uma violência “presumida e ficta” contra toda a sociedade na prática do tráfico de drogas como forma de legitimação e adequação legal para a imposição da privação de liberdade.

Já no Tribunal de Justiça de Pernambuco²⁶⁰, merecem menção os seguintes discursos:

²⁵⁹ MINAHIM, Maria Auxiliadora (Coord. Cient.). **ECA: Apuração do Ato Infracional atribuído a Adolescentes**. op. cit., p. 23

²⁶⁰ Constam na pesquisa 13 ocorrências identificadas. MINAHIM, Maria Auxiliadora (Coord. Cient.). **ECA: Apuração do Ato Infracional atribuído a Adolescentes**. op.cit., p. 26.

desajuste pessoal e propensão para a violência reclamam pronta e enérgica intervenção do Estado, com vistas a dar ao infrator a dimensão da reprovabilidade social que pesa sobre sua conduta, impondo-se a medida socioeducativa provisória, objetivando a garantia da integridade do próprio reeducando.

Nesta passagem em que se discute a internação provisória e sua pertinência, a argumentação utiliza-se do discurso da proteção do adolescente para sua decretação, operando profunda confusão entre seu caráter e eventual medida protetiva que se faça necessária para garantir a integridade do adolescente. A mesma situação jamais seria admitida na justiça penal comum, um adulto não seria submetido à prisão preventiva sob o argumento de necessitar de proteção. É evidente que em tal situação o adolescente é submetido a condições mais severas do que um adulto seria. Também são encontradas categorias estereotipadas de desajuste social e propensão à violência como características atribuídas ao adolescente.

A medida de internação provisória de adolescente a quem se atribui a autoria de um ato infracional está disciplinada no artigo 108 da Lei. Antecede a sentença e possui um prazo máximo de 45 dias. O artigo 183, do diploma em questão, o estabelece como prazo máximo para a conclusão do procedimento judicial de apuração do ato infracional atribuído ao adolescente, sendo certo que do contrário ele deverá ser liberado compulsoriamente até a data de sua sentença.

O parágrafo único do artigo 108 prevê que a decisão que determina a internação provisória do adolescente deverá ser fundamentada em (i) indícios suficientes de autoria, (ii) materialidade, (iii) demonstração da necessidade imperiosa da aplicação de medida privativa de liberdade.

Com efeito, sua determinação não poderá ser fundada em argumentos relativos, vagos ou duvidosos. Uma incongruência já se revela no fato de, apesar de a representação independer de prova pré-constituída de autoria e materialidade, a decretação da internação provisória pela via da representação exigir o contrário. O mais grave é que, em sua esmagadora maioria, os adolescentes representados são internados provisoriamente.

No trecho destacado abaixo, em alusão ao prazo legalmente fixado pelo artigo 108 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a decisão contrasta a previsão legal com

construção jurisprudencial *contra legem* de extensão do referido prazo em prejuízo dos adolescentes acusados. Trata-se de flexibilização da única garantia de que goza o adolescente na seara da internação provisória:

construção jurisprudencial, considerando as peculiaridades do caso sub examinen, vem abrandando o posicionamento de que o prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias a que alude o art. 108, do E.C.A., não pode ser ultrapassado sob nenhuma hipótese.

Finalmente, de Pernambuco, dois aspectos devem ser assinalados: a negação da índole penal das medidas socioeducativas – e conseqüentemente do modelo de responsabilidade desenhado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para a administração de delitos praticados na adolescência, e a proposital alusão à educação e proteção como finalidades das medidas socioeducativas, o que favorece interpretações demagógicas da legislação, sempre em prejuízo e cerceamento da liberdade dos adolescentes. Também por isso se evoca a indeterminação do prazo de duração das medidas e o descabimento de regras e princípios processuais penais. Todos os elementos citados configuram um “neomenorismo” fundado na pretensa proteção e ausência de limites para a intervenção socioeducativa:

Isto porque o escopo do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) não está ligado ao caráter punitivo da reprimenda. Ao contrário de visar à punição do menor infrator, pretende assegurar-lhe proteção e educação, através de medidas socioeducativas, sem critérios rígidos de duração. Assim como não é aplicada a pena prevista no delito análogo à infração praticada, também não há que se falar em aplicação de regras que são afetas à pena cominada, como atenuantes e conduta social do adolescente sentenciado.

Junto ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro²⁶¹ interessa sublinhar:

As condições pessoais do adolescente levam à conclusão que a medida de internação é a mais adequada e exigível à hipótese, dando-lhe melhores condições de ressocialização, estando destacado na sentença que: já lhe foram dadas oportunidades de cumprimento de medida em meio aberto em outros processos, mas o adolescente não as aproveitou, pois as descumpriu por várias vezes, reiteradamente descumprindo as medidas impostas.

²⁶¹ Na pesquisa, foram identificadas 137 ocorrências relacionadas a medidas de internação, das quais foram estudadas 58. MINAHIM, Maria Auxiliadora (Coord. Cient.). Série Pensando o Direito. nº 26/2010. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos e Programa para o Desenvolvimento das Nações Unidas, 2010. p. 29.

O trecho acima permite aferir que as condições pessoais do adolescente operam de forma mais intensa do que a verificação de sua conduta, configurando um direito penal do autor nos procedimentos da Justiça Especializada. Resta evidente que o que o adolescente é tem mais peso do que o que ele eventualmente tenha feito. Este posicionamento pode ser identificado como uma releitura discricionária e subjetiva do ECA que dá margem a políticas repressivas e irracionais, tendo em vista que é o SER que é “atacado” e não o AGIR nas práticas infracionais.

Outra posição nega o caráter sancionatório das medidas socioeducativas e atribui à internação uma índole eminentemente segregadora, cuja tarefa é a retirada do convívio social. Dois aspectos perigosos podem ser apontados; de um lado, a retirada da feição sancionatória das medidas pode levar à sua utilização irracional e ilimitada; e de outro, conceber a segregação como a principal tarefa da privação de liberdade afasta o desafio pedagógico que a medida deve contemplar:

A aplicação das socioeducativas estatuídas na lei nº 8.069/90 não possui caráter punitivo mas, sim, o de retirar o menor do convívio pernicioso com a criminalidade, visando reeducá-lo e reintegrá-lo à família e à sociedade.

No Estado do Paraná²⁶², destaque-se:

As medidas socioeducativas, por sua própria natureza, têm caráter pedagógico, e vinculam-se à sua finalidade essencial, que é a um só tempo, a reeducação e a ressocialização do menor infrator.

A decisão considera a natureza da medida socioeducativa como essencialmente pedagógica, negando-lhe a feição sancionatória e de reprovabilidade à conduta praticada. Como já assinalado, este tipo de posicionamento ignora o modelo de responsabilidade desenhado pelo ECA para as infrações penais cometidas por adolescentes, assemelhando-o ao antigo Código de Menores.

Outra decisão utiliza o princípio do livre convencimento do juiz como justificativa suficiente para a manutenção da internação. Incorre-se neste caso em equívoco, pois a

²⁶² A pesquisa identificou 123 casos relacionados à medida de internação em discussão no Tribunal de Justiça no recorte temporal previamente definido. Destes casos, 55 foram analisados em detalhe pela pesquisa.

livre convicção do juiz deve advir da confirmação pela pluralidade de provas e exige efetiva justificação da decisão:

O princípio do livre convencimento motivado do magistrado tem prevalência, ante a necessidade de se obter efetivamente o objetivo pedagógico pretendido com a aplicação da medida de internação²⁶³

Conforme leciona Aroca²⁶⁴, a valoração livre que cabe ao julgador não é igual à valoração discricional, nem se resume na consciência do juiz. Trata-se da forma como o juiz valora determinada prova, sendo que tal decisão deve expressar-se de modo motivado na sentença.

Assim como em outros discursos já destacados, persiste a ideia de desajuste social do adolescente. Tal categoria desvaloriza o papel da lei como critério exclusivo e exaustivo de definição dos fatos desviados. O adolescente é visto como delinquente a partir de um ponto de vista ético, naturalista, social e em todo caso ontológico:

Conduta do adolescente apelante evidencia o seu profundo desajuste social, impondo-se que se lhe ofereça a oportunidade de assimilar novos valores, reflita sobre o ocorrido, mediante acompanhamento intensivo que somente a internação possibilita.

A construção da ideia de periculosidade dos adolescentes é outro aspecto bastante frequente nos argumentos de justificação para a imposição da sanção mais gravosa. Há uma efetiva criação da periculosidade social dos adolescentes, que passa a ser legalmente presumida e decorrente de condições pessoais ou de *status* social como “comportamento tendente à delinquência”, reincidência e até mesmo pertinência a determinados grupos de amigos:

Alto nível de periculosidade do adolescente reforça ainda mais a necessidade de intervenção. Privado de liberdade o jovem aparenta bom comportamento; por outro lado, em meio aberto revelou atitudes totalmente divergentes daquelas apresentadas no centro. Abandono da escola e usuário de drogas.

²⁶³ MINAHIM, Maria Auxiliadora (Coord. Cient.). op.cit., p. 33.

²⁶⁴ AROCA, Juan Monteiro. **Principios del Proceso Penal – una explicación basada en la razón.** Valencia: Tirant lo Blanch., 1997, p. 139-140.

Do Tribunal de Justiça baiano²⁶⁵ destacam-se os seguintes discursos:

reprimir de forma mais severa tal conduta, em razão das consequências danosas à sociedade que o tráfico ilícito de entorpecentes vem causando, já que se trata não de ato infracional que atinge diretamente a bem jurídico de determinada pessoa, mas a toda a sociedade. Em sendo assim, exige-se o balanceamento de valores em oposição: de um lado o 'jus libertatis' do indivíduo, que se revela, à primeira vista, perigoso, intranquilizando a comunidade; de outro, os interesses relevantes da sociedade, de manutenção da paz social, não sendo possível, no caso concreto, se permitir a reiteração da prática de tal ato infracional.

Como em outras decisões de Tribunais de outros Estados, o ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes, embora não comporte violência nem grave ameaça à pessoa, vem sendo reprimido com a imposição de medida de internação sob o argumento de tratar-se de crime hediondo e que, tal qual no trecho em destaque, afeta bem jurídico de toda a sociedade. Esta tendência em coletivizar um suposto bem jurídico reflete aquilo que se convencionou chamar expansão do direito penal e configura uma espécie de relativismo jurídico, que dissolve o conceito de bem jurídico em múltiplos, casuais, contingentes e até mesmo inconsistentes bens.

Trata-se do que Ferrajoli denominou de utilização de termos vagos, imprecisos e valorativos que derrogam a estrita legalidade dos tipos penais e permitem um amplo espaço à discricionariedade e à “inventiva” judicial, o que não deveria ter guarida em um Estado democrático de Direito. Ademais, o trecho também utiliza o etiquetamento do adolescente como perigoso para justificar a medida de internação.

Na espécie, cuida-se de conduta grave, com violência a pessoa, que revela desvio de personalidade acentuado por parte do adolescente e inadaptação ao meio, tendo aplicação o art. 122, inciso I, do ECA.

Novamente categorias fundadas no desvio de personalidade e na inadaptação ao meio são evocadas para constituir uma periculosidade/perigosidade social que justifique a privação de liberdade.

²⁶⁵ Foram identificados 16 casos versando sobre medida de internação no período estudado, dos quais 13 foram analisados em profundidade pela pesquisa. MINAHIM, Maria Auxiliadora (Coord. Cient.). op. cit., p. 37.

No tocante à prescrição argumenta-se que em face do caráter pedagógico das medidas nunca se perde o interesse de agir até que o adolescente complete 21 anos. Tal posicionamento está em oposição ao firmado pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula 338/STJ que inclusive remete aos parâmetros do Código Penal, especialmente a redução do art. 115 do mesmo Código:

O presente recurso deve ser provido. A reeducação do menor, um dos objetivos perseguidos pelo ECA, pode ocorrer até que ele alcance 21 (vinte e um) anos. A demora na tramitação do feito não afasta a aplicação do ECA nem faz com que o Estado perca o interesse de agir, em razão do caráter pedagógico do Estatuto.

Deste conjunto de discursos identificados como predominantes e, portanto representativos da jurisprudência nacional nos Tribunais Estaduais, pode-se aferir em primeiro lugar, aquilo que Gadamer denominou como ponto de partida essencial no método de interpretação: o pertencimento do intérprete a seu texto. Ou seja, o juiz não é livre para tomar distância histórica em relação a seu texto²⁶⁶.

Como já referido, a historicidade como característica inerente do “lugar e contexto” no qual se encontra o intérprete é formulada também por Gadamer como pilar de uma hermenêutica histórica. Para ele, não é a história que pertence a nós, mas nós é que a ela pertencemos, o que representa uma solução apenas aparente do problema que o conhecimento histórico nos coloca: “O homem é estranho a si mesmo e ao seu destino histórico de uma maneira muito diferente a como lhe é estranha a natureza, a qual não sabe nada dele”.

Muito antes da autocompreensão e autorreflexão, nos compreendemos de uma maneira autoevidente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos. A lente da subjetividade é um espelho deformante. A autorreflexão do indivíduo não é mais que uma centelha na corrente cerrada da vida histórica. Por isso os preconceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica de seu ser²⁶⁷.

²⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II – Complementos e Índice**. 3. ed. Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007, p.58.

²⁶⁷ A ideia de preconceito em Gadamer repousa no conceito de preconceito como um primeiro ponto de partida. Uma análise da história do conceito mostra que é somente no *Aufklärung* que o conceito do preconceito recebeu o matiz negativo que agora possui. Em si mesmo, "preconceito" (*Vorurteil*) quer dizer um juízo (*Urteil*) que se forma antes da prova definitiva de todos os momentos determinantes segundo a coisa. No procedimento jurisprudencial um preconceito é uma pré-decisão jurídica, antes de ser baixada uma sentença definitiva. Para aquele que participa da disputa judicial, um preconceito desse tipo representa evidentemente uma redução de suas chances. Por isso, *préjudice*, em francês, tal como

Gadamer ainda elucidada que na conversação hermenêutica, o texto só pode chegar a falar através do outro, o intérprete. Somente por ele se reconvertem os signos escritos de novo em sentido. Ao mesmo tempo, e em virtude dessa reconversão à compreensão, o próprio tema de que fala o texto vem à linguagem. Tal como nas conversações reais, é o assunto comum que une as partes entre si, nesse caso o texto e o intérprete. Tal como o tradutor somente torna possível, na qualidade de intérprete, o acordo numa conversação, em virtude do fato de participar na coisa de que está tratando, também face ao texto, é pressuposto iniludível do intérprete que ele participe de seu sentido²⁶⁸.

No que toca às visões que sobressaem acerca da adolescência, da prática de infrações penais e do papel e finalidade das sanções, deve-se ter em mente que toda motivação de uma decisão é antes tentativa de persuasão, sendo certo também que nada garante, como adverte Perelman, que cada juiz esteja perfeitamente consciente de todos os móveis que o inclinam para certa solução²⁶⁹. Vale dizer, a própria ideia de motivação, de justificação de uma decisão, muda de sentido ao mudar de auditório:

Enquanto pela motivação o juiz só tinha de justificar-se perante o legislador, mostrando que não violava a lei, bastava-lhe indicar os textos que aplicava em sua sentença. Mas, se a motivação se dirigir à opinião pública, esta quererá, além disso, que a interpretação da lei pelo juiz seja o mais conforme possível tanto à equidade, quanto ao interesse geral.²⁷⁰

No escólio de Perelman, motivar uma sentença é justificá-la, de modo demonstrativo, ou seja, de forma a persuadir um auditório, e o Direito passa a ser, simultaneamente, ato de autoridade e obra de razão e de persuasão. Como exercício de um poder, há sempre a possibilidade de uma escolha razoável entre várias soluções, sendo certo que tal escolha inevitavelmente dependa de um juízo de valor.

praejudicium, significa também simplesmente prejuízo, desvantagem, dano. Não obstante, essa negatividade é apenas secundária. É justamente na validade positiva, no valor prejudicial de uma pré-decisão, tal qual o de qualquer precedente, que se apoia a consequência negativa. Preconceito "não significa pois, de modo algum, falso juízo, pois está em seu conceito que ele possa ser valorizado positivamente ou negativamente. É claro que o parentesco com o *praejudicium* latino torna-se operante nesse fato, de tal modo que, na palavra, junto ao matiz negativo, pode haver também um matiz positivo. Desta forma, preconceitos podem corresponder à despotenciação da tradição. O que na formulação kantiana representa a coragem de te servir de teu próprio entendimento.

²⁶⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. 3. Ed. Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 1999.

²⁶⁹ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 560.

²⁷⁰ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. op. cit., p.560.

De modo geral, acredita-se que o juiz preste contas na motivação para os ouvintes a que se dirige e conforme o papel que cada jurisdição deve cumprir. Igualmente, acredita-se que os tribunais inferiores se justifiquem perante as partes, a opinião pública e, sobretudo às instâncias superiores que podem exercer papel de controle em casos de recursos.

Entretanto, dos discursos recolhidos para esta reflexão, não se pode afirmar que os tribunais estaduais estejam efetivamente preocupados em justificar-se perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que via de regra, vem apresentando uma tendência bem mais receptiva aos pleitos da defesa dos adolescentes. Conforme já assinalado por Flávio Frasseto²⁷¹, um olhar apurado sobre os julgados indica de um lado, a receptividade da Corte Federal aos reclamos da defesa e, de outro, que os graus inferiores da Justiça não têm guardado, com a fidelidade esperada, os direitos outorgados aos jovens que poderão receber ou que já receberam medidas socioeducativas.

3.4. Conclusões Preliminares

É comum no campo da hermenêutica jurídica definir o juiz na qualidade de intérprete, como um mediador entre as partes que procedem reciprocamente como antagonistas em um conflito soma zero: a situação típica inicial em um litígio civil ou comercial de direito privado. Entretanto, o mesmo já não pode ser dito em face dos conflitos de natureza penal que emergem afetando bens jurídicos e que geram, conseqüentemente, do ponto de vista do Estado, a chamada pretensão punitiva, o objetivo e interesse em perseguir e punir o ato antinormativo – a conduta praticada. Situação esta que reflete em gênero, número e grau a dinâmica de apuração de responsabilidade e imposição de medida socioeducativa a um adolescente.

Como visto, a discussão teórica em torno da interpretação do Direito conduz a uma dupla e divergente abordagem, a atividade dirigida ao reconhecimento da vontade do

²⁷¹ FRASSETO, Flávio Américo. **Ato Infracional, Medida Socioeducativa e Processo: a Nova Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.abmp.org.br/sites/frasseto>. Acesso em: jun/2010.

legislador (perspectiva subjetivista) ou voltada ao sentido normativo (perspectiva objetivista) como sede do escopo da interpretação da norma.

Tratando especificamente do Estatuto da Criança e do Adolescente, é curioso observar que dado seu caráter “revolucionário” de ruptura com o modelo anterior, tende-se a privilegiar a vontade do legislador e as soluções legislativas sobre as judiciais, com tendências nitidamente subjetivistas. É o que em sua maioria escapa da doutrina contemporânea especializada: uma ênfase à letra da lei e à intenção do legislador do Estatuto, desconsiderando-se que nesta busca também se realiza a interpretação.

Em direção oposta, o Judiciário posiciona-se como espaço de revelação do sentido normativo da norma, tendo em vista seu papel de articulador da lei ao contexto social no qual a mesma incide.

Na medida em que a interpretação opera a historicização da norma, a interpretação da lei nunca é o ato solitário de um magistrado ocupado, como adverte Pierre Bourdieu, mas trata-se de luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais, capazes de mobilizar, também de modo desigual, os meios ou recursos jurídicos. A hermenêutica jurídica é desta maneira reforçada como consequência da inegável dimensão argumentativa do direito.

Em outras palavras, trata-se de reconhecer que a atividade hermenêutica, seja ela de apreensão do sentido normativo, seja de complementação de significados – no caso de lacunas ou conflitos de normas, tem sempre de ser argumentada a partir do próprio direito vigente, o que significa adotar um pressuposto básico de caráter normativo e ao mesmo tempo admitir que os conceitos normativos “pedem” do decididor uma coparticipação na determinação de seu sentido.

Ocorre que muitas vezes, e assim se dá no campo da interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente, os juízes se refugiam no papel de intérprete que apenas realiza uma simples aplicação da lei, e quando realizam obra de criação jurídica tendem a dissimulá-la²⁷². O enaltecimento do ato de interpretação visa sublimar a decisão, demonstrando que ela exprime não a vontade e a visão de mundo do juiz, mas sim a *voluntas legis* ou *legislatoris*.

²⁷² BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p.219.

As duas concepções da interpretação são em verdade insatisfatórias. Enquanto a perspectiva subjetivista se concentra na revelação da vontade do legislador, acaba por encobrir em uma suposta atividade de historiador, o papel criativo daquele que decide. Em contrapartida, a concepção objetivista da interpretação se arrisca a substituir a vontade do legislador pela do juiz e a suprimir a diferença entre a regra que foi promulgada e aquela que se queria ver instaurar²⁷³.

Certo é que o juiz decide, resolve, escolhe e o faz em nome do que considera o direito e a justiça, sabendo que suas decisões vão integrar-se no sistema de direito de que ele constitui um elemento central. Neste contexto, as técnicas de interpretação, justificadas pelo recurso à lógica jurídica – que não é uma lógica formal, mas uma lógica do razoável, representam um auxílio essencial na medida em que lhe permitem conceituar, por uma argumentação apropriada, o que lhe dita seu senso de equidade e seu senso do direito.

Na interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente, fica evidente este papel crescente do juiz na elaboração do direito, tendo em vista inclusive a textura aberta da legislação e a presença marcante de princípios que carecem de maior regulamentação ou preenchimento de sentido, labor que o legislador deixou a cargo do juiz.

A opção principiológica do legislador estatutário responde à dinâmica e ao contexto político de elaboração da norma. Como já mencionado, o ECA promove quase uma “revolução” jurídica, na medida em que reconhece direitos a crianças e adolescentes, na qualidade de sujeitos de direitos, quando outrora estavam excluídos por completo das prioridades e finalidades do Estado.

Esta técnica legislativa posterga de certa forma a atividade legiferante para situações-limite, já que ao intérprete cabe a adequação do princípio ao caso concreto. Em outras palavras, significa dizer que o juiz, ao decidir, legisla diante do elevado número, por exemplo, de princípios estatutários ainda não regulamentados.

²⁷³ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. op.cit., p.624.

E, conforme analisa Perelman, é “a dialética entre o legislativo e o poder judiciário, entre a doutrina e a autoridade, entre o poder e a opinião pública, que faz a vida do direito e lhe permite conciliar a estabilidade e a mudança”²⁷⁴.

Cabe aqui destacar, na esteira do pensamento habermasiano, que tal qual advertiu Gadamer, existe uma inegável incidibilidade entre aplicação e interpretação e de igual maneira não há como separar o Direito da Moral²⁷⁵.

A redução do direito à lei, ou a chamada “absolutização da norma”, no dizer de Heron Gordilho²⁷⁶, permite constatar que positividade e decisão podem ser vistas como correlatas, e mesmo as tentativas modernas de fazer da ciência jurídica uma ciência da norma como se dá na Teoria Pura kelseniana não lograram afastar o problema do comportamento humano e suas implicações na elaboração e aplicação do direito. Assim, os intentos em separar o direito e os demais fenômenos culturais, como a política, a religião e a economia, não são capazes de se sustentar em face das limitações do pensamento científico-jurídico.

Na pós-modernidade, o Direito é desafiado a encarar o mito da neutralidade, uma vez que o objeto central da Ciência do Direito não é nem a positividade nem o conjunto das normas positivas, mas o próprio homem que, do interior da positividade jurídica que o envolve, se representa, discursivamente, no sentido das normas ou proposições prescritivas que ele mesmo estabelece, obtendo, afinal, uma representação da própria positividade.

Neste sentido, a abordagem jurídica pós-moderna aproxima o Direito da sociologia, pois enquanto aquela cuida dos objetos culturais na lógica do ser, o Direito cuida dos objetos culturais na lógica do dever ser.

Outra constatação importante está no reconhecimento do papel da doutrina como precioso instrumento auxiliar da justiça, no sentido de fornecer as justificações que permitam restringir ou ampliar o alcance das regras de direito de uma forma aceitável

²⁷⁴ PERELMAN, op.cit, p.631.

²⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade**. v. 1. Tradução de Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.191.

²⁷⁶ GORDILHO, Heron José de Santana. *Por uma dogmática Pós-Moderna*. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. – Homenagem ao Prof. Orlando Gomes. ano 2008.1.

pelas Cortes e Tribunais. É na medida em que elas fornecem as razões de uma solução aceitável que serão adotadas pela jurisprudência. Elas se empenham, através de sua argumentação, em convencer os legisladores, os juízes e a opinião pública de que, sobre esses dois pontos, o caráter aceitável das soluções e o valor das justificações são preferíveis às concepções concorrentes.

Neste aspecto a fragilidade da doutrina jurídico-penal em matéria de responsabilidade penal de adolescentes é sem dúvida uma das razões para a informalidade dos procedimentos que resultam em privação da liberdade e violação de direitos. Acredita-se que é possível atribuir, parcialmente, esse procedimento a um sistema anterior que limitava a abordagem do direito a poucos e imprecisos dispositivos procedimentais. Como se pode constatar, para a boa doutrina penal brasileira, a questão se resumia, praticamente, ao bom senso e à prudência do magistrado (nem sempre presentes)²⁷⁷. Tais atitudes subjetivas supririam qualquer outro cuidado externo por parte do poder público. Não havia, desta forma, como construir um corpo doutrinário nem formar intérpretes e doutrinadores sobre tais bases. Este legado de exagerada atitude assistencial tem permitido que, mesmo sob a égide do Estatuto, as práticas judiciais atuais sejam ainda inspiradas, muitas vezes, no modelo anterior. Ou seja, a hesitação em adotar um modelo amplamente garantista para o adolescente tem permitido a discricionariedade na apuração da infração praticada e consequente aplicação da medida.

Como se pôde perceber da análise realizada, em seus 21 anos de vigência, o Estatuto da Criança e do Adolescente vem sendo interpretado de forma bastante homogênea pela jurisdição de primeiro grau, através de entendimentos em geral contrários aos principais pleitos da defesa. Observa-se uma inquestionável tendência de negação às suas teses na maioria dos Tribunais e uma cristalização de procedimentos irregulares se contrastados ao texto da Lei.

Não são poucos os exemplos que denotaram um automatismo na aplicação da medida de internação em desconsideração inclusive a regras expressamente indicadas pela legislação, como é o caso do princípio da excepcionalidade.

²⁷⁷ MINAHIM, Maria Auxiliadora (Coord. Cient.). Série Pensando o Direito. n° 26/2010. op.cit.

Observa-se de um lado, a dificuldade de superação da herança kelseniana do decisionismo e de outro que a discricionariedade foi reapropriada pelos procedimentos argumentativos, ou seja, sob o manto de uma racionalidade argumentativa ainda prevalece a subjetividade do decisor.

Finalmente, poder-se-ia atribuir a esta realidade interpretativa as dificuldades inerentes de uma legislação principiológica, posto que os princípios permitem uma comunicação mais aberta, um número indefinido de hipóteses, uma racionalidade material e não apenas lógico-formal e inevitavelmente enfrentam maiores dificuldades na formação e consolidação da jurisprudência.

Fato é que os juízes podem explorar, com um grau substantivo de liberdade, a polissemia, as ambiguidades, as lacunas e a elasticidade da legislação, resultando na aplicação e utilização das medidas de internação como intervenção psicossocial destinada a modificar o sujeito em franco alheamento às regras e princípios processuais penais de garantia. As medidas socioeducativas, aplicadas sem a observância do devido processo legal e do contraditório, constituem uma ferramenta de reforço da exclusão a que muitos ou a esmagadora maioria dos adolescentes estão expostos. A ironia é que no momento de sua imposição as medidas socioeducativas se sustentam num discurso compensatório, já que os adolescentes envolvidos com a prática de infrações penais sempre revelam em alguma fase de suas vidas direitos negligenciados²⁷⁸.

Deste modo, da interpretação e do discurso predominante, pode-se facilmente atestar, no funcionamento da Justiça da Infância e Juventude e secundariamente dos Tribunais – ou seja, de modo geral no Sistema de Justiça Juvenil brasileiro como um todo, uma forma atualizada de pedagogismo penal, fundado nos dois elementos que caracterizam os modelos tutelares em sede processual: a ausência de garantias e o amplo arbítrio judicial.

Da ausência de garantias, já se demonstrou, à luz do pensamento de Luigi Ferrajoli, que a ausência de normas nunca é neutra, a ausência de normas é sempre a regra do mais forte. Assoma que a utilização de critérios como a “vontade do legislador

²⁷⁸ A violação de direitos e a ausência de políticas de proteção reforçam contextos de violência doméstica, baixa escolaridade, defasagem escolar, precária inserção no mercado de trabalho, abandono e vivência institucional em abrigos ou vivência de rua.

estatutário” e sua suposta intenção inclinada à proteção dos adolescentes constituem-se como dimensões discursivas que legitimam o poder punitivo praticado e acobertam a discricionariedade.

Todos os aspectos até aqui trabalhados permitem concluir pela premente necessidade de formulação e consolidação de doutrina jurídica adequada. Muito embora se possa reportar a existência de um modelo de justiça juvenil no ordenamento jurídico brasileiro, há carência de uma construção doutrinária a respeito, que possa exercer auxílio interpretativo e sanar as enormes disparidades na compreensão do que é o ato infracional, do que são as medidas aplicáveis e, sobretudo, de como se sustenta a responsabilização dos menores de idade.

É na busca destes elementos da dogmática já existente que se desenha o objetivo central deste trabalho: traçar os elementos basilares de uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes.

PARTE II – FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE PENAL DE ADOLESCENTES

Notas Introdutórias

Como já colocado de manifesto, a intenção do presente estudo é traçar os principais elementos para uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes. Tal objetivo necessariamente implica a adoção de alguns pontos de partida e pressupostos que possam iluminar as conclusões pretendidas.

Nesta direção, torna-se necessário definir e conceituar o que seja o próprio Direito Penal Juvenil, como ramo ou disciplina jurídica e, em consequência, definir também o ato infracional e a medida socioeducativa.

Estes conceitos são fundamentais na delimitação do âmbito de incidência das regras e princípios do Estatuto da Criança e Adolescente, e mais que isso, na configuração de um sistema ou modelo próprio de atribuição de responsabilidade penal aos adolescentes. Ao configurar-se um modelo próprio como subsistema do sistema penal tradicional, emergem questões a serem respondidas e qualificadas como condição de adequação e coerência do próprio sistema. Estas questões dizem respeito exatamente à imputabilidade e à culpabilidade em suas consequências para a menoridade penal.

Em síntese, os aqui chamados elementos para uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes são a definição do Direito penal juvenil, o conceito de ato infracional, a natureza da medida socioeducativa, a inimputabilidade penal etária ou a imputabilidade penal *sui generis* dos adolescentes e por derradeiro, as dimensões de uma culpabilidade específica dos menores de 18 anos.

CAPÍTULO 4 – ELEMENTOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE PENAL JUVENIL

Este capítulo adota uma perspectiva descritivo-analítica para definir e conceituar o Direito penal juvenil, o ato infracional, as medidas sancionatórias aplicáveis aos adolescentes, chamadas de medidas socioeducativas no ordenamento jurídico brasileiro, e o conceito de inimputabilidade penal etária que fundamenta e legitima a existência de um sistema penal diverso do tradicional de adultos para a imputação de responsabilidade aos menores de 18 anos. Entendidos como pressupostos da Responsabilidade penal juvenil são, por conseguinte, elementos da teoria que ora se pretende esboçar.

4.1 O Direito Penal Juvenil

Há uma extensa variedade de autores estrangeiros que se dedicam a definir o Direito Penal juvenil. Nas lições de Higuera Guimerá²⁷⁹ trata-se de um Direito penal especial, que integra o Direito penal, e orienta-se fundamentalmente para a prevenção especial positiva²⁸⁰ em seu aspecto educativo.

Claus Roxin²⁸¹, na obra **Derecho Penal – Parte General**, assinala que não pelo âmbito das normas tratadas, mas sim pela classe especial de autor, o Direito Penal juvenil se converte em um campo de Direito próprio. Trata dos delitos cometidos por menores de idade e suas consequências (parcialmente penais), contendo preceitos especiais de Direito material e processual.

²⁷⁹ HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe. **Derecho Penal Juvenil**. Op. Cit. p.31

²⁸⁰ Como se sabe, a teoria da prevenção especial se ancora numa concepção de pena contrária àquela da teoria absoluta retributiva, cujo principal porta-voz foi Franz Von Liszt. Para ele, a prevenção especial pode atuar de três formas: assegurando a comunidade frente aos delinquentes, através do encarceramento dos mesmos; intimidando o autor, mediante a pena, para que não cometa futuros delitos, e preservando-lhe da reincidência através de sua correção. Evidentemente que o chamado Programa de Marburgo (1882) de Von Liszt foi sendo aperfeiçoado ao longo dos anos, até alcançar na atualidade uma expressão mais vinculada à ressocialização e à ideia de que se deve levar em conta as consequências que da pena se possa esperar para a vida futura do autor em sociedade. Mais recentemente, se desenvolveu ainda uma compreensão de que se deve buscar ajudar ao autor, não expulsá-lo nem marcá-lo, mas sim integrá-lo, como exigência do próprio Estado Democrático e Social de Direito. (ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General - Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. op. cit. 85)

²⁸¹ Idem. p.46

Esta parece ser uma posição relativamente pacífica na doutrina internacional²⁸². O Direito Penal juvenil corresponde às normas que regulam a responsabilidade penal dos menores de idade. Normas estas que pertencem ao Direito penal, contemplando situações nas quais se impõem consequências jurídico-penais aos autores de uma infração penal. A intervenção do *ius puniendi* do Estado, conforme assinala Vázquez González, surge única e exclusivamente por um motivo: o cometimento de uma infração penal (crime ou contravenção) por menores de idade, à qual se impõe uma reação jurídica voltada a prevenir futuras infrações.

No tocante às diferenciações entre o Direito penal de adultos e o Direito penal juvenil, destaca-se que repousam apenas no sistema de consequências jurídicas, e em alguma medida a depender do ordenamento jurídico em questão, em aspectos relativos às regras de autoria e participação, tentativa, desistência, atos preparatórios, erro, imprudência, e eximentes.

É importante tal consideração porque conforme adverte Zaffaroni²⁸³ dentre outros autores, no curso do século XX se configurou um Direito Penal juvenil de discutível autonomia científica. Fundado sob a ideologia tutelar, cumpriu a função de ocultar a carência de políticas sociais direcionadas à infância e juventude, utilizando-se dos conceitos de situação irregular e abandono material e moral, admitindo-se assim uma indiscriminada intervenção judicial²⁸⁴.

Faz-se necessário reforçar que a legislação afeta à responsabilidade de adolescentes é parte do ordenamento jurídico de um Estado de Direito e que como tal, deve contemplar todas as garantias e limites ao exercício do poder punitivo das agências administrativas e judiciais. Aliás, este campo exige redobrados cuidados, que desprezados ao longo da história levaram a aberrações e autoritarismos extremos²⁸⁵.

²⁸² Opinião compartilhada por Vázquez González e outros na doutrina espanhola. (VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. (editor) **Derecho penal Juvenil**. Madrid: Editorial Dykinson, 2005, p.223.)

²⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal – Parte General**. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p.186.

²⁸⁴ Este modelo está descrito em detalhes na primeira parte deste trabalho.

²⁸⁵ Historicamente se comprova que as leis penais autoritárias sempre fizeram da tutela e da proteção seu principal pretexto de intervenção desmedida. Por isso, tratar o adolescente como um ser incapaz, legitimando sua institucionalização, produz efeitos deteriorantes agravados. A prisionização de adolescentes levada a cabo com o nome que se queira dar, provoca malefícios irreversíveis, pois são muito piores em um sujeito em idade evolutiva do que em um adulto.

Mesmo o principal impasse dogmático que se observa atualmente em relação à visão estereotipada do adolescente como ser incapaz tem origem na feição dos primeiros tribunais de menores, criados como tribunais paternais e desjuridicizados.

É preciso, portanto, superar a ideia de uma autonomia do Direito penal juvenil, pois em verdade esse pressupõe um cabal conhecimento prévio do Direito penal de adultos, ainda que apresente peculiaridades no que se refere às finalidades educativas de suas consequências.

Cabe ainda assinalar na esteira de Higuera Guimerá²⁸⁶ que a ciência do Direito penal juvenil é dogmático-jurídica, ou seja, se constitui em setor especializado da dogmática penal, através de um sistema de direito positivo juvenil cuja missão é a interpretação dos preceitos penais²⁸⁷.

Do ponto de vista das possíveis configurações do Direito penal material juvenil, Higuera Guimerá aponta três sistemas de possibilidades: o primeiro no qual há plena coincidência do Direito Penal juvenil e o Direito penal de adultos.

Esta coincidência se define pela idêntica configuração do campo de incidência de suas normas, ou seja, no tocante aos fatos delitivos de menores de idade coincidirem aos fatos delitivos também tipificados para os adultos. Trata-se daquilo que já se apontou neste estudo, de que tudo o que é definido como crime para os adultos também o é para os adolescentes²⁸⁸. Este é o sistema adotado pelo modelo de responsabilidade do Estatuto da Criança e do Adolescente no ordenamento jurídico brasileiro.

Sobre esta temática ganha substancial importância a regra 56 das Diretrizes de Riad²⁸⁹ ao dispor que “a fim de impedir que se prossiga a estigmatização, vitimização e incriminação dos adolescentes e jovens, as legislações dos países não poderão considerar delitivos para estes, fatos que não o sejam para os adultos”. Em outras

²⁸⁶ HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe. **Derecho Penal Juvenil**. Op. Cit. p.75.

²⁸⁷ Vale dizer que não só a dogmática penal juvenil, mas também a dogmática penal como um todo, vêm abusando de fórmulas abstratas que muitas vezes conduzem a resultados de escasso rendimento prático. O desafio que se descortina é o de que os argumentos dogmáticos se caracterizem por sua clareza, precisão e adequação à realidade social sobre a qual incidem.

²⁸⁸ Para maior detalhamento, ver o item 1.8.1 deste trabalho, no qual se demonstra que adotando uma técnica de tipificação delegada, o Estatuto da Criança e do Adolescente configura um modelo de responsabilidade de adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro que se caracteriza pelas mesmas hipóteses legais aptas a sancionar o adulto.

²⁸⁹ Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad).

palavras, um adolescente somente pode ser acusado, processado e sancionado por fatos que ensejariam de igual forma, o funcionamento do sistema penal de adultos.

A segunda configuração possível é a de um sistema amplo ou extenso de Direito penal juvenil correspondente à admissão de infrações que, não sendo puníveis para os adultos, o são para os menores de idade, tais como faltas escolares injustificadas, desobediências, embriaguez, etc. De plano, um sistema desta feição contrapõe-se ao princípio de que um menor de idade jamais seja sancionado quando um adulto não o seria. A adoção de um sistema de Direito penal juvenil desta natureza caracterizaria uma intervenção mais gravosa e repressiva aos menores de idade do que o próprio Direito penal de adultos.

Por último, a terceira configuração possível é a de um sistema restringido de Direito penal juvenil, no qual se admita a descriminalização primária para determinados fatos que, sendo puníveis aos adultos, deixem de o ser para os adolescentes. Tal configuração tem sido objeto de discussões frequentes e se interliga de certo modo à Teoria do Sujeito Responsável, de Bustos Ramirez e Hormazábal Malarée, já mencionada neste estudo²⁹⁰. De acordo com estes autores, cabe ao Estado demonstrar que disponibilizou todos os elementos necessários aos destinatários das normas para exigir responsabilidade dos mesmos. Considerando que a realidade de um adolescente não é a mesma de um adulto, o Direito deve adequar-se a esta situação, modelando diferenças em matéria de regulação.

Observa-se portanto quão atrasada encontra-se a doutrina brasileira na matéria, ao resistir em aceitar a existência de um direito penal juvenil, advogando por um suposto Direito Infracional²⁹¹. Este posicionamento retrógrado e inconsistente impede que se avance em termos doutrinários à luz do direito comparado.

²⁹⁰ Esta teoria aparece mencionada por primeira vez nas notas introdutórias da Primeira Parte deste estudo, precisamente à página 12.

²⁹¹ Exemplo categórico deste obscurantismo impregna por completo a obra de Alexandre Morais da Rosa que, pretendendo demonstrar erudição, nomeia superficialmente uma avalanche de autores, de Alessandro Baratta a Luigi Ferrajoli para rejeitar o Direito penal juvenil. Seu argumento parte de um ponto de partida equivocado. Acredita o autor em tela que a defesa da existência do Direito Penal juvenil se sustente na busca por segurança jurídica. Ledo engano. Não é só segurança jurídica que fundamenta tal constatação, mas sobretudo o grau de afetação aos direitos fundamentais dos adolescentes. A intervenção judicial que se realiza só ocorre porque ocorreu infração penal, e portanto tanto do ponto de vista do que a origina como de suas consequências, resta inegável a presença do direito penal. É como negar a chuva em um dia de tempestade. Aposta ainda o autor numa autonomia do que denomina Direito infracional e procura reforçar a negação do direito penal juvenil “por não ser o direito penal salutar nem aos imputáveis.”(sic). Ora, o que não se mostra salutar não é o direito penal, mas sim o funcionamento do sistema penal e suas

E o que é mais grave, opera em prejuízo dos adolescentes e em benefício de discursos repressivos, pois a negação de um direito penal juvenil é fonte, na opinião pública, de um forte sentimento de impunidade em relação aos adolescentes autores de infração penal, como se o direito penal lhes fosse indiferente. Alimenta o cíclico debate em favor da redução da idade penal²⁹², pois que setores conservadores se valem da ignorância popular para afirmar que no Brasil, diferentemente de outros países, os adolescentes não são punidos pelos crimes que praticam²⁹³.

Nas palavras de Sérgio Salomão Shecaira:

O sistema de responsabilização presente no Estatuto da Criança e do Adolescente pressupõe, pois, a existência de crime ou contravenção como causa objetiva, eficiente e necessária para o acionamento do sistema, sem prescindir das condições subjetivas (dolo ou culpa). Do ponto de vista objetivo, estabeleceu-se um sistema que não pode prescindir dos atos aos quais correspondem condutas descritas como crimes ou contravenções. Porém é variável a intensidade da responsabilização, porquanto há uma relativização do princípio da proporcionalidade em função do superior interesse da criança. Mas, reafirma-se, a dualidade da identificação entre ato infracional e crime ou contravenção não passa de um eufemismo, que na essência permite ainda mais compreender o estudo do tema como de um ramo do Direito Penal.

Tais considerações conduzem à própria definição de ato infracional e reforçam o que já se procurou detalhar no tocante à inegável presença do direito penal na origem da intervenção jurídica como nas suas conseqüências.

disfunções, como também não é salutar a vida de um adolescente numa unidade de privação de liberdade, ou seja, deixar de nomear as coisas pelo nome que têm não as torna automaticamente salutares. Por último e mais grave, sem detida análise, o autor afirma que culpabilidade e responsabilidade não são sinônimos atestando seu profundo desconhecimento sobre a obra de Claus Roxin, penalista contemporâneo cujos contributos têm revolucionado o chamado senso comum teórico do Direito penal, tão combatido por dito autor. Será? Se assim fosse, possivelmente Alexandre Moraes da Rosa soubesse que sob as bases da obra de Roxin há uma premente aproximação entre os dois conceitos: culpabilidade e responsabilidade. Não é também por outro motivo que neste trabalho se faz a expressa opção por uma teoria da responsabilidade dos adolescentes.

²⁹² Sempre que um crime violento é praticado com a presença ou a participação de um adolescente, o tema da redução da idade penal retorna ao debate público. E em decorrência disso, desde 1999 a questão vem sendo discutida pelo Congresso Brasileiro, em diferentes Propostas de Emenda à Constituição Federal (PECs).

²⁹³ O primeiro passo em direção à desconstrução dos eufemismos e confusões conceituais que pairam sobre o tema da redução da idade penal está no reconhecimento de que os adolescentes, pessoas compreendidas na faixa etária de 12 a 18 anos incompletos, são responsáveis ante o cometimento de qualquer conduta equiparada a crime ou contravenção penal. Essa responsabilidade é penal. Não há discussão nem dúvida de que a aplicação de uma medida socioeducativa equivale à aplicação de uma sanção penal. Trata-se da resposta sancionatória ao ato praticado pelo adolescente, e assim como as penas criminais, tais medidas socioeducativas são coercitivas, obrigatórias e restritivas de direitos individuais.

O Direito Penal Juvenil, desse modo, possui um variado número de princípios e regras que funcionam como limite ou garantia ante o poder punitivo. Para sua caracterização inicial, deve-se necessariamente partir de dois de seus fundamentos principais: o reconhecimento de uma responsabilidade especial a partir de certa idade – no caso o início da adolescência, fixado aos 12 anos de idade no ordenamento jurídico brasileiro e no modelo adotado pelo Estatuto – e a incorporação de um conjunto de garantias que limitam o poder punitivo do Estado e orientam uma reação ao delito juvenil que promova a integração social e a observância dos direitos da criança e do adolescente.

O estabelecimento de uma idade mínima para o início da responsabilidade juvenil deriva de várias recomendações de instrumentos internacionais; por exemplo, o item 4.1 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude, conhecidas como Regras de Beijing, estabelece:

Nos sistemas jurídicos que reconheçam o conceito de responsabilidade penal para jovens, seu começo não deverá fixar-se numa idade demasiado precoce, levando-se em conta as circunstâncias que acompanham a maturidade emocional, mental e intelectual.

Como dito, no Direito Brasileiro a idade de início da Responsabilidade Penal Juvenil está fixada em 12 anos. Como será discutido a seguir, se comparada a outros países, é uma idade relativamente baixa. Quando se deixa de encobrir a natureza penal das medidas aplicadas aos adolescentes a partir dos 12 anos, o debate da redução da idade penal resta vazio em conteúdo e utilidade. Como já disse, negar a existência de Responsabilidade Penal de Adolescentes no Direito Brasileiro é como negar a chuva em um dia de tempestade. Necessário, entretanto, é delimitar seus elementos de sustentação: ao lado da delimitação do Direito penal juvenil, o conceito de ato infracional oferece também outros aspectos importantes nesta configuração.

4.2 O Conceito Material de Ato Infracional

Quando se detalhou na primeira parte deste estudo o modelo de responsabilidade adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, cuidou-se também de conceituar preliminarmente o ato infracional²⁹⁴, de modo que não seria necessário repetir aquilo

²⁹⁴ Neste estudo, no item 1.8.1 aparece por primeira vez a conceituação de ato infracional.

que já se afirmou. Contudo, por questão de ordem metodológica, a opção é reinserir o conceito nesta segunda parte do trabalho com o intuito de nomeá-lo como um dos elementos basilares para a Teoria da Responsabilidade de adolescentes.

Afinal, o ato infracional é a condição material necessária para o acionamento do sistema de responsabilidade de adolescentes e à aplicação das medidas socioeducativas. A definição do artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente revela: “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.”

Portanto, a conduta praticada pelo adolescente somente se afigurar-se como ato infracional se, e somente se, contiver os mesmos aspectos que conformam a definição do crime, da infração penal²⁹⁵. 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, como já visto.

Uma possível classificação de crime e contravenção penal é a que os considera como espécies do gênero delito²⁹⁶. Desse modo, não se admite no ordenamento jurídico brasileiro a imposição de medida socioeducativa sem a existência de crime ou contravenção. Leciona Salomão Shecaira que por não haver diferença ontológica entre o crime e a contravenção, as duas modalidades de delito devem ser consideradas para a imputação subjetiva do fato ao infrator²⁹⁷.

Também as lições de Olympio de Sá Sotto Maior Neto²⁹⁸ são particularmente elucidativas neste aspecto:

Ao tempo em que o artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê considerar-se ato infracional a conduta como crime ou contravenção, que o artigo 112, caput também do Estatuto da Criança e do Adolescente indica, em rol taxativo (e não exemplificativo) quais são as medidas socioeducativas (e protetivas) aplicáveis aos adolescentes autores de atos infracionais, e que, ainda o

²⁹⁵ Ao tratar do princípio da legalidade, já se demonstrou que a definição de ato Infracional, ao remeter-se à conduta descrita como crime, está diretamente relacionada com a atribuição da pena pelo direito penal comum. E que a existência do ato infracional restringe-se às hipóteses legais aptas a sancionar o adulto.

²⁹⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Pena e Constituição – aspectos relevantes para sua aplicação e execução**. op. cit., p. 28.

²⁹⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil**. op. cit. p.167.

²⁹⁸ SOTTO MAIOR NETO, Olympio de Sá. “*Garantias Penais do Adolescente Autor de Ato Infracional*”. In: ILANUD/ ABMP/ SEDH/ UNFPA (orgs.). **Justiça, Adolescente, e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006, p.137.

artigo 114 do mesmo diploma legal estabelece que a imposição de qualquer das medidas socioeducativas pressupõe comprovação da autoria e materialidade da infração, indisputável resta que o princípio da legalidade passa a integrar o conjunto de garantias estabelecido em relação ao adolescente autor de ato infracional.

E como já delineado, das prescrições legais pode-se afirmar que ato infracional é toda conduta típica (crime ou contravenção penal), antijurídica e culpável (punível/reprovável). Daí derivar de suma importância a regra do artigo 189 do Estatuto, segundo a qual se determina à autoridade judiciária que não aplique qualquer medida desde que reconheça estar provada a inexistência do fato, não haver prova da existência do fato, não constituir o fato ato infracional ou não existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional.

Deste modo, 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.

Fala-se aqui de um conceito material de ato infracional, a exemplo do conceito material de delito, que conforme descreve a extensa maioria dos autores, se refere tanto à qualidade quanto ao conteúdo da atuação punível.

No escólio de Roxin²⁹⁹, o conceito material de delito é aquele que denota um critério político-criminal sobre o que se pode punir e o que se deve deixar impune, superando assim um conceito meramente formal de delito apenas adstrito à definição de direito positivo.

Luis Fernando Camargo Vidal³⁰⁰ traduz esta compreensão, ao abordar que:

Ao definir o ato infracional como a conduta criminosa ou contravencional, evidentemente a lei opera com o fenômeno da criminalidade na visão parcial do direito penal, pois se vale justamente da noção de mínimo ético que o define. Conseqüentemente, derivam do direito penal as regras de interpretação do ECA quanto ao ato infracional. O estabelecimento de garantias processuais, de hipóteses absolutórias, etc., previstas no ECA, comprova o raciocínio.

²⁹⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General – Tomo I – Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito.** op. cit. p.51.

³⁰⁰ VIDAL, Luis Fernando Camargo de Barros. *A irresponsabilidade penal do adolescente.* In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 18, p.88, abr-jun. 1997.

Em suma, o ato infracional é a condição indispensável para o acionamento do sistema de responsabilidade juvenil, assim como é o crime para o sistema penal tradicional. Por isso, o preenchimento de conteúdo material constitui elemento basilar da responsabilidade penal de adolscentes.

4.3. A Natureza Jurídica da Medida Socioeducativa

Representando o exercício do poder coercitivo do Estado e necessariamente implicando uma limitação ou restrição de direitos ou de liberdade, a medida socioeducativa imposta ao adolescente como resposta ou reação estatal ao cometimento do ato infracional tem inegável natureza penal, e de uma perspectiva estrutural qualitativa, não difere das penas.

Isto porque a medida socioeducativa cumpre o mesmo papel de controle social que a pena, possuindo finalidades e conteúdo assemelhados, diferindo apenas quanto ao sujeito destinatário. Isto é, como já dito, representa a política de controle social do delito na adolescência e funda-se no reconhecimento de que se adultos e adolescentes são seres em condições e realidades diferentes, também o Direito deve ajustar-se a tais diferenças.

Cerezo Mir³⁰¹ destaca que o Direito penal juvenil está essencialmente orientado aos fins da prevenção especial e marcadamente influenciado pelas normas de Direito internacional, especialmente pela Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. No caso da legislação espanhola, o referido autor demonstra que na própria Exposição de Motivos da lei se assume a natureza educativa das medidas sancionadoras, de especial intensidade e rejeita-se outras finalidades essenciais do Direito penal de adultos como a proporcionalidade entre o fato e a sanção, ou a intimidação dos destinatários da norma.

³⁰¹ CEREZO MIR, José. **Curso de Derecho Penal Español. Parte General – III Teoría Jurídica del Delito/ 2**. Madrid; Editorial Tecnos, 2001, p.86, *passim*.

Pondera, entretanto que as medidas sancionadoras são penas, ainda que não recebam este nome e se lhes atribua um maior acento na prevenção especial. Outros autores compartilham desta posição enfatizando o caráter penal das medidas dirigidas aos menores de 18 anos, ainda que fortemente voltadas à ressocialização, como o faz Cuello Contreras, dentre outros.

Por fim, arremata Cerezo Mir:

É inegável, portanto, que na eleição e aplicação das medidas, as exigências da prevenção especial joguem um papel importante, mas ainda que em menor medida também aquelas de reafirmação do ordenamento jurídico e de prevenção geral se fazem presentes. Ademais, não se aplicam medidas sancionadoras educativas se concorre alguma das eximentes do Código Penal (ou seja, alguma causa de justificação, de inimputabilidade, de exclusão da culpabilidade, ou alguma escusa absolutória).

Com todas as características de coerção penal, as medidas 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 sociais³⁰².

A principal distinção da medida socioeducativa em relação à pena está em sua dupla face: a sancionadora e a educativa. Porém, mesmo a pena criminal no Direito Penal tradicional possui sua face ressocializadora, em virtude da função de prevenção especial, sem a qual a pena seria meramente simbólica, retributiva e instrumentalizadora do ser humano.

Para os adolescentes, contudo, 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 jovem³⁰³.

³⁰² As lições de Mir Puig reforçam nossa conclusão quanto à existência de um Direito Penal Juvenil: “No Estado Democrático, o Direito Penal não deve somente defender a maioria dos delinquentes, mas também há de respeitar a dignidade do delinquente e buscar oferecer-lhe alternativas ao seu comportamento criminal” (MIR PUIG, Santiago. **Función de la Pena y Teoría del Delito en El Estado Social y Democrático de Derecho**. Op. cit., p. 34).

³⁰³ O conteúdo correspondente à prevenção especial, em se tratando das penas criminais, pode ser elucidado pelas disposições do artigo 41 da Lei de Execução Penal, concernentes ao direito a trabalho e remuneração e ao exercício de atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas desde que compatíveis com a execução da pena.

Olympio de Sá Souto Maior Neto³⁰⁴ também discute a aplicação da medida socioeducativa no marco da legislação brasileira, atrelada às necessidades pedagógicas do adolescente. Demonstra o autor que não existe prévia correlação entre o ato infracional praticado e a medida socioeducativa a ser aplicada:

Aliás mesmo tendo havido a prática de um ato infracional, o Estatuto da Criança e do Adolescente permite – atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional – a concessão de remissão como perdão puro e simples (portanto sem a inclusão de qualquer medida socioeducativa) em qualquer fase do processo, inclusive como forma de sua exclusão (v. arts. 126 e 127 do ECA). Por outro lado, a aplicação de medida socioeducativa não está vinculada aos parâmetros traçados no Código Penal para a dosimetria da pena (o chamado sistema trifásico de fixação da pena), nem mesmo à análise das denominadas circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, mas sim a princípios próprios indicados nos artigos 112, parágrafo 1º e 113 combinados com os artigos 99 e 100 todos do ECA (capacidade de cumprimento da medida pelo adolescente, as circunstâncias e gravidade da infração, as necessidades pedagógicas do adolescente, a preferência daquelas que visam ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, a possibilidade de aplicação isolada ou cumulativa e a possibilidade de sua substituição a qualquer tempo).

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 pena³⁰⁵.

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 educação³⁰⁶, o

³⁰⁴ SOTTO MAIOR NETO, Olympio de Sá. “*Garantias Penais do Adolescente Autor de Ato Infracional*”. In: ILANUD/ ABMP/ SEDH/ UNFPA (orgs.). **Justiça, Adolescente, e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. op.cit., p.140.

³⁰⁵ Miguel Polaino Navarrete assevera que tal seleção de condutas antijurídicas demonstra o Direito como um resultado da Política. Em se tratando da tipificação de delitos, esta adquire o caráter de política criminal (POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El Bien Jurídico en El Derecho Penal*. Sevilla: Editorial Católica Española – Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974, p. 115).

³⁰⁶ FRASSETO, Flávio Américo. *Pela necessidade de uma doutrina do processo de execução de medidas sócio-educativas*. Relatório do 19º Congresso Brasileiro de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude. Belém/ Pará, 2001.

que em última instância significa que a intervenção do Estado diante do cometimento de um ato ilícito e antijurídico por um adolescente não se move pelo castigo, nem tampouco pela retribuição.

Esta dupla face educativa-pedagógica e sancionadora encontra respaldo no documento do SINASE³⁰⁷ ao definir as medidas no âmbito do sistema nacional de atendimento:

As medidas socioeducativas possuem em sua concepção básica uma natureza sancionatória, vez que responsabilizam judicialmente os adolescentes, estabelecendo restrições legais e, sobretudo, uma natureza socio-pedagógica, haja vista que sua execução está condicionada a garantia de direitos e ao desenvolvimento de ações educativas que visem a formação da cidadania. Dessa forma, a sua operacionalização inscreve-se na perspectiva Ético-pedagógica³⁰⁸.

Conforme enfatiza Flávio Frasseto³⁰⁹, ainda que evitasse admitir o caráter penal das medidas, reconheceu o SINASE³¹⁰ que a medida, sendo sanção, implica o uso da força pelo Estado para impor-se na forma de restrição de alguns direitos dos adolescentes. E sendo sanção, acrescenta ele:

a medida implica uma resposta do estado à ação transgressora do adolescente, resposta que lhe gera uma consequência indesejada (por isso coercitiva) de restrição de direitos. Na verdade, a característica básica da sanção é que ela se impõe e deve ser cumprida independentemente da concordância ou não do sancionado.

³⁰⁷ Ficha elaborada pela Biblioteca do Ministério da Justiça B823s Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Sistema Nacional De Atendimento Socioeducativo -SINASE/ Secretaria Especial dos Direitos Humanos – Brasília-DF: CONANDA, 2006.

³⁰⁸ Dito de outra forma, “Medidas socioeducativas são responsabilizadoras, de natureza sancionatória e conteúdo socioeducativo, aplicadas somente a adolescentes sentenciados em razão do cometimento de ato infracional”. Documento do SINASE, p. 52

³⁰⁹ FRASSETO, Flávio Américo. *Medidas socioeducativas: do debate sobre natureza aos parâmetros legais de aplicação e execução*. In: MATRIZ CURRICULAR DE FORMAÇÃO CONTINUADA DO SINASE, no prelo, 2011.

³¹⁰ Flávio Frasseto no mesmo texto em epígrafe destaca que: “Muito longe estamos de dizer que o SINASE filiou-se à doutrina do Direito Penal Juvenil. O que não se pode negar, todavia, é que o documento incorporou em seus princípios norteadores básicos, traços importantes da perspectiva penal da medida, algo que se mostrava até há pouco anos quase que incogitável”. Basta recuperar os anais da V Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, realizada em 2003, em Brasília, nos quais tirou-se a seguinte moção: “Moção de repúdio à redução da idade penal do Direito Penal Juvenil e à alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente”. A leitura dos anais da Conferência, contudo, não permite concluir que o repúdio ao “direito penal juvenil” corresponda a algo substancialmente distinto do repúdio à redução da maioridade penal referido e, portanto, ao modelo de direito penal juvenil aqui descrito (conferir os anais da conferência no endereço <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/conanda/anais.pdf>.)

Na linha de uma espécie de teoria mista da medida, ou teoria da dupla face da medida, admitindo seu caráter híbrido, a opção aqui adotada corresponde a identificar na sanção aplicável ao adolescente, a pertinência jurídica e a pertinência pedagógica, de forma conjunta e concomitante. Toda e qualquer intervenção somente se legitimaria se demonstrada a dupla pertinência.

Segue-se neste aspecto a proposta defendida por Tonial³¹¹:

a medida socioeducativa, seja ela qual for, tem uma natureza híbrida: pedagógico-sancionatória. é uma sanção finalisticamente dirigida a uma proposta pedagógica, sem a qual não poderá ser aplicada. A sanção somente se fundamenta pedagogicamente e, como o reverso de uma mesma moeda, a medida pedagógica somente é defensável como resposta à uma conduta infracional. Há uma evidente vinculação umbilical entre uma finalidade e a outra. Desta natureza híbrida, portanto, extraímos a conclusão de que a aplicação da medida socioeducativa não pode ser tratada exclusivamente como resposta à uma necessidade pedagógica. (...) De outro lado, não podemos tolerar que quaisquer das medidas socioeducativas sejam aplicadas com uma finalidade exclusivamente sancionatória, sem qualquer finalidade pedagógica.

Por fim, não se poderia deixar de evocar os ensinamentos de Antonio Carlos Gomes da Gosta que, no artigo intitulado Pedagogia e Justiça³¹², isola a polêmica a partir das diferentes perspectivas que pedagogos (com a visão mais tutelar) e juristas (com a visão mais penal juvenil, garantista³¹³) têm da natureza da medida socioeducativa. Para ele, a medida socioeducativa deve responder simultaneamente a duas ordens de exigência:

deve ser uma reação punitiva da sociedade ao delito cometido pelo adolescente [perspectiva dos juristas] e ao mesmo tempo deve contribuir para o seu desenvolvimento como pessoa e cidadão [perspectiva dos pedagogos](...) o desafio é localizar um território comum em que pedagogos e juristas possam se encontrar e a partir da perspectiva de cada um, lançar as bases de um relacionamento construtivo e maduro, este território – não tenho nenhuma dúvida – é o da **responsabilização** do adolescente.

Como se vê, as medidas socioeducativas são uma modalidade específica de consequência jurídica derivada do delito.

³¹¹ Disponível em http://jjj.tj.rs.gov.br/jjj_site/docs/DOCTRINA/TEXTO+CLEBER.HTM

³¹² Disponível em <http://www.abmp.org.br/textos/2522.htm> Acesso em 13 de julho de 2011.

³¹³ Garantista aqui como vinculação aos fundamentos e postulados da Teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli.

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 cidadãos³¹⁴.

Essas características do Direito Penal Juvenil estão traduzidas nas regras 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:

- 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 constatado, 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.

³¹⁴ MIR PUIG, Santiago. **Funcion de la Pena y Teoria del Delito en El Estado Social y Democrático de Derecho**. 2ª ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1982.

4.4. Inimputabilidade Penal Etária e Menoridade Penal

4.4.1. Considerações Iniciais

Conforme ensina René Ariel Dotti, dogma, palavra de origem grega, significa aquilo que parece. Na acepção comum, o dogma é o ponto fundamental e indiscutível de uma doutrina religiosa e, por extensão, qualquer disciplina ou sistema científico. Por isso, a dogmática consiste na tendência científica de estudar o direito positivo vigente de modo sistemático e dedutivo³¹⁵.

Como exemplos de dogmas no sistema penal, podem ser citados a) a anterioridade da lei que define os crimes e estabelece as penas, b) a retroatividade da lei mais benigna, c) a irretroatividade da lei mais grave, d) a inimputabilidade dos menores de 18 anos. Isto porque os princípios e as regras que informam a solução jurídica têm um caráter dogmático, ou seja, assumem uma atitude sistemática de afirmação e são inatingíveis pelo relativismo polêmico.

Nesta dimensão, a discussão da imputabilidade é eminentemente dogmática, posto sua natureza e função no sistema e na ciência do Direito penal. Contudo, naquilo que respeita aos menores de idade, sua construção sempre esteve atrelada à ideia de incapacidade dos sujeitos, noção esta herdada do Direito Civil. Bettiol, na obra **O Problema Penal**, já criticava a mentalidade civilista e a transposição de conceitos sem a devida reflexão no campo penal como se o Direito Penal não fosse mais que um complemento do Direito Civil:

um conjunto de defesas dispostas para a proteção de particulares, posições de privilégios dos indivíduos ou da coletividade e não um complexo autônomo de normas que, além de serem destinadas a funções de tutela, fossem expressões de muito mais altas exigências sociais e morais³¹⁶

³¹⁵ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 46.

³¹⁶ BETTIOL, Giuseppe. **El problema penal**. Trad. Jose Luis Guzman Dalbora. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1995.

Também Hungria³¹⁷, no artigo “A pandectização do Direito penal”, denunciou a “deplorável transfusão de sangue” que a ciência penal recebeu do Direito Civil. Em suas palavras:

Os critérios civilísticos aplicados à elaboração científica do direito penal foram como gafanhotos em campo cultivado. A simbiose deu em anemia profunda do direito penal ou num produto híbrido sem fibra e sem fôlego.

Além disso, enfatiza-se que a relação punitiva passa a ser uma relação de débito. O delinquente deixa de ser um trecho vivo de humanidade para ser o sujeito devedor da pena. E como assevera Dotti: “Mais uma polegada e o crime seria uma espécie de contrato por adesão: o delinquente aceita a obrigação de sofrer a pena para ter direito à ação criminosa”³¹⁸.

Tanto Bettiol³¹⁹ como Antolisei³²⁰ rechaçaram esta tendência de privatização da ciência penal, sustentando de um lado que a dogmática deve inspirar-se em critérios de realidade e que o Direito Penal não pode ser concebido como pura forma. De outro, que o preceito civil e o preceito penal possuem uma diferença ontológica em razão do objeto que tutelam: o preceito civil destina-se à salvaguarda de um interesse privado, enquanto o preceito penal se destina à tutela de um interesse geral, ou melhor, de um valor social.

A distinção dogmática entre imputáveis e inimputáveis se assenta sobre o princípio da culpabilidade e sobre a máxima *nulla poena sine culpa* que representa um dos pilares de todo o sistema de Direito Penal. Inclusive a distinção, via de regra, indica os imputáveis como capazes de culpa e os inimputáveis como incapazes de culpa. Entretanto, a rejeição da periculosidade como fundamento ou limite da pena, nos Estados democráticos de Direito, entra em contradição com a imposição de sanções preponderantemente preventivas fundadas no caráter fluido do estado perigoso, como ocorre com os menores de 18 anos. A exigência democrática de que a culpa pelo ato concreto deva ser a base sobre a qual incidam a qualidade e quantidade da sanção, é estranhamente afastada da imposição de medidas coercitivas e sancionatórias aos

³¹⁷ HUNGRIA, Nelson. *A pandectização do Direito Penal*. In: Comentários ao Código Penal, Rio de Janeiro: Forense, vol. I, tomo II, p. 448/449.

³¹⁸ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**, op. cit., p. 51.

³¹⁹ BETTIOL, Giuseppe. **El Problema Penal**. op. cit.

³²⁰ ANTOLISEI apud DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**, op. cit.

adolescentes autores de infração penal. E é justamente o que na dogmática do presente precisa ser revisto.

Levando-se em conta que a ciência do Direito Penal e em particular do Direito Penal Juvenil é em primeiro termo dogmático-jurídica – ou seja, trata-se de um Sistema de Direito Penal (juvenil) positivo, seu método é principalmente lógico abstrato e procede a generalizações. Conforme detalhou Antón Oneca, a dogmática do Direito Penal juvenil parte da interpretação dos preceitos penais, e esta é sua missão³²¹. Daí a evidente e inadiável discussão sobre a imputabilidade e seus efeitos sobre a menoridade e a responsabilização dos adolescentes.

4.4.2. Sobre a Imputabilidade

A imputabilidade é dos temas mais recorrentes ao longo da história do Direito Penal, mais precisamente da dogmática penal, já que guarda estreita relação com a determinação da responsabilidade penal, tema de centralidade indiscutível no estudo das consequências jurídicas do delito.

O tema adquire ainda maior complexidade diante da definição da responsabilidade penal de menores de idade, tendo em vista que, em grande parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, o menor de idade se situa abaixo da idade de fixação da responsabilidade penal de adultos fixada, na maioria nos Códigos Penais, aos 18 anos de vida. Esta fixação corresponde à linha divisória entre imputáveis e imputáveis, como ocorre no Direito Penal Brasileiro, ocasionando um conjunto de problemas metodológicos e dogmáticos como se procurará discutir. A começar pela negação da capacidade de culpabilidade aos menores de idade e outras dificuldades na diferenciação entre as medidas aplicáveis aos menores, das medidas endereçadas aos adultos e das penas propriamente ditas. Há autores que sinalizam a existência de um sistema penal paralelo³²², ou ainda uma fraude de etiqueta³²³ ou de classificação nesta distinção.

³²¹ Muitos autores, contudo, advertem que o maior risco para a Dogmática é tomar como verdade postulados políticos, religiosos ou científicos emitidos por ordens ideológicas. Ver PECES-BARBA, G. **El pecado de la ignorancia**. In: Tercera del Diário ABC, Madrid, 13 de noviembre de 1998.

³²² Tomando a discussão de Eugenio Raul Zaffaroni sobre Sistemas Penais Paralelos, compreende-se que o discurso estruturante do sistema penal formal do Estado deixa de lado uma enorme parte do poder punitivo exercido por outras agências que têm fun es manifestas bem diversas, mas cuja fun o latente

Esta burla de etiquetas ou de classificação permite que o Direito Penal de Culpabilidade³²⁴, com todas as suas imperfeições, porém também com suas garantias, seja substituído por um Sistema de Controle Social, “oficialmente” não penal mas extremamente eficaz do ponto de vista da incidência sobre a liberdade dos potenciais infratores da ordem, já que não limitado pelos princípios penais clássicos.

A inimputabilidade como instituto jurídico que divide o universo dos infratores da lei em dois blocos distintos – capazes e incapazes, produz uma bifurcação no sistema penal: de um lado, o direito penal clássico de culpabilidade; de outro, o positivismo criminológico, o direito de periculosidade para os inimputáveis.

Como leciona Claus Roxin, o Direito Penal em sentido formal é definido por sanções, pena ou medida de segurança, sendo que toda pena pressupõe culpabilidade do sujeito quando do cometimento do fato no passado; e em contrapartida, toda medida de segurança pressupõe uma periculosidade continuada do sujeito para o futuro³²⁵.

Em sua definição sobre o Direito Penal Material, Roxin ainda destaca a necessidade de associação do Direito Penal com outros campos assemelhados para a regulação adequada da Justiça Penal e dos esforços legislativos e científicos em torno do fato delitivo, do autor e da persecução penal. Segundo ele, os mais importantes destes campos jurídicos vizinhos são o Direito Processual Penal, o Direito de imputação da pena, o Direito Penitenciário, a Criminologia e o Direito Penal Juvenil³²⁶.

de controle social punitivo não é diferente da penal. Desvela-se deste modo, uma complexa rede de poder punitivo exercido por sistemas penais paralelos. Ilustram bem esta rede paralela o exercício de um poder de institucionalização manicomial exercido pelos médicos, a institucionalização de pobres urbanos das ruas ou de pessoas idosas por autoridades assistenciais e finalmente o funcionamento dos juizados da infância e juventude. Importante ainda verificar que é comum o discurso penal legitimar esses sistemas penais paralelos como alheios ao direito penal. Chamados por Zaffaroni como elementos negativos do discurso jurídico-penal dominante, explicam não ser *juridicamente* poder punitivo aquilo que, em realidade, é poder punitivo, bem como não ser pena aquilo que pena é. ZAFFARONI, Eugenio, Raul; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho Penal: parte general**, op. cit.

³²³ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. **Inimputabilidad y Sistema Penal**. Colombia: Editorial Temis, 1996.

³²⁴ Entendido como conjunto de garantias de legalidade, segurança jurídica, igualdade perante a lei, respeito à dignidade humana, entre outros aspectos próprios do Estado Democrático de Direito.

³²⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General, Tomo I – Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito**. Ed. 3. Madri: Civitas Ediciones, 2003, p.42.

³²⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General**, op.cit, p. 44.

Maria Auxiliadora Minahim, na obra **Direito Penal da Emoção**, coloca em evidência esta discussão, demonstrando que a redução da imputabilidade a uma fórmula jurídica não logrou o alcance de uma solução definitiva. Ao contrário, ainda é fonte de polêmicas e contradições, destacando a autora que através dos dispositivos especiais das legislações, as normas acabam por revelar os sentimentos dominantes no tratamento com a infância e adolescência criminosas³²⁷.

Como sublinha Muñoz Conde, a periculosidade no lugar da culpabilidade permite a repressão de condutas à margem do princípio da legalidade. Sob o manto da periculosidade, a intervenção do Estado sobre adolescentes menores de 18 anos se realizou e ainda se realiza através do binômio menoridade/periculosidade de forma praticamente ilimitada, como no caso dos doentes mentais³²⁸. De maneira geral, o conceito de imputabilidade como construção dogmática do século XIX favoreceu a separação dos sujeitos submetidos ao ordenamento jurídico penal em duas classes ou categorias distintas, permitindo ainda a coexistência de um Direito Penal de periculosidade para os inimputáveis, ao lado do Direito penal clássico fundado nas ideias de castigo e responsabilização pelo mal causado para os imputáveis.

Historicamente, três fórmulas sustentaram as razões para atenuar ou excluir a responsabilidade penal de menores de idade: o critério psicológico, o biológico ou cronológico e o misto. O primeiro atende à capacidade de discernimento do menor de idade no momento de cometer o fato delitivo, enquanto o segundo consiste em estabelecer um limite de anos abaixo do qual, de maneira automática, se exclui a responsabilidade criminal; o terceiro combina ambos os critérios, de tal sorte que não é suficiente possuir determinado número de anos, mas também se exige no momento de cometimento do fato delitivo que o sujeito careça da capacidade necessária para compreender a ilicitude do fato e atuar conforme essa compreensão.

Deve-se observar que, de um lado, uma presunção *iuris et iure* de exclusão da responsabilidade criminal para uma *primeira idade* foi uma tendência universal, que de

³²⁷ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **O Direito Penal da Emoção: a inimputabilidade do menor**, op. cit., p. 48.

³²⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal y Control Social**. Bogotá: Editorial Temis, 2004b.

certo modo ainda se mantém³²⁹, e de outro, que a discussão do discernimento marcou o que denominamos de Etapa Penal Indiferenciada do Direito Penal Juvenil, uma vez que as penas aplicáveis aos menores de 18 anos eram as mesmas dos adultos, sendo inclusive aplicadas pela mesma jurisdição penal e muitas vezes executadas nos mesmos estabelecimentos destinados aos adultos.

Portanto, na Etapa Penal Indiferenciada do Direito Penal Juvenil, pode-se facilmente identificar uma fase de plena inimputabilidade correspondente à infância e outra de inimputabilidade condicionada correspondente à adolescência, na qual a pedra angular foi, durante um longo período, o discernimento³³⁰.

O discernimento por sua vez, nunca teve uma definição válida e uniforme, apesar de muitos esforços doutrinários. Não por acaso, o jurista Alimena assinalava que “talvez não exista outra questão em Direito Penal em que seja maior a discordância de opiniões”³³¹. Os distintos critérios, por exemplo, formulados por Jiménez de Asúa, de discernimento jurídico, moral, incluindo o social compreendido como conceito social de conteúdo educativo e considerando o entorno social do menor³³², na verdade, funcionavam conforme a conveniência de apreciação do Tribunal, ou seja, quando se acreditava que as penas poderiam ser úteis para os menores, a maior parte dos processos terminava com a declaração do discernimento, e do mesmo modo, quando se assinalava a inutilidade das penas em razão dos efeitos prejudiciais da prisão, a maior parte dos processos terminavam com a negação da existência do discernimento, como destacou o próprio Alimena³³³.

Importante, portanto, é observar que, com a aparição em 1920 dos primeiros Tribunais e Códigos de Menores, tem início um estudo do menor de idade a partir de uma

³²⁹ O critério etário adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, de que abaixo dos 12 anos a criança não pratica ato infracional e portanto não pode ser submetida a uma medida socioeducativa é um exemplo incontestado.

³³⁰ Entre outros, JIMÉNEZ DE ASÚA, em *La delincuencia juvenil y los Tribunales para niños*, 1929, p. 4, advertiu sobre a importância do discernimento como “pedra angular da inimputabilidade dos menores”.

³³¹ ALIMENA, B, 1916 apud VENTAS SASTRE, Rosa. **Estudio de la Minoría de Edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica**, op. cit., p.23.

³³² Consta que Jiménez de Asúa formulou quatro acepções para o termo “discernimento”: a aceção jurídica baseada na inteligência acerca da antijuridicidade do ato praticado; a moral, entendida como a inteligência para diferenciar o bem do mal e também o justo do injusto; um terceiro critério que combina os anteriores, moral e jurídico, e por fim o discernimento social baseado no caráter e instintos do menor e seu entorno. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.; ANTÓN ONCEA, J. **Derecho Penal conforme al Código penal de 1928**. Parte General. Tomo I. Madrid: PE, 1929, p. 238, *passim*.

³³³ ALIMENA, B, 1916 apud VENTAS SASTRE, Rosa. **Estudio de la Minoría de Edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica**, op. cit., p.23.

perspectiva psicológica e psiquiátrica, correspondente de um lado ao positivismo criminológico que se origina em finais do século XIX e de outro ao correcionalismo, cujo principal expoente foi o espanhol Dorado Montero.

Resumidamente, pode-se afirmar que esta etapa de especialização da matéria em um *Direito de Menores* teve como consequência a adoção do critério biológico puro (em oposição ao critério biopsicológico) como causa de inimputabilidade, e o consequente enfraquecimento do critério do discernimento, uma vez que o elemento cronológico se constitui como fato indiscutível que exclui qualquer questionamento acerca das capacidades intelectivas ou volitivas do sujeito com respeito a compreender o significado ilícito de seus atos.

Muito embora a eleição de um critério biológico ou cronológico puro possa ser compreendida como mais respeitosa da taxatividade que o princípio da legalidade exige, por outro lado foi o que permitiu com base no correcionalismo e na crença na reeducação do menor de idade, a construção de um sistema supostamente não penal, mas ainda mais repressivo. A vigência das legislações de menores e seus respectivos tribunais especiais se basearam nas ideias de prevenção e proteção. As palavras de Dorado Montero são especialmente ilustrativas: “o Direito Penal desapareceu em relação às crianças e aos jovens delinquentes, e se converteu em uma obra benéfica e humanitária, em um capítulo, se pode dizer, da pedagogia, da psiquiatria e da arte do bom governo”³³⁴.

Na descrição de Basileu Garcia acerca do conjunto de normas de se produziu nesta Etapa do Direito Penal Juvenil, que se convencionou chamar de Tutelar, destaca o papel conferido à periculosidade também no cenário jurídico brasileiro. O próprio Basileu indicou a incoerência e contradição do sistema que, ao conferir maior significado à periculosidade, permitia internar por tempo mais prolongado o autor de infração menos grave³³⁵.

³³⁴ DORADO MONTERO, P. *Los peritos médicos y la Justicia criminal*. Madrid, 1905, p. 211.

³³⁵ BASILEU GARCIA. *Instituições de Direito Penal*. Ed. 7. Vol. 1, Tomo 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

Curiosamente, apesar das reformas legislativas fortemente influenciadas pela Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente das Nações Unidas de 1989³³⁶, tal distorção ainda se observa em diversos sistemas de justiça juvenil, como é o caso brasileiro.

Apesar da adoção de uma nova legislação, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que superou por completo a doutrina da situação irregular³³⁷, manteve a indeterminação das medidas aplicadas³³⁸, cujo prazo se define pela avaliação psicológica e social do adolescente, via de regra realizada por um psicólogo ou assistente social.

Também como se depreende da redação dos artigos 26 e 27 do Código Penal Brasileiro vigente, a imputabilidade não possui definição, e sim sua negativa; aliás, o que ocorre na maioria dos Códigos Penais atuais³³⁹. A técnica legislativa de estabelecimento de marcos ou limites para a imputabilidade, definindo as categorias de inimputabilidade ou semi-imputabilidade a partir de uma enumeração dos sujeitos, deixa à doutrina a tarefa de sua delimitação conceitual.

Como destaca Cerezo Mir, no Código Penal espanhol, como na maior parte dos Códigos penais europeus, não se define a imputabilidade. A exceção é o Código Penal italiano, cujo artigo 85, parágrafo segundo, estabelece a imputabilidade como capacidade de entender e de querer. O mencionado artigo estabelece:

³³⁶ Apesar da ratificação da Convenção Internacional das Nações Unidas dos Direitos da Criança e do Adolescente por um número expressivo de países e todos os que compõem a região latino-americana, o não-reconhecimento das garantias processuais penais aplicáveis aos adultos acusados nos procedimentos de investigação, julgamento e punição de adolescentes em igual condição, revela que o movimento de reformas legislativas nos Estados Nacionais pós-Convenção não logrou modificar o funcionamento de seus Sistemas Judiciais. De acordo com Emilio Garcia Mendez, a vigência da Convenção alterou sensivelmente o panorama legislativo latino-americano, dando origem às chamadas Leis de Segunda Geração, por estarem claramente inspiradas na doutrina da proteção integral. O movimento de reformas legislativas pós-Convenção favoreceu um processo rico e heterogêneo, mas também muitas vezes contraditório. Dias depois da aprovação da Convenção, Colômbia aprovou por decreto 2.237 de 27 de novembro de 1989, um novo Código do Menor. Apesar de posterior à Convenção e de declarar-se sob sua inspiração, em seu conteúdo e forma a lei colombiana reproduz os mesmos vícios das antigas legislações de menores, representando portanto mera adequação formal aos princípios da Convenção. Meses depois, o Brasil aprova a lei federal 8.069 de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente resultado de uma construção compartilhada de especialistas, juristas e experiências governamentais e não-governamentais. Em 1992, Equador, Peru e Bolívia aprovam seus novos códigos. GARCIA MENDEZ, Emilio. **Infancia: De los Derechos y de la Justicia**. Ed. 2. Buenos Aires: Editora Del Puerto, 2004.

³³⁷ Conforme descreviam os Códigos de Menores, a situação irregular era compreendida como a situação de perigo, abandono ou perversão.

³³⁸ Em detalhe a reflexão do caráter indeterminado das medidas socioeducativas no item 2.6.2 do Capítulo 2 deste trabalho.

³³⁹ CERESO MIR, José. **Curso de Derecho Penal Español – Parte General. Tomo III. Teoría jurídica del Delito**. Madrid: Editorial Tecnos, 2001, p. 50.

Ninguém pode ser castigado por um fato previsto em lei como delito, se, no momento do cometimento era inimputável. É imputável aquele que tem a capacidade de entender e querer³⁴⁰.

Dada à quase inexistente tradição de um conceito de imputabilidade, pode-se observar distintas concepções da imputabilidade na história da ciência jurídico-penal³⁴¹: 1) capacidade de ação, 2) capacidade jurídica de dever, 3) capacidade de pena, 4) capacidade de entender e querer, 5) capacidade de compreender a ilicitude do fato e de atuar conforme esta compreensão (doutrina majoritária atual) e 6) capacidade de motivação ou normalidade motivacional.

4.4.2.1 Capacidade de Ação

A imputabilidade como capacidade de Ação é defendida fundamentalmente por autores como Binding, Von Hippel e Gerland³⁴². Para estes, a imputabilidade significa capacidade de atuar do sujeito, e por isso relaciona-se de forma mais ampla com o conceito de capacidade de agir, previsto em outros ramos do Direito. Neste sentido, também, a inimputabilidade suprime a capacidade de agir, afirmando-se que o inimputável não possui capacidade de ação.

A principal objeção desta abordagem reside no fato de que tanto o menor de idade como o alienado mental, embora inimputáveis, são capazes de atuar, ou dito de outra forma, na esteira dos ensinamentos de Mezger, podem querer e fazer algo correspondente à sua vontade³⁴³.

³⁴⁰ “Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha comeos, non era imputabile. / É imputabile chi ha la capacità d’ intendere e di volere”.

³⁴¹ Como assinala Lucía Martínez Garay, observa-se uma evolução histórica bastante agitada do conceito de imputabilidade, situado em praticamente todas as categorias dogmáticas que já existiram. O exemplo da doutrina alemã é suficiente: neste país, a imputabilidade foi considerada sucessivamente capacidade de pena, capacidade de ação, capacidade de dever e com isso pressuposto de antijuridicidade, capacidade de delito e capacidade de culpabilidade. MARTINEZ GARAY, Lucía. **La imputabilidad penal: Concepto, Fundamento, Naturaleza Jurídica y Elementos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 77.

³⁴² BINDING, VON HIPPEL, GERLAND apud JIMENES DE ASÚA, Luís. **Tratado de Derecho Penal**. La Culpabilidad. op. cit. p.83

³⁴³ MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal. Tomo II**. Traducción y notas de Derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz, 3. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957, p.49.

4.4.2.2 Capacidade de Dever

Nesta visão da imputabilidade como capacidade jurídica de dever, destacam-se Mertkel, Von Ferneck e Kohlrausch³⁴⁴, partindo da premissa de que o inimputável, por não ser capaz de agir culpavelmente, por conseqüência não cometerá também ato antijurídico algum. Evidente que tal posicionamento não pode prosperar, tendo em vista que a atuação do inimputável pode ser antijurídica, e quando delitiva pode inclusive gerar responsabilidade civil, o que reafirma a antijuridicidade de sua atuação.

Além disso, mesmo a imposição das medidas de segurança reafirma que os atos cometidos pelos inimputáveis são, além de típicos, antijurídicos.

4.4.2.3 Capacidade de Pena

Atrelando a imputabilidade à teoria da pena, autores como Feuerbach e Von Liszt³⁴⁵ compreendem-na como capacidade de pena. Feuerbach, partindo de uma concepção preventivo-geral, sustenta que a pena, em virtude da ameaça da lei, produz efeitos intimidatórios de modo que só é penalmente imputável a pessoa sobre a qual a lei possa produzir tal ameaça, resultando assim que a imputabilidade se defina como a possibilidade de impor a pena.

Von Liszt, por sua vez, adotando uma perspectiva preventivo-especial, considera que a pena deve voltar-se ao indivíduo, influenciando em sua conduta mediante motivos, e por isso é necessária sua aplicação sobre a pessoa, que de um modo especial possa produzir efeito.

As principais críticas repousam na constatação de que a imputabilidade é instituto que pertence à teoria do fato punível e não à teoria da pena³⁴⁶.

³⁴⁴ MERKEL, VON FERNECK, KOHLRAUSCH apud JIMENES DE ASÚA, Luís. **Tratado de Derecho Penal**. La Culpabilidad. op. cit. p.84.

³⁴⁵ FEUERBACH, VON LISZT apud JIMENES DE ASÚA, Luís. **Tratado de Derecho Penal**. La Culpabilidad. op. cit. p.81-82.

³⁴⁶ MEZGER, Edmundo. **Derecho Penal. Parte General – Libro de Estudio**. Traducción de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Din, 1958, p.202.

4.4.2.4 Capacidade de Entender e Querer

No bojo de uma concepção normativa da culpabilidade, desponta a conceituação da imputabilidade como capacidade de entender e querer, o que de plano implicaria que o sujeito, ao querer efetivamente o fato praticado, somente se localizaria no marco de uma culpabilidade dolosa. Aparte as críticas que assinalam que o dolo e a culpa dizem respeito à definição do injusto e não à culpabilidade, outras objeções repousam na constatação de que os inimputáveis, entre os quais estão os menores de idade e os loucos, também podem querer realizar o fato delitivo, evidenciando-se assim que a imputabilidade não pode ser definida como capacidade de conhecer e querer um resultado.

Um dos principais críticos desta concepção na doutrina penal espanhola é Cerezo Mir³⁴⁷, que adverte veementemente que “se faltava ao sujeito, por completo, a capacidade de entender e querer, resultariam excluídas a ação e a omissão como primeiro elemento do conceito de delito”. Na mesma direção, agrega Mir Puig³⁴⁸ que “o alienado mental pode saber que está matando a outra pessoa e querer fazê-lo.” Ademais completa:

Se o sujeito não é consciente em absoluto do fato que realiza, não lhe falta só a imputabilidade, mas também a própria presença de um comportamento humano, primeiro elemento do conceito de delito. Não lhe faltará somente a imputação pessoal, como a própria ação, e consequentemente a antijuridicidade³⁴⁹.

4.4.2.5 Capacidade de compreender a ilicitude do fato e de atuar conforme esta compreensão

Na atualidade, basicamente por influência da doutrina alemã, a doutrina penal majoritária tem substituído o termo imputabilidade pelo termo capacidade de culpabilidade, aludindo que na imputabilidade está a faculdade subjetiva do sujeito para que se lhe possa atribuir um comportamento antijurídico.

³⁴⁷ CERESO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, III. Teoría Jurídica del Delito/2*. Madrid: Editorial Tecnos, 2001, p.51.

³⁴⁸ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Editorial Reppetor, 2005.

³⁴⁹ *Ibidem*, p.579.

Os autores vinculados a esta moderna corrente doutrinária concebem a imputabilidade ou capacidade de culpabilidade como capacidade de compreender o caráter ilícito da conduta e agir conforme este entendimento.

Esta concepção também foi proposta por Aníbal Bruno, no escólio do pensamento de Mayer:

a imputabilidade como capacidade de entender e de querer, isto é, como o conjunto das condições de maturidade e sanidade mental que permitem ao agente conhecer o caráter ilícito do seu ato e determinar-se de acordo com esse conhecimento³⁵⁰.

Como o próprio Aníbal Bruno assinala, tal concepção possibilitou libertar o conceito jurídico de imputabilidade de sua velha carga metafísica. Destaca-se que, para o penalista, o importante é definir essa capacidade prática do agente de entender o ilícito do seu ato e de determinar-se segundo esse entendimento, portanto de tornar juridicamente reprovável o seu comportamento contrário ao dever³⁵¹.

Consequentemente, Bruno define como imputável o homem mentalmente desenvolvido e mentalmente são, que possui capacidade de entender o caráter criminoso do seu ato e de determinar-se de acordo com este entendimento. Acrescenta ainda que esta capacidade o homem adquire progressivamente, com o desenvolvimento físico e mental até atingir o seu crescimento completo. De modo que maturidade e sanidade são os dois elementos que integram a imputabilidade, com a sua consequência de plena capacidade de entender e querer.

Observa-se em certo sentido, uma aproximação também com a perspectiva anteriormente apresentada, qual seja, a da imputabilidade como capacidade de entender e querer. Contudo, para Bruno esta capacidade não importa em que o agente possa ter conhecimento de que o seu ato é definido na lei como crime, não importa na capacidade de consciência da sua antijuridicidade em sentido estrito; importa apenas na possibilidade para o agente de compreender que o seu comportamento é reprovado pela

³⁵⁰ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal. Parte Geral. Tomo II.** 3 ed. Fato Punível. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967, p.44.

³⁵¹ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal. Parte Geral. Tomo II.** op.cit, p.45.

ordem jurídica, não nos termos precisos de um conhecimento técnico, como o possui o jurista, mas nos limites em que pode compreender um leigo³⁵².

Também Welzel postulou esta compreensão, ressaltando que para a imputabilidade não é necessária a consciência de que se trata de fato contrário à lei, nem suficiente a compreensão de que se pratica simples ato oposto à moral, mas a consciência de que o fato constitui violação de norma social indispensável à vida em comunidade³⁵³.

4.4.2.6 Capacidade de Motivação

Esta última acepção do termo imputabilidade encontra eco principalmente na dogmática jurídico-penal espanhola, dentre autores como Francisco Muñoz Conde, Gomez Benitez, Bacigalupo e Berdugo Gomez, ainda que com nuances diferenciadoras entre si. De maneira geral, adotando a imputabilidade como capacidade de culpabilidade, defendem o conceito como conjunto de faculdades psíquicas e físicas mínimas, requeridas para um sujeito poder ser motivado pelos mandatos normativos. Em apertada síntese, seria a suficiente capacidade de motivação do autor pela norma penal.

Outros autores, a exemplo de Mir Puig³⁵⁴, chegam a agregar o conteúdo de normalidade à motivação, definindo a imputabilidade então como motivação ou motivabilidade normal. Nesta direção, é importante assentar que conforme preleciona Silva Sanchez:

Os imperativos do direito penal exercem uma forte influência sobre a motivação humana. Precisamente por esta razão, é que se entende que o ordenamento jurídico-penal dirige suas normas como diretrizes de conduta aos seus destinatários: porque se espera que as normas reforçadas pela ameaça da pena tenham sobre diferentes sujeitos, um efeito dissuasivo com respeito à prática de condutas delitivas.

Fato é que o conceito de imputabilidade sempre foi objeto de intensa polêmica, na mesma medida em que sempre esteve ligado ao problema do fundamento da

³⁵² Ibidem, Ibidem.

³⁵³ WELZEL, Hans. **Estudios de Derecho Penal. Estudios sobre el sistema de Derecho Penal. Causalidade y acción. Derecho Penal y Filosofia.** Traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Low. Montevideo/Buenos Aires: Editorial IBdef, Julio Cesar Faria Editor, 2003.

³⁵⁴ MIR PUIG. **Derecho Penal. Parte General.** op.cit.

responsabilidade penal, e de uma ou outra forma associado ao problema da culpabilidade.

Contudo, conforme pondera Lucía Martínez Garay³⁵⁵, nem sempre a relação imputabilidade/culpabilidade se refletiu nas concretas construções da teoria jurídica do delito. Em sua formulação descritiva, se pode conceber a imputabilidade

como estado de normalidade das faculdades psíquicas do sujeito no momento em que comete um fato tipificado como delito, o que torna possível que a ele se impute o fato delitivo e com isso as consequências jurídico-penais dele derivadas.³⁵⁶

Ocorre que tal capacidade de responsabilidade irá depender fundamentalmente do conceito de culpabilidade que se defenda. E por isso, enquanto alguns autores afirmam que é imputável quem é capaz de compreender o injusto de sua conduta assim como de dirigir sua atuação de acordo com essa compreensão, outros defendem ser imputável aquele que é motivável (normalmente) pelas normas jurídico-penais.

Assoma algumas questões indiscutidas, como, por exemplo, a natureza jurídica da imputabilidade como capacidade de culpabilidade, o que entretanto não afasta outro conjunto de problemas metodológicos.

Parece imperioso, portanto, proceder a uma revisão completa da imputabilidade como categoria dogmática, abordando-se sua natureza jurídica, seu fundamento e os elementos que a compõem, a fim de alcançar uma conceituação que melhor contribua com o avanço necessário do tema.

De modo geral, tanto na doutrina como na jurisprudência penal prevalece o entendimento de que a imputabilidade é uma categoria jurídica cujo primeiro elemento ou nível se refere a uma realidade biológica ou psicológica, ou seja, extrajurídica (o estado das capacidades mentais do autor no momento do cometimento dos atos), mas que por outro lado também contém a valoração normativa deste dado empírico.

³⁵⁵ MARTINEZ GARAY, Lucía. **La imputabilidad penal: Concepto, Fundamento, Naturaleza Jurídica y Elementos**. op. cit.

³⁵⁶ *Ibidem*, p 67.

No momento de fixação da imputabilidade ou inimputabilidade de um sujeito, o operador do direito não se limita a comprovar a existência ou não de determinados fenômenos psicológicos, mas também avalia a medida em que esses fenômenos resultam relevantes para fins de exculpação.

Ao longo da consolidação dos institutos penais, não faltam autores a defender a imputabilidade como algo essencialmente psicológico, e por isso distinta da culpabilidade, que se define como categoria estritamente normativa. Nesta posição, encontrava-se Jimenez de Asúa. Contudo, mais recentemente a tendência é destacar o componente jurídico ou valorativo da imputabilidade, sem que se perca o reconhecimento da necessária análise psicológica de seu conteúdo, de forma prévia à valoração penal.

Resulta que, conforme tal tendência, a imputabilidade se afiguraria como conceito misto, no qual não fica muito claro até onde vai o empírico ou onde começa o normativo.

Neste sentido, é interessante destacar duas dimensões contraditórias que vez por outra se apresentam: a primeira que concebe a imputabilidade não como algo dado abstratamente ou como característica geral do sujeito, mas sim decorrente de uma apreciação em concreto com referência a um ato em particular. Em sentido oposto, também se afirma ser a imputabilidade uma capacidade de caráter geral que existe ou não existe, independentemente do sujeito atuar ou não.

Tal paradoxo reflete justamente a contradição do conceito quando aplicado aos menores de idade. Se de um lado é possível afirmar, na esteira dos ensinamentos de Lucia Martinez Garay³⁵⁷, que na imputabilidade o que se valora não é se o sujeito pôde ou não entender o significado da sua conduta concreta, mas sim sua capacidade geral para compreender quais condutas estão proibidas pelo ordenamento jurídico e dirigir sua conduta de acordo com as normas jurídicas, de outra parte, a imputabilidade também é vista como status pessoal de alguns tipos de sujeitos. Em outras palavras, está-se diante de duas formas básicas de compreender o conceito: isenção concreta de

³⁵⁷ MARTINEZ GARAY, Lucía. **La imputabilidad penal: Concepto, Fundamento, Naturaleza Jurídica y Elementos**. op. cit. p 74.

responsabilidade por um fato cometido ou status pessoal ou designação de uma classe de sujeitos.

Em termos concretos, no entanto, ocorre que as leis adotadas a partir dos anos noventa em quase todo o mundo, de maneira geral reconhecem um tipo de responsabilidade distinta da do adulto para os menores de idade, que são concebidos desde logo como responsáveis por seus atos, ou seja, senhores e responsáveis por seus atos³⁵⁸.

Conforme define Gonzáles Zorrilla, seguindo as palavras de Gaetano De Leo:

reconhecer que em princípio, os menores de idade são responsáveis por seus atos significa simplesmente aceitar que suas ações lhes pertencem e que estão dotadas de sentido e valor para eles e para os demais. Em definitiva, evitar a prisão para os infratores menores de idade parece sem dúvida, oportuno; o que parece entretanto, absurdo e cientificamente infundado é motivar esta exclusão sobre a base de uma ausência de responsabilidade.³⁵⁹

Esta é a questão crucial frente ao desafio de construir uma Teoria da Responsabilidade penal de adolescentes. É imperioso analisar as possibilidades de manutenção do critério biológico nas legislações atuais, porém adotando-se um tratamento do menor de idade como sujeito de direitos e de seus atos.

Ressalte-se que esta questão tem justamente sido objeto de reflexão de diferentes foros e discussões, ocupando ainda importante posição em recomendações e diretrizes de instrumentos internacionais. Como demonstra Anina Lahalle³⁶⁰, o aspecto relacionado à responsabilização do jovem frente ao ato praticado é questão discutida não só nas Regras de Beijing, mas também na Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e nas Recomendações do Conselho da Europa.

³⁵⁸ Ao tratar o menor de idade como responsável por seus atos, busca-se superar a concepção do menor de idade como um ser inferior ou débil. Assim como descreveu Andrés Ibáñez, a Escola Correccionalista concebia o menor como um “adulto incompleto”, sem reconhecer seu grau de maturidade específico e seu desenvolvimento de acordo com sua idade. ANDRÉS IBAÑEZ, P. El Sistema Tutelar de Menores como Reacción penal reforzada. In: JIMÉNEZ BURILLO, J.; CLEMENTE, M. (Orgs.). **Psicología Social y Sistema Pena**. Madrid, 1986, p. 219.

³⁵⁹ GONZALEZ ZORRILLA, C. **Minoría de Edad Penal, imputabilidad y responsabilidad**. Documentación Jurídica, monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983, Vol.I, p.178.

³⁶⁰ LAHALLE, Anina. “As regras mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores”. São Paulo: I Encontro Nacional de Promotores de Justiça e Curadores de Menores, 1989.

Ao adentrar o tema da responsabilização, defende a autora um certo abandono da noção de responsabilidade penal: “Estamos diferenciando, portanto, a capacidade de entendimento ético-jurídico de cunho psicológico, de caráter universal, da capacidade necessária para uma sanção, fixada arbitrariamente pelo legislador de cada país”³⁶¹.

Além disso, como se pode observar, na ciência do direito penal sempre houve maior atenção ao limite de idade fixado como início da responsabilidade penal, deixando-se de lado a questão de como se dá a imputação pessoal de responsabilidade ao menor de idade. Estas questões relacionadas aos fins pretendidos pela intervenção penal e suas orientações também serão objeto da reflexão que ora se inicia.

Seu desenvolvimento tem também o objetivo de reforçar a compreensão preconizada por Claus Roxin, de que o Direito Penal Juvenil correspondendo a um Direito próprio, em decorrência da especificidade e das características dos autores, os menores de idade³⁶² reforça que a idéia de culpabilidade sempre esteve associada a problemas metajurídicos, como a liberdade de vontade ou o determinismo, a culpabilidade pelo caráter ou fato, expiação, retribuição e dignidade humana³⁶³. Não se trata, pois de estender o Direito Penal de adultos aos menores de idade, negando a especialidade do Sistema de Justiça Juvenil, tanto do ponto de vista da legislação como da jurisdição, que devem ser especializadas. Nem tampouco de tratar aos adolescentes como se adultos fossem quando do cometimento de infrações penais.

O desafio – que se procura abraçar neste estudo – se situa no reconhecimento de um Sistema Próprio de Responsabilidade para os Menores de idade, fundado em um modelo de responsabilidade diferenciado do modelo dos adultos. Ou seja, se situa na consolidação de um modelo de responsabilidade penal de adolescentes que de um lado lhes garanta as regras democráticas do devido processo legal e de outro elimine das práticas institucionais o legado das ideologias correcionais³⁶⁴ e da prevenção especial desmedida que subvertem as sanções jurídico-penais em suposto bem metajurídico³⁶⁵.

³⁶¹ Ibidem.

³⁶² ROXIN, Claus. **Derecho Penal** – Parte General, op.cit, p. 46.

³⁶³ ROXIN, Claus. **Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal**. Madrid: Editorial Réus, 1981, p.148.

³⁶⁴ SPOSATO, Karyna Batista. **Gato por lebre: a ideologia correcional no Estatuto da Criança e do Adolescente**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. N. 58 – janeiro/fevereiro de 2006. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

³⁶⁵ Conforme leciona Luigi Ferrajoli, as doutrinas e legislações penais de tipo genuinamente correcional se desenvolveram a partir da segunda metade do século XIX, muitas delas fundadas na visão da pena como medicina da alma – mais um bem que um mal para quem a sofre. Destacam-se as concepções do

4.4.3. Conceitos e Fundamentos da Imputabilidade

Como já mencionado, os Códigos Penais contemporâneos não chegam a definir a imputabilidade, mas simplesmente a enumerar os sujeitos que não a possuem a partir de limites ou categorias. No que se refere à evolução conceitual, a exemplo do ocorrido na Alemanha, pelo menos seis abordagens já foram formuladas e podem ser identificadas na doutrina penal: imputabilidade como capacidade de ação, capacidade jurídica de dever, capacidade de pena, capacidade de entender e querer, capacidade de compreender a ilicitude do fato e de agir conforme este entendimento e capacidade de motivação ou normalidade motivacional. Em todas elas, sem distinção, prevalece a ideia de capacidade, ou seja, subjaz alguma dimensão de capacidade que figura como pressuposto da imputabilidade.

A primeira dimensão, como capacidade de ação é a posição defendida por Binding³⁶⁶ e corresponde à capacidade do sujeito de agir, de modo que ao inimputável se considera suprimida tal capacidade. Em razão de tal supressão, derivam as principais objeções a esta teoria, pois tanto a criança como o enfermo mental, embora considerados inimputáveis, possuem capacidade de agir, são capazes de agir, de querer e realizar algo conforme sua vontade.

Já a segunda posição, também denominada “Teoria da Antijuridicidade”, foi sustentada por exemplo por Merkel³⁶⁷, ao equiparar a culpabilidade ao injusto, de modo que o inimputável uma vez incapaz de agir com culpabilidade, não comete conseqüentemente nenhum ato antijurídico. A resistência a esta formulação tem por fundamento principal o fato de que o inimputável possa estar obrigado juridicamente, como ocorre com a imposição de medidas de segurança e também diante de determinadas conseqüências civis geradas por seus próprios atos. Pode-se encontrar uma crítica contundente a esta posição em Carmona Castillo: “A aplicação das medidas de segurança previstas por

delito como patologia – enfermidade natural ou social ou até mesmo mal moral e da pena como tratamento. A inspiração se funda em uma espécie de pedagogismo penal e na percepção do poder punitivo como bem metajurídico. Em um Estado pedagogo, tutelar ou terapeuta, abrem-se as possibilidades para um direito penal máximo. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón** – Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Editorial Trotta, 1989.

³⁶⁶ BINDING apud JIMENES DE ASÚA, Luís. **Tratado de Derecho Penal**. La Culpabilidad. op. cit.

³⁶⁷ MERKEL apud JIMENES DE ASÚA, Luís. Idem.

nossa legislação punitiva supõe, entre outros requisitos, que os fatos cometidos pelo inimputável, além de típicos, sejam antijurídicos, ou seja, não justificados”³⁶⁸.

No tocante à terceira forma de compreender a imputabilidade como capacidade de pena, são retomadas as posições de Feuerbach e Von Liszt³⁶⁹. Feuerbach sustentava que a pena produz efeitos intimidatórios resultantes de sua ameaça, de modo que somente é imputável penalmente a pessoa sobre a qual a lei possa produzir efeitos decorrentes de sua ameaça, por isso se diz que sua posição parte de uma perspectiva preventiva geral da imputabilidade; sua influência gerou a chamada Teoria da Intimidação como fundamento da imputabilidade. Assim, baseando a imputabilidade na capacidade do sujeito de sentir a coação psicológica da pena, se define como imputável aquele que é dirigível em razão da eficácia da intimidação e, por conseguinte, inimputável aquele que não é.

Por sua parte, Von Liszt define a imputabilidade como a capacidade de conduzir-se socialmente. “Ou seja, de observar uma conduta que corresponda às exigências da vida política comum a todos os homens”³⁷⁰. E acrescenta que somente quando exista ou se suponha tal capacidade, a conduta antissocial poderá ser imputada como culpável. Seus ensinamentos indicam que sem imputabilidade, a culpabilidade e conseqüentemente o delito são impossíveis³⁷¹, pois concebe a imputabilidade como faculdade de determinação social, cuja essência descansa no conteúdo normal e na força motivadora das representações, sejam elas as normas gerais, jurídicas, morais ou religiosas. O importante é que para ele a imputabilidade supõe que a psique do autor disponha da riqueza necessária de representações para a completa valoração social.

Por isto, para Liszt, a missão do legislador não consiste na definição positiva da imputabilidade, e sim na descrição daqueles estados que excepcionalmente tornam a imputabilidade impossível. No entanto, propõe que da concepção negativa se possa induzir um conceito positivo da imputabilidade. Tomando como antecedentes os códigos austríaco e alemão, destaca dois elementos constitutivos da imputabilidade: a)

³⁶⁸ CARMONA CASTILLO, Gerardo A. **La Imputabilidad penal**. México: Porrúa, 1995.

³⁶⁹ FEUERBACH, VON LISZT apud JIMENES DE ASÚA, Luís. op. cit. p.81-82.

³⁷⁰ VON LISZT, Franz. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo 2. Tradução: Luis Jiménez de Asúa. Ed. 4. Madrid: Editorial Reus, 1999, p. 396.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 401.

capacidade de examinar a injustiça (ilegalidade) do ato, e b) capacidade de agir em conformidade com este exame.

Estes elementos convergem para que na definição de Liszt³⁷² a imputabilidade possa ser compreendida, por fim, como capacidade de agir em Direito Penal, ou seja, como a capacidade de realizar atos que tragam consigo as consequências penais da infração³⁷³. Em síntese, Liszt parte de um enfoque preventivo especial, ao considerar que a pena tem a potencialidade de influir na conduta do sujeito.

Este aspecto possui grande importância para a discussão da imputabilidade ou inimputabilidade dos menores de idade, pois como será objeto de análise posterior, demonstra que não só a partir da perspectiva dos pressupostos da intervenção penal, senão também das consequências jurídicas, a intervenção do Direito sobre os fatos cometidos por menores de idade se caracteriza como Direito Penal. E mais, o sistema de imputação do delito para os menores coincide com o de Direito Penal de Adultos. Em outras palavras, as bases para a exigência de responsabilidade dos menores de idade são as mesmas dos adultos³⁷⁴, tanto no que diz respeito aos pressupostos da intervenção como também das consequências ocasionadas³⁷⁵, uma vez que as medidas aplicáveis em muito se parecem com as penas pelo seu conteúdo aflictivo e sua natureza coativa.

Liszt³⁷⁶ ainda relembra que o conceito de imputabilidade é relativo, porque esta capacidade ora existe, ora pode faltar no mesmo homem. O que indica que separação entre delinquentes responsáveis e irresponsáveis, e também a brusca oposição entre penas e medidas de segurança, é essencialmente falsa. A mesma falsidade se pode reconhecer talvez com maior intensidade em ordenamentos como o brasileiro, nos quais se estabelece a inimputabilidade por razão de idade como uma presunção *iure et de iure*, e o déficit de idade é compreendido como causa absoluta de inimputabilidade.

³⁷² VON LISZT, Franz. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo 2. op.cit., p. 396.

³⁷³ *Ibidem*, p. 398.

³⁷⁴ BOLDOVA PASAMAR, M. Angél. La responsabilidad penal de los menores. EN: GRACÍA MARTÍN, L. (Coord.). **Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito**. Ed. 3, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

³⁷⁵ GOMES RIVERO, M^a. Carmen. **La nueva responsabilidad penal del menor: Las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000**. EN: Revista Penal, La Ley, 1997.

³⁷⁶ VON LISZT, Franz. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo 2. op.cit.

Entretanto, a teoria de Liszt foi objeto de muitas críticas, em especial por parte de Edmundo Mezger³⁷⁷, que ponderava ser a imputabilidade pertencente à teoria do fato punível, e não à teoria da pena.

De outro lado, se sustenta que a posição de Liszt seja entendida como uma Teoria da Normalidade, pois segundo o autor, a capacidade de conduzir-se socialmente, somada à psique em condições de valorar seus impulsos e as representações, supõe um conceito de homem normal e de normalidade que muito se aproxima da ideia de livre arbítrio.

No marco da imputabilidade como capacidade de entender e querer, a quarta abordagem classificatória, muitas questões que se apresentam já foram superadas pela doutrina atual. Precisamente no que se refere à discussão acerca da intenção do autor, ou seja, sobre o dolo ou a culpa que se situam no tipo de injusto e não na culpabilidade, e por outra parte na consideração de que os inimputáveis podem perfeitamente querer realizar o fato delitivo. Apesar das tentativas em diferenciar uma suposta liberdade de vontade externa do livre arbítrio, há imensa semelhança entre os fundamentos da imputabilidade para esta Teoria da Vontade e os defensores do livre arbítrio.

Justamente com o fundamento da imputabilidade no livre arbítrio, um setor majoritário na Dogmática jurídico-penal define a imputabilidade como capacidade de compreender o caráter ilícito da conduta e de agir conforme esta compreensão. Entretanto, a liberdade de vontade não se configura por conotações morais, e sim por critérios normativos. Os antecedentes desta ideia da liberdade do homem remontam ao classicismo penal, muito embora se trate de uma derivação ou adaptação modernizada da ideia de capacidade instintiva para distinguir o bem e o mal.

Em termos jurisprudenciais, se destaca a concepção de uma capacidade de compreender a antijuridicidade e comportar-se de acordo com essa compreensão. Tal capacidade de autodeterminação pressupõe dois elementos: um intelectual e outro volitivo, correspondente a uma capacidade de conhecer ou compreender e de querer. Nesta linha, Landecho Velasco y Molina Blázquez³⁷⁸ definem a imputabilidade como capacidade de

³⁷⁷ MEZGER, Edmundo. **Derecho Penal. Parte General – Libro de Estudio. Traducción de Conrado A. Finzi**. Buenos Aires: Din, 1958.

³⁷⁸ LANDECHO VELASCO, MOLINA BLÁZQUEZ apud SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. **Inimputabilidad y Sistema Penal**. op.cit.

atuar com culpabilidade, sendo que esta capacidade se reconhece a toda pessoa humana, pelo fato de ser inteligente e livre.

Os críticos do livre arbítrio sugerem a imputabilidade como capacidade de motivação/motivabilidade ou normalidade motivacional diante das normas jurídico-penais, por considerarem o livre arbítrio como algo indemonstrável. Com o fundamento da imputabilidade na faculdade psicológica do sujeito para ser motivado pelos mandatos normativos, chegam a discutir a supressão da culpabilidade pelo conceito de necessidade de pena.

Gimbernat Ordeig³⁷⁹ é um dos representantes desta posição de negação da existência de culpabilidade por reputar o livre arbítrio indemonstrável. Este autor rejeita a culpabilidade como pressuposto da pena e propõe sua substituição pela concepção preventiva da pena (geral e especial). Sustenta que a pena tenha uma função motivadora que se demonstra no fato de que a sociedade recorra à sua ameaça, criando medos reais que logo são introjetados de geração em geração mediante o processo educativo. Para Gimbernat, a justificação do poder do Estado está na pena como uma “amarga necessidade”, da qual a sociedade não pode prescindir porque teria seus dias contados.

Compartilha da mesma posição Luzón Peña³⁸⁰ de os sujeitos normais serem motiváveis pelas normas penais, que por sua vez cumprem a função de motivar os cidadãos para que se abstenham de cometer aquelas condutas consideradas as mais intoleráveis para a convivência social, ou seja, os delitos.

Outra visão da função motivadora da norma penal se encontra em Muñoz Conde³⁸¹, que desenvolve um conceito dialético de culpabilidade através da correlação entre culpabilidade ou responsabilidade criminal e prevenção general. Para Muñoz Conde a norma penal se dirige a indivíduos capazes de motivar-se em seu comportamento pelos mandatos normativos. A motivação ou motivabilidade, enquanto capacidade de reagir frente às exigências normativas, unida a outros atributos como afetividade e inteligência, permite a imputação de responsabilidade pela ação cometida. Deste diálogo

³⁷⁹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **O Futuro do Direito Penal – Tem algum futuro a dogmática jurídico-penal?** Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri/ SP: Manole, 2004

³⁸⁰ LUZÓN PEÑA apud SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. **Inimputabilidad y Sistema Penal.** op. cit.

³⁸¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal – Parte General.** Ed. 6. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

contínuo entre a ideia de culpabilidade e as necessidades preventivas do sistema social emerge o fundamento da culpabilidade.

Já para Mir Puig³⁸², a expressão culpabilidade deveria ser substituída por imputação pessoal ou imputação subjetiva, justamente por assinalar que se trata somente de atribuir (imputar) o desvalor do fato penalmente antijurídico a seu autor. A diferença de sua posição em relação aos anteriores está na ideia de capacidade de motivação normal, ou seja, o fundamento material da imputação pessoal não pode residir em qualquer motivação ou motivabilidade, pois os inimputáveis têm capacidade para ser motivados pela norma, mas se trata de uma motivação anormal.

Modernamente as duas últimas posições, como autodeterminação e como motivabilidade, situam o conceito de imputabilidade como capacidade de culpabilidade. E como será analisado com maior profundidade, ora concebem a imputabilidade como elemento da culpabilidade, ora como pressuposto. O importante, entretanto, é observar em primeiro lugar como as teorias anteriores ainda produzem efeitos de alguma maneira nas concepções atuais, e em segundo, os matizes que adquirem quando se trata de discutir a imputabilidade de menores de idade e sua culpabilidade.

Necessário, pois, reconhecer que a relação imputabilidade/culpabilidade adquire elevada significância na medida em que a culpabilidade somente pode ser aferida em relação aos sujeitos imputáveis. Daí decorre a conceituação majoritária de imputabilidade como capacidade de culpabilidade, já que não se pode negar que a reprovação inerente à culpabilidade somente se dirige aos sujeitos capazes de orientar seus atos de acordo com o conhecimento de sua significação, ou seja, aos considerados imputáveis. Em conclusão, como sublinha Quintero Olivares, “somente podem ser culpáveis os sujeitos imputáveis”³⁸³. Disto deriva que o juízo de culpabilidade necessite da prévia comprovação da imputabilidade.

Evidente, deste modo, a importância do tema em relação aos menores de idade, para os quais o legislador renuncia à imposição de uma pena criminal. Contudo, o mesmo não significa uma indiferença penal frente aos fatos típicos e antijurídicos que cometem, que

³⁸² MIR PUIG. *Derecho Penal. Parte General*. op.cit.

³⁸³ QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F. *Parte General del Derecho Penal*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005, p. 390.

são respondidos pela imposição de uma medida, no direito brasileiro denominada medida socioeducativa. A resposta penal chamada medida se impõe quando se pode inferir certo grau de responsabilidade individual subjetiva, que quando falta, faltará também a culpabilidade.

O problema central é que, historicamente, não se reconhecia e ainda não se reconhece nenhuma imputabilidade aos menores de idade, o que conseqüentemente leva a negar a possibilidade de estudo da culpabilidade para estes sujeitos, ocasionando inegável afronta ao princípio da igualdade perante a lei, e mais que isso, desrespeito à dignidade humana dos adolescentes, pela negação dos mais elementares princípios que caracterizam o Direito penal liberal.

Destaque-se que a culpabilidade pode ser compreendida como densificação penal da dignidade humana, tal qual definiu Sebastian Borges de Albuquerque Mello. Conforme define o autor já na introdução de sua obra **O conceito material de culpabilidade – o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana**:

O homem deve ser julgado como portador de um valor mínimo intrínseco, igual para todo ser humano, mas também como ser único e irrepetível, com particularidades, valores, circunstâncias e idiosincrasias próprias da condição humana, as quais devem ser levadas em consideração para que seja minimamente legítima a imposição da pena em face das condições e circunstâncias pessoais do autor da infração. Cumpre à culpabilidade analisar as peculiaridades do indivíduo concreto e averiguar se este deverá ou não, em face da ordem jurídica vigente, sofrer a ignomínia que a sanção penal representa, pois nem o conceito de injusto nem as finalidades preventivas logram êxito em determinar os fundamentos da imputação pessoal da pena.³⁸⁴

Nesta perspectiva, aplicada à responsabilidade penal dos adolescentes, a análise da culpabilidade se reveste de dupla importância: reconhece o adolescente como ser humano titular de direitos fundamentais, e confere um fundamento à imposição das medidas socioeducativas, limitando o poder punitivo e as chamadas funções preventivas de tais sanções.

³⁸⁴ ALBUQUERQUE MELLO, Sebastian Borges de. **O Conceito material de culpabilidade – O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana**. Salvador: Editora JusPdivm, 2010, p.13.

4.5. Considerações Preliminares

Todas as acepções tratadas coincidem, em alguma medida, com as diferentes concepções atribuídas à culpabilidade ao longo da história jurídico-penal. Com efeito, não se trata propriamente de uma coincidência, mas da intrincada simbiose entre os conceitos da imputabilidade e da culpabilidade. Não sem razão, merece aprofundamento o tema.

Fato é que a responsabilidade penal dos adolescentes tem acento nos mesmos pressupostos que tem a responsabilidade penal de adultos: se origina pela ocorrência de uma ação ou omissão típica e antijurídica. E assoma a verificação da culpabilidade (capacidade para compreender o ilícito da conduta e agir conforme tal compreensão, consciência atual ou possível da antijuridicidade da conduta e exigibilidade da obediência ao Direito, e em determinados casos a punibilidade (ausência de escusas absolutórias e presença das condições objetivas de punibilidade).

Fato é também que a culpabilidade se mostra como elemento fundamental para a existência da responsabilidade penal pela comissão de delitos, de modo a tornar a conduta antijurídica pessoalmente reprovável em relação a um sujeito determinado. No casos dos menores de idade, a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, tal qual define a própria lei e a Constituição brasileira, impõe que ao iniciar-se a responsabilização aos 12 anos no sistema brasileiro, adote-se a premissa básica de que em geral, a partir desta idade qualquer pessoa, ou seja, adolescente já adquiriu a capacidade de compreender o ilícito, senão de todos, ao menos da maior parte dos comportamentos delitivos, adquirindo também condições para dirigir sua própria conduta conforme este entendimento³⁸⁵.

Em que pese esta presunção, de certa capacidade de autodeterminação, em razão da idade e da condição peculiar de desenvolvimento, a responsabilidade penal que pode recair sobre os adolescentes deve ter um caráter especial, sobretudo pela intensificação dos aspectos educativos de sua intervenção, se comparada à responsabilidade dos adultos.

³⁸⁵ Esta posição é defendida por alguns autores estrangeiros, como Miguel Angel Boldova Pasamar e Conde-Pumpido Ferreiro.

É da combinação destes aspectos que se conforma a necessidade de uma culpabilidade específica para os adolescentes.

Na opinião de Boldova Pasamar³⁸⁶, necessário pois é considerar que se a imputabilidade do menor de idade não é completa, é uma *imputabilidade sui generis*. Não meramente uma imputabilidade diminuída (independentemente de que seja também possível apreciar no adolescente outra causa de inimputabilidade completa ou incompleta³⁸⁷). A tese de Pasamar parece ajustar-se perfeitamente ao que tem-se discutido até o presente momento: a imputabilidade, na acepção etimológica, de atribuir³⁸⁸, atribuir responsabilidade ao adolescente pelo cometimento do delito, dentro de limites e levando-se em consideração variados aspectos. Destaque-se que a imputabilidade tem uma série de fatores condicionantes: elementos que influem sobre a capacidade de entender e querer, e por isso, é possível afirmar que na imputabilidade concorrem fatores de ordem biológica, psicológica, e inclusive sociológica, na medida em que contribuem para conformar a capacidade intelectual e volitiva necessária para ser imputável.

Na linha da definição de imputabilidade do Código Penal italiano, conforme o qual, é imputável aquele que tem a capacidade de entender e de querer, emergem alguns parâmetros de interpretação, muito embora para a doutrina italiana o conceito de capacidade de entender e querer seja unitário, no sentido de que a psique do homem é uma entidade no seio da qual todas as funções se influenciam e inter-relacionam de forma recíproca. De outra parte, as funções psíquicas relevantes para efeitos de imputabilidade não devem circunscrever-se às esferas intelectual e volitiva na medida em que o comportamento humano se vê em grande medida condicionado também por sentimentos e afetos.

³⁸⁶ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel. “*La responsabilidad penal de los menores*”. In: GRACIA MARTÍN, Luis. (coord.) **Lecciones de Consecuencias jurídicas del Delito**. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2004, p.447.

³⁸⁷ Aos adolescentes também se deveria reconhecer as causas de semiputabilidade e inimputabilidade fundadas na presença de doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado e embriaguez fortuita completa, definidas no artigo 27 do Código Penal brasileiro.

³⁸⁸ Vives Anton discute esta feição da imputabilidade recuperando as lições de Petrocelli, na obra *La Colpevolezza*, no tocante a duas espécies de imputabilidade. A imputabilidade do fato e a imputabilidade do agente. A primeira, a imputabilidade do fato faz referência a uma série de condições que o fato deve reunir para poder ser atribuído ao autor. A segunda, a imputabilidade do agente, designa uma série de condições que o autor deve reunir para que um fato qualquer, por ele realizado, lhe seja atribuído. Doutrinariamente se adotou a imputabilidade jurídico-penal como imputabilidade do agente. Sendo que todas as pessoas são em princípio, capazes de imputação, ainda que possam não ostentar esta qualidade em todas as circunstâncias. VIVES ÁNTON, T.; COBO DEL ROSAL. M. **Derecho Penal – Parte General**, 5 ed. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1999., p.573.

Esclarece Fiandaca³⁸⁹ que a capacidade de entender se define como capacidade de orientar-se segundo uma percepção não equivocada da realidade e portanto, como capacidade de compreender o significado do próprio comportamento e de valorar suas possíveis repercussões, positivas ou negativas sobre terceiros. Já a capacidade de querer consiste no poder de controlar os impulsos e atuar e determinar-se segundo o motivo que lhe pareça mais racional ou preferível com base numa concepção valorativa, ou seja, capacidade de eleger de modo consciente entre estímulos antagonistas. Pressupõe assim, necessariamente a capacidade de entender o significado dos próprios atos.

Importante destacar que a inimputabilidade penal etária não exclui dos adolescentes tais capacidades mas tão somente funciona como fundamento para um sistema específico de responsabilidade penal que combina razões de caráter psicopedagógico com critérios de imputabilidade e de prevenção especial de finalidade predominantemente educativa. Portanto, a diferença da reação penal para os menores de idade em relação aos adultos é de natureza qualitativa e não unicamente quantitativa. Se assim o fosse a inimputabilidade penal etária se aproximaria da semimputabilidade que dá margem a uma redução da pena originalmente imposta ao adulto imputável. Em definitiva não é este o caso, o adolescente possui sua imputabilidade *sui generis* o que o faz titular de uma resposta penal diferenciada do adulto, quantitativa e qualitativamente.

Ademais, as medidas sancionatórias voltadas aos adolescentes, não podem exceder em duração nem ser mais gravosas ou restritivas de direitos do que as penas dos adultos, e isto implica que possam ser equivalentes. Neste aspecto reside outro mito bastante disseminado: a medida do adolescente não é necessariamente menos gravosa que a pena, ou seja, a consequência jurídico-penal para o menor de dezoito anos não é uma pena atenuada em relação à pena do adulto que tivesse cometido o mesmo delito nas mesmas circunstâncias.

Se os adolescentes possuem uma *imputabilidade sui generis*, a inimputabilidade penal etária é condição lógica que sendo a imputabilidade o elemento essencial da culpabilidade, também esta passe a ter uma configuração diferenciada em matéria de responsabilidade penal dos adolescentes.

³⁸⁹ FIANDACA, G. MUSCO, E. **Diritto Penale**. 6ed. Bologna: Zanichelli Editore, 2010, p.688-289.

CAPÍTULO 5 – CULPABILIDADE E RESPONSABILIDADE PENAL JUVENIL

Neste capítulo, o objetivo é discutir a culpabilidade a partir de seus dois grandes atributos: a fundamentação da pena e seu limite³⁹⁰, destacando suas repercussões sobre a responsabilidade penal de adolescentes. Trata-se de retomar as distintas teorias formuladas modernamente com o intuito de refletir em que medida a culpabilidade funciona como limitação ao poder de castigar do Estado, seja como critério de individualização da sanção penal, ou mais, de legitimação acerca da necessidade da reação penal.

Esta discussão torna-se fulcral posto a demonstração da relação imputabilidade/culpabilidade como decisiva ainda hoje para a dogmática penal. No campo da responsabilidade penal de adolescentes, ainda maiores são os motivos para analisar a culpabilidade em sua conexão com o conceito da inimputabilidade penal etária.

Sabe-se que o tema da culpabilidade insere-se dentre os mais importantes na moderna teoria do Direito Penal, mais precisamente na Teoria do Delito, uma vez que mediante uma idéia de culpabilidade, se atribui ao agir humano uma característica ou uma feição que o torna culpável, e por consequência punível. É dizer que a culpabilidade é um dos elementos centrais na definição de relevância penal a determinados atos ou fatos produzidos pela ação humana.

Dito de outro modo, a culpabilidade juntamente com a ilicitude e a antijuridicidade é que fundamentam a imposição de uma pena em nossa cultura jurídica. É desta maneira, *prima facie* a possibilidade de atribuir e responsabilizar uma pessoa concreta de determinado fato³⁹¹. Entretanto, além de fundamentar a pena, cabe à culpabilidade limitá-la, servindo de parâmetro de referência para a individualização da sanção.

Esta compreensão está presente desde as formulações de Arthur Kaufmann e Achenbach, e se traduz numa “ideia de culpabilidade” com dupla conotação ou

³⁹⁰ Esta é a concepção dominante na doutrina contemporânea ao enfrentar o tema da culpabilidade.

³⁹¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUTS, J. Miguel. **Manual de Derecho Penal** – Parte General. Ed. 3. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2000.

significado: o de legitimar a imposição de uma pena e ao mesmo tempo limitar sua incidência sobre determinado sujeito.

Todavia, não se pode perder de vista que o fundamento material da culpabilidade e os elementos que a integram vivem hoje uma profunda crise. E não menos importante é a disputa entre funções político-criminais e a determinação da proporcionalidade da sanção penal, como tarefas atribuídas a um único conceito de culpabilidade. É justamente sobre estas questões que se pretende dedicar.

5.1. Introdução ao Conceito Normativo de Culpabilidade

A culpabilidade é em nossa cultura jurídica um dos pressupostos decisivos para a responsabilização jurídico-penal, e sua conceituação advém basicamente de duas visões da culpabilidade: a psicológica e a normativa, sendo a última a que melhor traduz o conceito de culpabilidade que manejamos no chamado Direito Penal de Culpabilidade.

A partir da segunda metade do século XIX, surge a concepção psicológica da culpabilidade, em profunda consonância com a teoria jurídica do delito própria dos sistemas de Franz Von Liszt e Ernst Beling, que conceituam o tipo penal como uma fórmula estritamente objetiva e descritiva e que localizam “todo o subjetivo” na culpabilidade.

Enquanto Liszt constrói a culpabilidade como uma relação subjetiva entre o ato e o autor, Beling no mesmo sentido aponta a relação do autor com o resultado e sua vinculação subjetiva com o fato praticado. Para ambos, o que vincula o autor à realização da conduta é a culpabilidade, havendo um pressuposto ideológico acerca da liberdade do homem e de sua capacidade intelectual. Também Gustav Radbruch sustenta um conteúdo de vontade na culpabilidade, uma relação psicológica com o resultado.

Trata-se de um conceito de culpabilidade de matiz causalista, uma vez que busca um nexu psíquico entre a ação e o resultado, cabendo à culpabilidade conceder uma explicação causal subjetiva, simultânea e paralela ao nexu de atribuição objetiva³⁹².

³⁹² FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Culpabilidad y teoría del delito*. Vol.1, Buenos Aires: Editorial B de F., 1995, p. 164.

Deste modo, se configura um sistema bipartido rígido do Ilícito, separando drasticamente elementos objetivos dos elementos subjetivos, distinguindo, portanto o injusto (elementos objetivos) da culpabilidade (elementos subjetivos).

É importante identificar a influência do positivismo naturalista para esta construção, pois o delito se manifesta como um sucesso natural, passível de observação tal qual um fenômeno das ciências naturais. A culpabilidade nesta perspectiva é um fato psíquico, observável e também passível de uma descrição³⁹³.

A consequência mais eloquente do esquema psicológico é imputar determinado fato a um sujeito entendido como culpável, a título de dolo ou culpa³⁹⁴, buscando estabelecer uma relação psicológica entre o autor e seu ato.

Paulatinamente, as críticas a um conceito de culpabilidade positivista determinista, que se reduzia às ideias de dolo e culpa, conduziram à construção de um conceito normativo de culpabilidade, do qual Reinhard Frank é o maior expoente como fundador, por haver acrescentado ao dolo e a culpa as chamadas circunstâncias concomitantes e conceber-lhes como elementos da culpabilidade. Sua maior contribuição, entretanto, é o conceito de reprovabilidade como uma valoração negativa de uma conduta desaprovada e que configura em seu ponto de vista, o perfil normativo da culpabilidade.

Por normativo podemos entender o conceito de culpabilidade a partir de Frank porque é também à luz de suas afirmações que tem início uma concepção de que a culpabilidade descansa sobre a norma de dever individual, e a exigibilidade se dá quando há a possibilidade de uma conduta adequada ao Direito. Destacam-se nesta linha Goldschmidt e Freudhental, e não se pode negar a presença do neokantismo³⁹⁵ em tais formulações, uma vez que se acrescenta, ao conceito clássico causal de delito, no qual dolo e culpa são elementos da culpabilidade, as ideias de dano social e reprovabilidade.

³⁹³ JESCHECK, HANS-HEINRICH. **Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria**. In: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Disponível em: <<http://www. www.criminet. ugr.es>>. Acesso em: 10 fev 2011.

³⁹⁴ Historicamente, culpa e dolo são conceitos utilizados para a atribuição subjetiva de responsabilidade, e até fins do século XIX, foram os mesmos para o direito civil e o direito penal. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUTS, J. Miguel. **Manual de Derecho Penal – Parte General**, op. cit.

³⁹⁵ A influência do neokantismo a partir da segunda metade do século XIX para o Direito Penal consistiu na introdução de métodos próprios das ciências humanas dirigidos à compreensão e valoração, em substituição aos métodos das ciências naturais de observação e descrição.

Pode-se dizer que com James Goldschmidt e Fredenthal se estrutura uma teoria da exigibilidade na medida em que desenham um conteúdo material: a desobediência de um dever jurídico como fundamento da culpabilidade. Mais do que isso, a reprovabilidade se expressa pelo não se deixar motivar pela representação do dever, e a exigibilidade se constitui no fundamento para a imposição da culpabilidade.

O que está por detrás da exigibilidade, no entanto, é a ideia de que o sujeito poderia agir de modo distinto, ou seja, com livre arbítrio. Com os avanços do Finalismo, mudanças são implementadas no conceito normativo de culpabilidade, passando este a incorporar, a partir de Hans Welzel, um critério de reprovabilidade consistente na formação antijurídica da vontade do autor³⁹⁶. Para Welzel, a culpabilidade é a parte da responsabilidade do autor por sua determinação antijurídica, muito embora o mesmo não explique de que forma uma pessoa pode evitar o delito e utilizar seu autocontrole com a finalidade de atuar conforme o Direito, ou seja, também Welzel não oferece uma explicação do livre arbítrio³⁹⁷, que segue como uma categoria carente de comprovação empírica.

Importa reconhecer que na Doutrina Finalista da ação se impõe uma separação entre os elementos objetivos do delito e o conceito de culpabilidade, que se perfaz da ideia de reprovação.

Observa-se, portanto, que o finalismo se vale da fórmula de Frank de que culpabilidade equivale à reprovabilidade, agregando a ela elementos valorativos (normativos). Deste modo, a culpabilidade é a reprovação decorrente de uma ação típica e antijurídica realizada, e implica ser responsável por um comportamento antijurídico. Este é um aspecto de relevância, pois é o que faz do conceito de culpabilidade um conceito jurídico e não moral ou meramente psicológico. Por esta razão, Maurach e Heinz Zipf denominam este conceito de *conceito complexo de culpabilidade*, porque compreenderia conjuntamente elementos psíquicos e valorativos.

³⁹⁶ Tal concepção pode ser vista em uma sentença do Supremo Tribunal Federal Alemão, que versa sobre o erro: “Com o juízo de desvalor da culpabilidade se reprova o autor que tenha decidido pelo injusto quando poderia comportar-se licitamente, e decidir-se pelo Direito. (...) A razão profunda da reprovação de culpabilidade está no fato de que o homem está em disposição de autodeterminar-se livre, responsável e moralmente, e está capacitado portanto, para decidir-se pelo Direito ou ao contrário pelo injusto”. *BGHSt 2, 2000*. ROXIN, Claus. **Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981, pág. 64.

³⁹⁷ JESCHECK, HANS-HEINRICH. **Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Áustria**, op. cit.

Muitos autores atuais³⁹⁸ vêm demonstrando a necessidade de uma redefinição do conceito de culpabilidade, ou de outra parte até mesmo de sua eliminação como fundamento do delito. Se for possível atribuir à crise do conceito de culpabilidade alguma atualidade, esta talvez se refira, de um ponto de vista dogmático, à dificuldade de medir a liberdade de vontade de um autor de um delito ou de sua capacidade de atuar de modo distinto; de um ponto de vista de política criminal, à dificuldade de legitimação da pena, uma vez que não se pode negar que atualmente, mais do que antes, se espera obter consequências positivas através da utilização do Direito Penal. O velho debate acerca da liberdade individual do autor e das finalidades retributivas ou preventivas da pena estatal se renova na discussão sobre a culpabilidade, que oscila entre a culpa individual e sua justa retribuição e a supremacia da prevenção³⁹⁹.

5.2 Modernas Teorias da Culpabilidade

Como visto, na cultura social e jurídica dominante mantém-se um conceito de culpabilidade calcado na ideia de liberdade do sujeito. Dizer “quem tem a culpa” implica admitir um grau de decisão e responsabilidade naquele que atuou de forma ilícita e antijurídica.

Entretanto, tendências preventivo-especiais existentes desde Liszt pressionam na direção de um direito penal de autor⁴⁰⁰, pois a questão de que a intervenção sobre o

³⁹⁸ Vale dizer que a crise do conceito de culpabilidade e também da ideia de livre arbítrio é tão antiga quanto o Direito Penal, datando desde a Escola Positiva italiana as primeiras objeções.

³⁹⁹ Com a expressão prevenção pretende-se designar a prevenção geral – a possível influência sobre o autor e a prevenção especial (já discutida anteriormente) como correção ou asseguração de eventuais autores. NAUCKE, WOLFGANG. Prevención general y derechos fundamentales de la persona. In: FERNÁNDEZ, GONZALO D. (Org). **Principales problemas de la prevención general**. Buenos Aires: Editorial B de F. 2004, p. 15.

⁴⁰⁰ Como acentua Zaffaroni, por Direito Penal do Autor denomina-se o conjunto das teorias que concebem a explicação da pena em características dos autores dos delitos. Este direito penal imagina que o delito é um *estado do autor*, sempre inferior às demais pessoas consideradas normais. Este estado de inferioridade tem para alguns natureza moral e para outros natureza mecânica; ou seja, para os primeiros o homem que incorre na prática de delitos coloca-se em estado de pecado penal, em consequência, a reprovação e a pena devem adequar-se ao grau de perversão pecaminosa de sua conduta. Para os segundos, o delito sinaliza uma falha, indicando um *estado de perigo ou perigosidade*, e as agências jurídicas constituem aparatos mecanicamente determinados a corrigir ou neutralizar as peças que falham. Em ambas as concepções, o criminalizado é um ser inferior. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal: parte general**/ Eugenio Raul Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia –Buenos Aires: Ediar. 2002. 2ª Edición) Claus Roxin adverte que o Direito Penal de Autor se verifica sempre que a pena se vincule à personalidade do autor e seja sua associabilidade e o grau da mesma o que decida sobre a sanção: o que faz culpável o autor não é o cometimento de um ato e sim que sua condição o converta em objeto de censura legal”. ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Tomo I – Fundamentos de la estructura de la teoría del delito. Madrid: Editorial Civitas, 1999, p. 176.

delincente é necessária para evitar delitos futuros depende mais de sua personalidade que do fato concreto individual.

Esta parece ser a questão recorrente para o Direito Penal, que já em 1930 Zimmerl apontava como a questão central na definição de que modelo de Direito penal deve estruturar o sistema: “Fato concreto ou personalidade: esta é a pergunta sobre o fundamento primário de todo sistema”.

Em síntese, a moderna discussão sobre a culpabilidade não escapa da mesma pergunta: a culpabilidade dirige-se a avaliar a personalidade e as condições pessoais do autor do fato para indicar a pena mais adequada ao alcance de finalidades preventivas, ou dirige-se à avaliação do fato em si mesmo e da atuação do sujeito com vistas a adequar a sanção a uma fórmula o mais proporcional possível à medida de sua “culpa”. Ou expressa, em última instância, uma ofensa à ordem jurídica, que, portanto, gera a necessidade de castigo como mecanismo de restabelecimento do Direito.

Neste capítulo serão analisados quatro autores: Claus Roxin, Gunther Jakobs, Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde com concepções distintas da culpabilidade e que, por conseguinte, oferecem caminhos divergentes quanto à necessidade de redefinição do conceito e sua incidência para a responsabilização penal. Podemos identificar posturas de substituição, reforço, eliminação ou superação do conceito de culpabilidade como fundamento do delito.

Denominam-se substitutivas as propostas de Roxin, uma vez que o autor sugere que o conceito normativo de culpabilidade seja aperfeiçoado na direção de um conceito normativo de responsabilidade. A leitura de Jakobs, por sua vez, aponta para a construção de um conceito material de culpabilidade que atenda a fins sociais, demonstrando que a culpabilidade cumpre uma função de reforço à fidelidade ao Direito. Hassemer discute a eliminação da reprovação como elemento da culpabilidade e a necessária preponderância de um conceito de Responsabilidade atento ao fato concreto. Por último, Muñoz Conde propõe a superação da culpabilidade com a introdução de uma dimensão social que permita avaliar a conveniência e a necessidade

da imposição de uma sanção penal, tendo em vista as condições pessoais e socioeconômicas do sujeito.

5.2.1 Responsabilidade e Finalidades Preventivas em Claus Roxin

A questão essencial da qual parte Roxin é se a culpabilidade funciona como uma justificativa para a pena. Para ele, de um lado o conceito de culpabilidade cumpre um papel de legitimação ao mal que se impõe ao acusado (ideia de retribuição), e de outro, limita o poder de intervenção estatal, assinalando o limite máximo da pena⁴⁰¹.

Este segundo aspecto é bastante reforçado por Roxin, que vê na Culpabilidade um meio de limitar sanções jurídico-penais, mas não de fundamentá-las. Sua função político-criminal consiste em impedir que, por razões de prevenção geral ou especial, se abuse da pena.

Importante ainda observar que seu conceito de culpabilidade combina elementos de conteúdo material de caráter subjetivo e objetivo, e se constitui por três aspectos: objeto de valoração (o tipo de culpabilidade), a valoração em si mesma (que muitos autores designam como reprovabilidade/ reprovação) e a união entre o objeto e seu predicado de valor (fato culpável).

Na busca de um conceito material de culpabilidade, Roxin⁴⁰² defende que os princípios político-criminais da Teoria dos Fins da Pena sustentem a categoria sistemática que comumente se denomina Culpabilidade. Demonstra que as tentativas em separar Injusto de Culpabilidade resultaram inconsistentes. Os binômios Objetivo/Subjetivo, Dever/Poder, Geral/Individual, Desvalor da Ação/Desvalor da Atitude Interna apenas abarcam fragmentos parciais da problemática e não compreendem a totalidade dos fenômenos que se devem incluir sistematicamente nestas categorias.

Reforça que o decisivo não é o poder atuar/agir de outro modo, e sim que o legislador, a partir de pontos de vista jurídico-penais, torne responsável o autor por sua ação. Por

⁴⁰¹ Esta visão de Roxin retoma o pensamento de Arthur Kaufmann de que “em última instância o problema da liberdade de vontade também pode atenuar-se, reconhecendo na culpabilidade unicamente uma função limitadora e considerando que seu único sentido consiste em limitar a pena que por outras razões é legítima e necessária, e deste modo, proteger o indivíduo frente aos abusos do poder punitivo do Estado”. ROXIN, Claus. **Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal**, op. cit.

⁴⁰² ROXIN, Claus. **Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal**, op. cit.

isso, trata-se mais de um conceito de Responsabilidade⁴⁰³ que Culpabilidade, pois o que está em jogo são critérios de política criminal que permitam definir a questão quanto à necessidade jurídico-penal de sancionar no caso concreto. A responsabilidade tem como pressupostos a culpabilidade e o conhecimento da antijuridicidade. Enquanto a antijuridicidade confere a um determinado fato o predicado de infringir a ordem do dever ser jurídico-penal, a responsabilidade significa uma valoração do ponto de vista de fazer responsável penalmente o sujeito.

Como decorrência, no marco da culpabilidade como fundamento da pena, Roxin concebe que as tradicionais causas de exclusão da culpabilidade são em verdade, casos de exclusão da responsabilidade baseadas nos fins da pena. Ou seja, são considerações de prevenção geral e especial que levam o legislador a renunciar à sanção⁴⁰⁴. A distinção entre culpabilidade e responsabilidade reside precisamente em admitir que a reprovação ou reprovabilidade é uma condição necessária mas não suficiente para a responsabilidade, sendo imprescindível a necessidade preventiva de sanção. Portanto, a responsabilidade consiste em culpabilidade do sujeito, combinada com necessidade preventiva da sanção penal. Ressalte-se que seu conceito de culpabilidade é empírico-normativo, vez que é empiricamente constatável a capacidade de autocontrole e a acessibilidade normativa por parte do sujeito⁴⁰⁵.

Por outro lado, no marco da culpabilidade como determinação da pena, Roxin observa que o grau de culpabilidade serve à determinação da pena impondo limites às finalidades preventivas. Uma proporcionalidade, entendida como justa entre culpabilidade e pena, proporciona à condenação a possibilidade de um consenso na comunidade jurídica e assegura a autoridade da norma, o que é sumamente útil para a manutenção do ordenamento jurídico.

Nesta direção, pondera que nenhuma necessidade preventiva por maior que seja pode justificar uma sanção que contradiga o princípio de culpabilidade⁴⁰⁶. A necessidade

⁴⁰³ Assim também Henkel concebe uma zona limite de exclusão da responsabilidade que escapa a uma normatização descritiva e é recomendada ao juiz para que pondere no caso em concreto.

⁴⁰⁴ Juntamente com Leckner, Roxin aponta que a renúncia ao castigo se produz tanto por razões de prevenção geral como também de prevenção especial.

⁴⁰⁵ Por acessibilidade normativa devemos entender a capacidade de comportar-se conforme a norma que é conhecida pelo sujeito.

⁴⁰⁶ Muñoz Conde elucida que a culpabilidade pode ser compreendida a partir de uma tríplice função: como fundamento da pena – no que se refere à verificação dos elementos necessários para a imposição de uma pena (capacidade de culpabilidade, conhecimento da antijuridicidade, exigibilidade de conduta

preventiva opera como uma proteção adicional frente à intervenção do Direito Penal, pois restringe a possibilidade de punição da conduta culpável mediante a exigência de que a mesma seja preventivamente imprescindível.

Consequentemente, uma pena pode ser inferior ao grau de culpabilidade, quando a pena adequada à culpabilidade possuir um efeito previsivelmente contrário à socialização. Por isso, faz-se relevante frisar que para Roxin, embora a culpabilidade seja determinada em seu conteúdo por critérios preventivos, não se confunde com prevenção e produz recíprocas limitações ao poder punitivo. Vejamos; como fundamento da pena, a ideia de responsabilidade impõe uma limitação ao poder de castigar do Estado ao condicioná-lo a uma necessidade pública de prevenção, e simultaneamente como determinação da pena, a responsabilidade ao abarcar a culpabilidade do sujeito limita a prevenção geral intimidatória e a prevenção especial dirigida ao tratamento.

Entende, desta maneira, Roxin que a manutenção do princípio de culpabilidade significa uma decisão de princípio em favor da prevenção geral integradora⁴⁰⁷, e apenas dentro de seus limites admite-se uma prevenção geral intimidatória.

A manutenção do conceito de culpabilidade justifica-se por três razões principais: a primeira, de ordem terminológica, dada a tradição em nossa cultura jurídica e social; a segunda de cunho dogmático, dado o reconhecimento de que é a culpabilidade a categoria que estabelece em muitas legislações e ordenamentos jurídicos a ponte necessária entre fundamentação e a determinação da pena; a última razão, mas não menos importante, de caráter político-criminal, que consiste em conceber uma distinção estratégica entre culpabilidade e prevenção, definindo-se a culpabilidade como pressuposto de uma responsabilidade configurada preventivamente.

diversa); como elemento de determinação ou medição da pena – no tocante à gravidade e à duração da pena adequadas ao caso concreto; e como proscrição de responsabilidade pelo resultado – o que reduz as formas e imputação de um resultado ao dolo ou à culpa. Esta última é justamente a que caracteriza o princípio de culpabilidade, já que exige a existência de dolo ou culpa para que uma pena possa ser imposta. MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal** – Parte General. Ed. 6. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 95.

⁴⁰⁷ Por prevenção geral integradora devemos entender a capacidade das normas penais e sua imposição em motivar o cumprimento e a interiorização das regras de convivência elementares e que reforçam a confiança social no Direito, enquanto que a prevenção geral intimidatória se caracteriza pela intimidação que a ameaça da pena promove nos cidadãos.

5.2.2. Funcionalismo e Fidelidade ao Direito em Gunther Jakobs

Gunther Jakobs⁴⁰⁸ também discute a culpabilidade a partir de sua função de legitimação da pena estatal, sendo que desenvolve um conceito funcional de culpabilidade, com atribuição preventiva geral. Para ele, somente a finalidade dota de conteúdo o conceito de culpabilidade, e vê esta finalidade na prevenção geral, tanto no sentido de intimidação como também de validação das normas penais.

O fim orientador e determinante da culpabilidade é a estabilização na confiança ao ordenamento jurídico perturbado pela conduta delitiva. A atribuição de culpabilidade e a punição a ela vinculada têm o condão de confirmar a “correção da confiança na correção de uma norma”. O delito frustra as expectativas da comunidade jurídica, e tal frustração se compensa interpretando como falha não a norma e sim a conduta que a frustrou (prevenção geral positiva).

As críticas à visão funcionalista de Jakobs destacam uma instrumentalização do indivíduo que apenas serve como instrumento dos interesses sociais de estabilização⁴⁰⁹. Ele por sua vez, rebate as críticas com a assertiva de que a reprovabilidade é o que legitima a pena, e que a utilidade pública da pena jamais poderá sobrepor-se à culpabilidade do autor, o que traduz o respeito em face da dignidade da pessoa humana⁴¹⁰. Acrescenta que um conceito material de culpabilidade implica normas legítimas, reforçando que o ordenamento jurídico não pode comportar-se frente a um autor como se fosse um “cachorro”⁴¹¹.

O Direito Penal de Culpabilidade, para Jakobs⁴¹², está fundamentado por fins sociais, e a culpabilidade nada mais é que falta de fidelidade ao Direito, ou ainda a demonstração de um déficit de fidelidade ao ordenamento jurídico. Em sua obra “*Sociedad, Norma y*

⁴⁰⁸ JAKOBS, Gunther. **Tratado de Direito Penal. Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade**. Luiz Moreira (coordenador e supervisor). Tradutores: Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

⁴⁰⁹ Desde Kant, há a advertência de tratar-se de uma violação da dignidade humana: “o ser humano jamais pode ser utilizado meramente como meio para os propósitos de outro e ser misturado com os objetos do Direito das Coisas, o que fere sua personalidade inata”. KANT, Immanuel. *À Paz Perpétua*. 2 ed. Trad. Marco Antonio de A. Zingano. Porto Alegre: LPM Editores, 1989.

⁴¹⁰ JAKOBS, Gunther. El principio de culpabilidad. In: JAKOBS, Gunther (Org.). **Estudios de Derecho Penal**. Madrid: Civitas, 1997, p. 365.

⁴¹¹ *Ibidem*, p.381.

⁴¹² JAKOBS, Gunther. **Tratado de Direito Penal. Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade**. op. cit.

Persona en una teoría de un Derecho penal funcional”, explicita que é através do conceito de culpabilidade que se operam as soluções decisivas da teoria da imputação.

Jakobs parte de uma distinção fundamental entre sociedade e mundo exterior, que expressa a separação entre *sentido e natureza*, sendo que o que se entende por *sentido* ou por *natureza* se determina funcionalmente. A culpabilidade é para Jakobs o conceito que separa *sentido* de *natureza*⁴¹³. Para melhor compreendermos sua posição faz-se necessário saber que para o autor, o injusto se ocupa da presunção de que existe uma expressão de sentido defeituosa. Ou seja, o delito demonstra uma carência de validade da norma, e toda expressão de sentido com conteúdo defeituoso gera responsabilidade, uma vez que existe uma expectativa de fidelidade suficiente ao Direito.

A responsabilidade, entretanto, somente se pode atribuir ao cidadão fiel ao Direito, ou ainda à pessoa em Direito⁴¹⁴. Por consequência, a medida da culpabilidade não mede o sujeito, e sim uma pessoa, no sentido mais geral e de quem se espera respeito e fidelidade ao direito, é dizer aquele que presta uma mínima garantia cognitiva de comportamento fiel ao Direito. Significa conceber que o Direito penal não se desenvolve na consciência individual, e sim na comunicação. Os atores são pessoas (tanto o autor do fato, como a vítima ou o juiz) e suas condições são determinadas socialmente, e não individualmente.

A consequência prática de seu conceito de culpabilidade, como *sentido*, remete à função das leis penais como motivadoras e, portanto, com o escopo de evitar condutas delitivas, donde se depreende também a prevenção geral negativa (intimidação). Em resumo, a culpabilidade para Jakobs é um conceito funcional que expressa um defeito de motivação, e sua proclamação deve reforçar a confiança na ordem jurídica.

⁴¹³ Importante observar que a expectativa normativa é antes de mais nada uma expectativa cognitiva.

⁴¹⁴ Pessoas são destinatários de direitos e deveres e vice-versa. Somente é pessoa quem é capaz juridicamente, e portanto está excluído do âmbito das pessoas aquele que não pode desfrutar ou exercer nenhum direito e também não pode suportar nenhum dever. JAKOBS, GUNTHER. **Dogmática de Derecho Penal y la Configuración Normativa de la Sociedad**. Madrid: Editorial Civitas, 2004, p. 52.

5.2.3 Responsabilidade e Proporcionalidade em Winfried Hassemer

A construção de Hassemer⁴¹⁵ acerca do conceito de culpabilidade parte da observação crítica de suas principais fragilidades. Em primeiro lugar, identifica o autor que o tradicional conceito de culpabilidade, travestido em princípio, desvia a corresponsabilidade da sociedade sobre o delito, deixando-a tão somente ao indivíduo, em quem se manifesta uma suposta maldade geral. Em segundo, devemos reconhecer que ainda hoje manejamos um conceito híbrido de culpabilidade moral e culpabilidade jurídica, e que por mais esforços destinados, a culpabilidade jurídica nada mais é do que um modo deficitário da moral.

Por fim, resta também evidente um desequilíbrio entre Lei Penal e culpabilidade em muitos casos concretos, nos quais a demonstração de falta de culpabilidade gera consequências muito mais graves que a pena poderia gerar, como se vê, por exemplo, com a imposição de medidas de segurança.

Desta maneira parece indiscutível que tanto um conceito abrangente de culpabilidade como sua expressão principiológica estejam sofrendo uma progressiva erosão diante dos desafios atuais colocados ao Direito penal, em especial a obtenção de consequências positivas. Dentre os penalistas já se admite que a culpabilidade não seja discutida em torno da “liberdade de vontade” ou da capacidade de atuar de modo distinto, e sim a partir das finalidades de prevenção geral e especial.

Para postular uma revisão do conceito, Hassemer identifica cinco dimensões da culpabilidade⁴¹⁶. Começando pela imputação subjetiva, devemos ter presente que a culpabilidade possibilita uma vinculação entre um acontecer injusto/fato injusto e uma pessoa atuante. Propõe de plano um segundo aspecto que é a Responsabilidade como um critério de aperfeiçoamento da imputação subjetiva pelo conceito de domínio do fato, ou ainda da possibilidade de governar o acontecer lesivo.

No que diz respeito à diferenciação de graus de participação interna, reforça sua particular função de valoração entre distintos graus de responsabilidade que vão desde a

⁴¹⁵ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

⁴¹⁶ HASSEMER, Winfried. *Crisis y Características del Moderno Derecho Penal*. IN: *Actualidad Penal*, nº43/22, 1993.

imprudência inconsciente até a comissão intencional de um delito. E sobretudo no tocante aos atores, vítima e o autor do delito, que também modificam a valoração dos graus de participação interna.

Quanto à vítima, é necessário reconhecer que a partir de sua perspectiva pode-se sentir o dano causado de diferentes modos, ou seja, quem atua dolosamente produz um dano maior que aquele que atua imprudentemente, ainda que seja do ponto de vista social pessoal e não médico-empírico. Delitos que se realizam na presença do autor e da vítima encerram uma vexação social e pessoal da vítima. O exemplo de um delito de estupro expressa bem que mais que as lesões físicas produzidas se provoca uma séria violação à dignidade da vítima.

Quanto ao autor, desempenham especial papel os chamados delitos sem vítimas, pois nestes também quem atua dolosamente ameaça em maior grau a vigência da norma e ao mesmo tempo a ordem jurídica. Enquanto do autor imprudente espera-se maior cautela em suas ações no futuro, do autor que agiu com dolo, espera-se sua “conversão normativa, sua mudança de atitude frente às normas”. O terrorista que realiza um sequestro busca um ataque à ordem estatal e jurídica.

A quarta dimensão refere-se à proporcionalidade para a adequação das penas, que acaba sendo uma decorrência das anteriores: possibilitar a imputação subjetiva, diferenciar graus de participação interna são tarefas que o direito penal cumpre não por um mero interesse acadêmico, senão por buscar fundamentar e medir uma consequência jurídico-penal que possa ser qualificada como justa.

Vale dizer que a proporção das sanções jurídico-penais se depreende justamente da aceitação de diferentes graus de participação, ou seja, a diferenciação que o conceito de culpabilidade provoca, concretiza o princípio da proporcionalidade, sem, contudo, perder de vista que outros elementos interagem como critérios de proporcionalidade, como é o caso da lesão ao bem jurídico protegido.

Por último, a reprovação pode ser entendida como uma dimensão central do conceito de culpabilidade, e pressupõe um conjunto de elementos que Hassemer descreve detalhadamente. São eles, a Liberdade de Vontade como um elemento observável no processo penal que avalia e mensura as limitações materiais da liberdade do acusado, ou

seja, os indicadores de déficit de liberdade. De outra parte, a vida cotidiana há de ser considerada, uma vez que nela se constrói os conceitos de reprovação ou desculpa.

Todavia, a ponderação de que não exista uma vida cotidiana, e sim normas grupais de referência e estilos de conduta com diferenças relevantes de reprovação e desculpa, também pode desempenhar um papel relevante de exemplaridade para o Direito; é dizer, a cultura cotidiana pode ensinar a cultura do direito de que devemos ser mais cuidadosos com as reprovações, que podemos cogitar de evitá-las, ou esquecê-las. De modo geral, o Direito sempre manteve um distanciamento da cultura cotidiana, o desafio, entretanto não é traduzi-la ao pé da letra, e sim na medida do factível transformar as formas humanas em formas institucionais de elaboração formalizada de conflitos.

Outro elemento da reprovação que não pode ser ignorado está presente no que Hassemer chama de Teoria do Bode Expiatório⁴¹⁷. A reprovação decorrente da culpabilidade faz com que a sociedade afetada pelo mal o projete sobre a pessoa individual, que deve ser afastada ou expulsa. Este mecanismo pode oferecer uma explicação a mais de por que a reinserção social do delinquente é algo tão difícil de ser alcançado.

O autor defende que a eliminação da reprovação do conceito de culpabilidade, embora não pudesse extinguir com tal mecanismo psicossociológico, poderia evitar sua intensificação. Ademais, pondera que a reprovação já não cumpre a função de limitação das penas, e tampouco funciona como justificação do direito penal, pois que o direito penal sempre terá uma justificação ético-social que não se encontra no âmbito individual, ou na culpabilidade do indivíduo. A justificação se encontra na força do direito penal para elaborar os conflitos mais graves.

É importante perceber que Hassemer, ao descrever as dimensões da culpabilidade e todos os elementos que a compõem, acaba por desvendar sua utilização como mecanismo de intimidação⁴¹⁸ e tratamento. O juízo de culpabilidade, tal qual hoje

⁴¹⁷ HASSEMER, Winfried. *Crisis y Características del Moderno Derecho Penal*. op.cit.

⁴¹⁸ Hassemer critica as Modernas Teorias de Prevenção Intimidatória lembrando que trabalham na mesma lógica dos sacrifícios humanos na construção de diques. A crença de que a imposição de uma sanção a quem infringe o ordenamento jurídico influirá de maneira positiva em muitas outras pessoas que simpatizam com o delinquente não se distingue muito da tradição medieval no norte da Alemanha de

elaboramos, restringe-se à verificação de em que medida a ação de um sujeito afronta o ordenamento jurídico, e se o mesmo sujeito é ou não objeto de tratamento⁴¹⁹.

Hassemer critica veementemente que a culpabilidade sirva para definir o que se pode fazer racionalmente com uma pessoa, quando deveria servir para definir a responsabilidade. Ao propor um conceito de Responsabilidade, propõe que a atenção dispensada pelo Direito dirija-se a avaliar se o sujeito era responsável por sua ação típica e antijurídica, e não esteja voltada aos objetivos político-criminais de futuro. A responsabilidade desde sua perspectiva é um juízo que aponta ao passado e não ao futuro.

Pode-se dizer que de acordo com Hassemer a delimitação da responsabilidade e de seus distintos graus importa como fundamento e princípio de ajuste para a proporcionalidade da sanção penal, conceitos deixados à margem pela concepções preventiva e funcionalista.

5.2.4 Motivação e combinação entre dogmática e política criminal em Francisco Muñoz Conde

O primeiro aspecto de elevada importância na posição defendida por Muñoz Conde está na superação de um conceito de culpabilidade fundado na possibilidade de agir de modo distinto. Para ele, as normas penais se dirigem a indivíduos capazes de motivarem-se em seus comportamentos pelos mandatos normativos. A diferença é marcante na medida em que substitui a lógica de que os indivíduos possam eleger entre várias formas de agir, optando pela norma penal que motiva através de seus mandatos ou proibições para que os indivíduos, por exemplo, se abstenham de determinada conduta em face da ameaça de pena⁴²⁰.

emparedar uma pessoa, nos diques de contenção do mar, preferentemente uma criança, pela crença de que isso faria com que o dique suportasse o mar mais eficazmente.

⁴¹⁹ Como já analisado no item 2.6.2 do Capítulo 2 deste trabalho, as doutrinas e legislações penais de tipo correccional articulam-se com as finalidades da prevenção especial: a positiva – reeducação do réu, e a negativa de sua eliminação ou neutralização. Em diferentes momentos, as distintas doutrinas da prevenção especial (moralistas de emenda /da defesa social / e da diferenciação da pena) preocuparam-se muito mais com o sujeito do ato do que propriamente com o ato praticado. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón** – Teoría del Garantismo Penal, op. cit.

⁴²⁰ Max Weber, ao demonstrar a distinção sociológica entre Direito Público e Privado, reflete que o primeiro trata-se de um conjunto de normas para as ações que, segundo o sentido que a ordem jurídica lhes deve atribuir, se refere à instituição estatal, isto é, que se destina à conservação, à expansão ou à

Configura, desta forma, um conceito material de culpabilidade cujo fundamento descansa sobre as faculdades que permitem ao ser humano participar com seus pares, e portanto em condições de igualdade em uma vida pacífica e justamente organizada. Em outras palavras, a motivabilidade (ou motivação), para Muñoz Conde, é a capacidade para reagir frente às exigências normativas⁴²¹, sendo que tais exigências ou expectativas se estruturam à luz de necessidades preventivas, e para tanto vale-se das lições de Mir Puig:

O fundamento da culpabilidade não pode derivar-se da natureza das coisas, como crê a concepção tradicional – não cabe castigo ao inculpável porque não pode atuar de outro modo – e perigosamente como dá a entender a teoria da motivação normativa – não cabe castigo ao inculpável porque não pode ser motivado em absoluto pela norma; é imprescindível introduzir um momento normativo essencial. (...) Em um Estado Social e Democrático de Direito não se considera justo levar o desejo de prevenção até o castigo a quem atua sem culpabilidade.⁴²²

Refere-se, portanto, aos limites que necessidades preventivas podem impor às penas, tanto do ponto de vista da prevenção geral como especial. A prevenção geral se revela no ato de determinação da pena, e a especial, por sua vez, na definição ao caso concreto da resposta adequada à ressocialização ou ao menos à não dessocialização do delinquente.

Pode-se, contudo, incorrer em dois equívocos acerca da posição de Muñoz Conde: primeiro, de que se remete ao conceito puramente funcionalista de Jakobs, ao admitir que as exigências normativas são fixadas socialmente através de uma normativa concreta; ou em segundo, que defenda um caráter essencialmente preventivo tal qual Roxin para a culpabilidade. Nem uma, nem outra.

execução direta dos fins desta instituição, vigentes por estatuto ou consenso. O direito privado define como conjunto de normas para as ações que, segundo o sentido atribuído pela ordem jurídica, não se refere à instituição estatal, sendo apenas regulado por esta mediante normas. O mesmo autor ressalta que o *imperium ou jus imperii* do Estado tem como componente o poder de castigar, que se constitui precisamente em “vencer a desobediência não apenas por violência direta, mas também pela ameaça de desvantagens”. WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Vol. 2. Brasília: Editora UnB, 1999.

⁴²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Culpabilidad y prevención en derecho penal**. Cuadernos de Política Criminal, 1980, p. 54.

⁴²² MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las Bases del Derecho Penal**. Barcelona, 1976, p. 147.

Em primeiro lugar, sua concepção de culpabilidade se desenvolve em referência aos demais; é dizer, não se trata de um fenômeno individual isolado, tampouco a culpabilidade traduza uma qualidade da ação individual. É uma característica que se lhe atribui para poder imputar a alguém. Donde decorre importante reconhecer que a definição do que é culpável e não culpável é uma opção de política criminal que determinado Estado elege.

Não se trata de uma visão funcional da culpabilidade, porque mesmo partindo da função motivadora da norma penal, Muñoz Conde combina à frustração das expectativas normativas uma dimensão social como fundamento da culpabilidade, que impõe avaliar a utilidade da pena em face da motivação individual e do papel social do indivíduo. Prepondera sobre a busca de fidelidade ao Direito, um juízo de utilidade da pena; ou seja, a pena não deve ser aplicada a qualquer custo, mesmo sendo inútil e desnecessária apenas para reforçar a confiança no sistema⁴²³.

Por outro lado, não compartilha da separação proposta por Roxin entre dogmática jurídico-penal e política criminal, ou substituição da culpabilidade por responsabilidade quando ao final as fragilidades conceituais apresentadas são as mesmas.

A máxima preventiva em Roxin padece de um deslize. Não é a culpabilidade que oferece o limite máximo para a imposição da pena, e sim o princípio de legalidade, que fixa os limites dentro dos quais pode mover-se o arbítrio judicial. E tão somente no marco do limite legal pré-estabelecido podem ser discutidas as necessidades preventivas. Demonstra-se inequívoca a relação entre dogmática e política criminal, favorecendo que se desmistifique o direito penal preventivo⁴²⁴, dado que tem o potencial de conferir legitimidade e eficácia político-criminal às normas penais.

⁴²³ Gimbernat reforça que o Estado, ao impor uma pena, coloca-se em situação de demonstrar que esta seja necessária para alcançar uma convivência social suportável, e que esta pena seja suficiente em sua gravidade, tanto para conseguir a intimidação geral, como para a afirmação do Direito e a consequente segurança e confiança dos cidadãos. (BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALLARÉ, Hernan. "Pena y Estado". PAPERS: Revista de Sociologia, 13, 1980, p. 99, *passim*.)

⁴²⁴ Fala-se em desmistificação, porque as críticas que se dirigem ao Direito Penal preventivo ou ao Direito Penal voltado exclusivamente à prevenção do delito, questionam a legitimidade de um tratamento penal dirigido à alteração coativa da pessoa adulta com fins de recuperação ou integração social, e portanto violador não só da dignidade do sujeito tratado, senão também de um dos princípios do Estado Democrático de Direito: o respeito às diferenças e a tolerância às subjetividades humanas. Fala-se ainda que, nesta perspectiva, o poder punitivo é concebido como bem metajurídico, e o delito, como mal moral ou enfermidade natural ou social, o que acaba por justificar um direito penal máximo, que se impõe sob a égide de um Estado pedagogo, tutelar ou terapeuta. A desmistificação aqui sugerida trata de reconhecer que embora o excesso preventivo possa dar margem a arbitrariedades, de outra parte necessidades

5.5 Considerações sobre a culpabilidade

Considerando que a culpabilidade e seus elementos é que operam a atribuição de responsabilidade a um sujeito por um fato típico e antijurídico, deve-se reconhecer sua relevância como um dos aspectos fundamentais para o sistema de controle penal, e assim de igual maneira para o sistema do Direito Penal. Isto porque a culpabilidade não é só um problema do indivíduo imputado e sim do próprio Estado no tocante à sua legitimidade e capacidade de exigir responsabilidade. Em outras palavras, a culpabilidade deflagra para o Estado a necessidade de demonstrar sua condição para exigir do indivíduo o cumprimento das normas jurídicas, e evidentemente tal capacidade de exigir varia de acordo com cada pessoa, suas circunstâncias pessoais e sua relação com o próprio Estado.

A teoria dominante da culpabilidade penal baseia-se como visto em um pressuposto lógico da liberdade de decisão do homem, e que se relaciona estreitamente com a ideia da possibilidade de atuar de modo distinto a partir da suposição de como outras pessoas atuariam nas mesmas circunstâncias; é o que se convencionou chamar de “teoria do homem médio”, pois a punição se dirige àquele que se desviou da média. Importante observar não se tratar mais de um conceito psicológico, e sim normativo, sustentado em um juízo de reprovação.

Na reprovação identifica-se a censura, e ambas, reprovação e censura, são elementos que funcionam como justificativas do castigo que se dirige ao infrator. Em outras palavras, a reprovação ou a censura são expressão da moralidade que considera as pessoas responsáveis por seu comportamento. Quando alguém realiza um mal, outros o julgam negativamente porque sua conduta é repreensível. A censura consiste em demonstrar este juízo, ou seja, tratar o infrator como uma pessoa que realizou um dano⁴²⁵.

Censura e reprovação são, deste modo, elementos que integram um juízo de culpabilidade, uma vez que se destinam ao infrator e ao mesmo tempo dirigem-se a

preventivas especiais têm funcionado como fundamento para redução de penas, substituições e até mesmo para a suspensão de sua execução.

⁴²⁵ A diferenciação entre o pagamento de um imposto e uma multa é elucidativa, pois enquanto a multa expressa desaprovação e censura, o imposto é tão somente o cumprimento de um dever da cidadania. VON HIRSCH, Andrew. **Censurar y Castigar**. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 35.

terceiras pessoas, levando a mensagem de que determinadas condutas são puníveis e, mais que isso, são daninhas e por isso devem ser inibidas ou evitadas. A ameaça mediante consequências negativas tem por escopo desalentar condutas delitivas⁴²⁶, e isto se dá mediante uma dupla função presente no castigo: a consequência desagradável como medida da retribuição e a censura como razão de ordem moral que serve para desestimular comportamentos delitivos. Vale observar que a natureza ou a gravidade da consequência também interage com a censura, na medida em que baixar ou elevar penas altera substantivamente o grau de censura expressado.

Não por acaso que alguns autores proponham a substituição da ideia de poder atuar de modo distinto pela capacidade de motivar-se pelas normas. Com isso, contudo, retomase a tensão inicial: retribuição e prevenção como objetivos perseguidos na conceituação da culpabilidade. E acrescenta-se ao debate a indagação se os menores de idade são ou não motiváveis e de que maneira.

A culpabilidade desde uma ótica preventiva encontra duas vertentes que se procurou detalhar neste trabalho, em Roxin e em Jakobs, sendo que este último leva às últimas consequências a prevenção geral.

Das preciosas lições de Roxin, devemos sublinhar a concepção de que assim como o injusto penal não pressupõe qualquer antijuridicidade senão uma antijuridicidade qualificada pelo dano social, os fins da pena não reclamam de todo injusto culpável uma punição, e sim se remetem a uma cota de reprovabilidade qualificada. O que faz Roxin é construir um conceito de culpabilidade atrelado à teoria dos fins da pena, evidenciando as finalidades preventivas e propondo uma vinculação entre política criminal e sistema penal⁴²⁷.

Na mesma direção, Muñoz Conde reforça a necessária inter-relação entre política criminal e dogmática penal, propondo um conceito de culpabilidade que contemple uma dimensão social acerca do imputado e conseqüentemente uma reflexão quanto à utilidade e conveniência de uma sanção penal, tendo em vista necessidades preventivas.

⁴²⁶ Este é o esquema de funcionamento do Direito Penal, pois o Estado criminaliza determinada conduta e emite uma ameaça legal consistente no castigo específico previsto. A ameaça está dirigida explicitamente para evitar a conduta prevista. VON HIRSCH, Andrew. **Censurar y Castigar**, op. cit., p. 39.

⁴²⁷ SCHUNEMANN, BERND. La culpabilidad: estado de la cuestión. In: SILVA-SÁNCHEZ, JESÚS-MARIA. **Sobre el estado de la teoría del delito – Seminario en la Universidad Pompeu Fabra**. Madrid: Cuadernos Civitas, 2000, p. 116.

Diferentemente de Roxin, entretanto, substitui a lógica da finalidade por um critério de necessidade da pena, que cabe à culpabilidade oferecer.

Já Hassemer, em aguda contradição à vertente preventiva, sustenta um conceito de culpabilidade como critério de proporção entre o agir e a punição; é dizer, a responsabilidade é determinada pelos diferentes graus de participação, e a culpabilidade deve configurar-se desta definição de responsabilidade, e não cuidar de atender objetivos político-criminais. Trata-se de uma avaliação do passado e não do futuro.

A posição de Jakobs, por sua vez, se concentra em objetivos de prevenção geral. Para ele, o Direito Penal não se desenvolve na consciência do indivíduo, e sim na comunicação, portanto a culpabilidade material em sua concepção nada mais é que um déficit de lealdade comunicativa.

Diante desta descrição crítica das principais tendências acerca da culpabilidade na moderna teoria do delito, surge a necessidade de uma redefinição conceitual, que permita construir uma conexão punitiva⁴²⁸ na qual o limite ao poder de punir seja concedido por uma culpabilidade, ainda que redefinida. Evidentemente, tomando esta direção, afastam-se as posições puramente funcionalistas da culpabilidade como reforço à confiança no direito e toma-se outro rumo consistente na busca de sentido e legitimação para a imposição de uma pena ou qualquer sanção jurídico-penal. Daí se depreende a tarefa de individualização da sanção que deve combinar a proporcionalidade decorrente da lesão ao bem jurídico protegido com a prevenção de delitos.

Desta forma, parece plausível uma aproximação entre os posicionamentos de Roxin, Hassemer e Muñoz Conde. De uma parte, por que todos concebem a ideia de responsabilidade como elemento que integra a culpabilidade, e também trabalham com o conceito de exigibilidade, seja no tocante à capacidade de motivação pela norma, no aspecto da acessibilidade normativa ou ainda como critério de necessidade da pena.

⁴²⁸ Conforme Eugenio Raúl Zaffaroni, a conexão punitiva é a vinculação entre o delito e sua consequência, ou seja, a pena, comportando portanto uma quantificação da pena adequada ao caso concreto. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Culpabilidad por la vulnerabilidad** – *Discurso em al Aceptación del Doctorado Honoris Causa Otorgado por La Universidad de Macerata (Itália) 2002.* – In: NUEVA DOCTRINA PENAL, Buenos Aires: Editora Del Puerto, 2003.

No Direito penal juvenil, é certo que a garantia do princípio da culpabilidade se faz mais relevante que no direito penal em geral. Em parte, isto se explica porque no Direito penal juvenil não existem limites mínimos para a medição das sanções e sua eleição, de modo que é necessário preencher o amplo espaço da discricionariedade judicial com decisões valorativas consistentes, entre as quais não cabe dúvida que a culpabilidade concebida como condição de legitimidade da imposição de toda reação penal, cumpre um papel fundamental.

Evidente também que isto não afasta por completo a necessidade de algumas alterações legislativas que possibilitem reduzir o arbítrio judicial garantindo maior objetividade e menor seletividade arbitrária na escolha das sanções e na aplicação de alternativas despenalizadoras de cunho processual.

O tema da culpabilidade em matéria de Direito penal juvenil, conforme aponta brilhantemente Jaime Couso Salas⁴²⁹ inaugura um novo paradigma, fundado na lógica garantista de que “não existe pena sem culpabilidade” também aos inimputáveis. Conforme insiste Couso Salas: “o princípio da culpabilidade – é preciso insistir - na medida em que se converte em condição de legitimidade da pena estatal, deve reger todo o Direito Penal (...) deve reger toda reação punitiva (denomine-se pena ou medida)”.

As necessidades preventivas portanto não podem superar um juízo de culpabilidade, como descreve Hassemer, o que conduziria a um conceito de culpabilidade de autor e não de ato. Por outro lado, para que a culpabilidade não se reduza a uma medida de pura retribuição, os objetivos político-criminais devem ser observados como propõe Roxin, mas sempre em relação às condições sociais e pessoais do sujeito de forma a demonstrar ser a resposta penal necessária para o indivíduo e para a sociedade, como adverte Muñoz Conde.

Reforça-se, finalmente, que a culpabilidade nesta perspectiva é uma demonstração de que o Estado pode exigir responsabilidade por um comportamento antinormativo. Reveste-se de um caráter de garantia e proteção do indivíduo frente ao poder de castigar, condicionado à possibilidade de culpar. Dito de outro modo, o Estado pode

⁴²⁹ COUSO SALAS, Jaime. **Fundamentos del Derecho Penal de Culpabilidad. História, Teoría y Metodología**. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2006. p.474.

castigar tão somente quando a culpabilidade permitir e neste juízo, elementos éticos, racionais, de conteúdo sociológico devem interagir para evitar a seletividade do sistema penal e sua repercussão negativa na vida do indivíduo adolescente. Parece justo e necessário reconhecer que a pena é um mal não só para o delinquente como também para toda a sociedade⁴³⁰. Ao assim repensar a culpabilidade, pode-se quiçá em um futuro próximo avançar na delimitação do controle penal ao mínimo indispensável à convivência social, não só no campo do Direito penal de adultos, mas também no Direito Penal juvenil.

⁴³⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **El Derecho Penal Simbolico y los Efectos de La Pena**. In: ACTUALIDAD PENAL, n ° 1, 2001, p. 13.

CAPÍTULO 6 – TENDÊNCIAS POLÍTICO-CRIMINAIS EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE PENAL DE ADOLESCENTES

6.1 Considerações gerais

A consolidação do Direito da Criança e do Adolescente ocorre simultaneamente à consolidação dos pilares do Estado de Bem-Estar Social, o que produz um traço bastante particular sobre toda a normativa pertinente e que não poderia ser diferente no que se refere à responsabilidade penal dos menores de idade, ainda que sendo matéria específica e vinculada ao Direito Penal. Basicamente, a consideração da adolescência como uma fase peculiar do desenvolvimento humano foi o princípio orientador para a construção de regras e normas jurídicas distintas do Direito Penal tradicional destinado aos adultos⁴³¹.

De outro lado, a percepção da infração juvenil como episódica na vida da maior parte dos adolescentes e também, em grande parte das vezes, a insignificância de sua natureza, constituem as razões fundamentais para o caráter subsidiário e de *ultima ratio* das medidas de privação da liberdade, reforçado pela demonstração empírica de que suas consequências e efeitos em geral mais impedem do que favorecem a inserção social dos jovens.

Nesta direção, alternativas à privação da liberdade e ao encarceramento constituem-se hoje como importante tendência no mundo todo. As regras fundadas sobre o princípio da subsidiariedade e também da proporcionalidade das intervenções públicas contra os jovens delinquentes refletem as tendências da política criminal nessa matéria, especialmente nos últimos dez anos.

Tais tendências caracterizam-se pelo reforço às garantias constitucionais nos procedimentos e pela diminuição da gravidade ou severidade das respostas penais.

⁴³¹ Com a adoção da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Adolescente das Nações Unidas e outros documentos internacionais que a complementam na maioria dos países do globo, uma série de direitos processuais comuns aos adultos, tais como o direito de ser tratado com humanidade e respeito, a proibição de ser torturado, o princípio da presunção da inocência, o direito de ser informado acerca dos fatos que lhe são imputados, direito ao contraditório, direito à ampla defesa, inclusive pública, o direito de não ser privado de sua liberdade arbitrariamente, entre outros, passou a delimitar o Direito Penal Juvenil, em legislações denominadas de segunda geração.

Nessa ótica, não se trata apenas de evitar a privação de liberdade⁴³², senão também que esta tenha a duração mais breve possível, a fim de reduzir seus efeitos negativos demonstrados empiricamente (princípio da brevidade).

Este aspecto, aliás, é particularmente importante em sistemas de justiça juvenil nos quais a privação de liberdade tem duração indeterminada, como é o caso brasileiro. Na maioria dos países, isso tem sido eliminado, como é o caso da Alemanha, Inglaterra, Nova Zelândia, Canadá, entre outros. As razões para essa eliminação do caráter indeterminado das medidas privativas de liberdades fundam-se em aspectos pedagógicos e constitucionais.

Modernamente, observa-se, a exemplo de diversos países europeus, intensa reformulação nos Sistemas de Justiça Juvenil (Alemanha, Inglaterra, França, Itália, Áustria), de modo a situar o Direito Penal Juvenil à frente do direito penal dos adultos. A título de exemplo, na Áustria, a prioridade à reparação extrajudicial introduzida na Justiça da Infância e Juventude no ano de 1988 tem sido atualmente examinada no campo do direito penal também. Na Alemanha, a discussão sobre mediação entre vítima e delinquente e reparação de danos já estabelecidas nos procedimentos da justiça juvenil tem sido um dos aspectos da reforma do direito penal tradicional.

A legislação alemã sobre Justiça Juvenil estabeleceu de maneira expressa o princípio da subsidiariedade da pena e do procedimento penal, por exemplo. E, por força das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de menores, essa concepção espalhou-se por diversos países. Portanto, a desjudicialização ou *diversion* é reforçada, em sintonia com o princípio da *ultima ratio* do encarceramento nas sentenças judiciais relativas aos jovens⁴³³.

Sobre a experiência alemã, é interessante pontuar que a Lei Judicial Juvenil estabelece uma culpabilidade diferenciada para os adolescentes, calcada na percepção de que seu

⁴³² Paralelamente às recomendações das Nações Unidas, vale ressaltar que o Conselho Europeu recomendou que a internação seja restrita aos casos indispensáveis (princípio da excepcionalidade). Recomendação n.º 30 do Conselho de Ministros dos estados membros do Conselho Europeu.

⁴³³ De acordo com as Regras de Beijing n.17, a privação da liberdade deve se restringir aos casos de violência grave contra a pessoa e a jovens multirreincidentes, e desde que não haja outras medidas adequadas.

grau de discernimento e maturidade é distinto do dos adultos⁴³⁴. Por essa razão, o artigo 3º da lei alemã estabelece que o menor é penalmente responsável se no momento do ato era suficientemente maduro para compreender a antijuridicidade do ato praticado.

Ressalte-se que a lei alemã menciona responsabilidade penal, e esta incide sobre as pessoas entre 14 e 18 anos. A faixa etária seguinte, dos 18 aos 21 anos, possui um sistema diferenciado, o dos jovens adultos. E, por consequência lógica, os menores de 14 anos não sofrem nenhum tipo de resposta penal. Nesse aspecto, o sistema brasileiro é mais severo, uma vez que a adolescência tem início aos 12 anos.

O Sistema dos Jovens Adultos na Alemanha tem despertado grande interesse acadêmico e prático entre os demais países. Consiste na possibilidade de aplicação da legislação penal juvenil aos maiores de 18 anos até a idade de 21 anos, se demonstrada a ausência de pleno discernimento no momento do cometimento do fato.

No caso brasileiro, são recorrentes as tentativas de justificação da redução da idade penal para 16 anos, propugnando-se um sistema para jovens adultos, que incidiria na faixa etária dos 16 aos 18 anos. O equívoco é grotesco, pois o Sistema de Jovens Adultos Alemão, além de dirigir-se à idade mais avançada, tem uma característica fundamental, qual seja, a incorporação dos jovens adultos no próprio Sistema Juvenil. A lógica, portanto, é diametralmente oposta da pretendida por alguns setores no Brasil. Enquanto as propostas de redução da idade penal fundamentam-se pela ideia de exclusão dos jovens entre 16 e 18 anos do Sistema Juvenil, o modelo alemão, ao contrário, tem como pressuposta a inclusão dos jovens adultos nas regras destinadas aos adolescentes.

O fundamento legal dessa inclusão é o reconhecimento da Lei Penal Comum como subsidiária. A Lei Penal Comum é aplicável a adolescentes e jovens adultos, na medida em que a Lei Penal Juvenil não dispuser de outra forma. Assim, se um jovem adulto incorre na prática de um fato ilícito, que segundo as disposições gerais está sancionado com pena, abre-se a possibilidade para o juiz de utilizar o Sistema Juvenil de modo concorrente ao Sistema comum.

⁴³⁴ A Lei Alemã concebe as diferenças de motivação entre adultos e adolescentes como resultado da maturidade intelectual e espiritual, ou seja, a capacidade de compreensão e reconhecimento do que é proibido pelas leis, a capacidade de autodeterminação e a consciência de compreender um fato proibido.

A tendência que se observa naquele país é a aplicação predominante da Lei Penal Juvenil aos jovens adultos, uma vez que a maturidade do agente deverá ser aferida para essa escolha. Nos sistemas antigos, como a Etapa Penal Indiferenciada Brasileira, a regra adotada de forma simplista e massificada era a atenuação das penas dos adultos aos menores de 18 anos em face da maturidade diminuída. A evolução parece ter possibilitado a construção de um Sistema completamente oposto, como no caso alemão, em que a maturidade diminuída implica a adoção da legislação especial, mesmo para aqueles que a princípio estariam fora de seu âmbito de incidência.

Ainda sobre a desjudicialização, sua presença é marcante no modelo espanhol. Tendo em vista o monopólio da ação pelo Ministério Público, exatamente como ocorre no Sistema Brasileiro⁴³⁵, toda instrução é de sua responsabilidade e, portanto, a observância do princípio da oportunidade é sua atribuição.

6.2. Diferenças relativas à idade penal

Diferentemente do que alguns jornais, revistas ou veículos de comunicação em geral têm divulgado, a idade de responsabilidade penal no Brasil não se encontra em desequilíbrio se comparada à maioria dos países do mundo.

De uma lista de 54 países analisados, a maioria deles, como discutido a seguir, adota a idade de responsabilidade penal absoluta aos 18 anos de idade, como é o caso brasileiro. No entanto, tem sido fonte de grande confusão conceitual o fato de que muitos países possuam uma legislação específica de responsabilidade penal juvenil e que, portanto, acolham a expressão penal para designar a responsabilidade especial que incide sobre os adolescentes abaixo dos 18 anos.

Neste caso, países como Alemanha, Espanha e França possuem idades de início da responsabilidade penal juvenil aos 14, 12 e 13 anos. No caso brasileiro, tem início a mesma responsabilidade aos 12 anos de idade. A diferença é que no Direito Brasileiro, nem a Constituição Federal nem o ECA mencionam a expressão penal para designar a

⁴³⁵ Esta não é a única semelhança entre o modelo espanhol e o brasileiro. Da mesma forma como ocorre no Brasil, são as equipes técnicas que se pronunciam acerca da medida mais adequada e interferem de forma direta na execução das medidas.

responsabilidade que se atribui aos adolescentes a partir dos 12 anos de idade. Apesar disso, as seis modalidades de sanções jurídico-penais possuem, tal qual as penas dos adultos, finalidades de reprovação social. A não utilização da expressão *Penal* em nosso sistema não altera a natureza das medidas aplicadas, que como visto é inegavelmente penal.

Acredita-se que esta revelação tem muito a colaborar no recorrente debate em torno da redução da idade penal, posto que reconhecer a já existência de um Sistema Penal Juvenil resulta na completa inutilidade em seguir alimentando uma discussão que mais que compromissada com a proteção da sociedade, é altamente populista e demagógica, amparada na ignorância e desconhecimento da população e da opinião pública sobre o modelo brasileiro.

Da informação de 53 países, sem contar o Brasil, temos que 42 deles (79%) adotam a maioria penal aos 18 anos ou mais. Esta fixação majoritária decorre das recomendações internacionais já discutidas que sugerem a existência de um sistema de justiça especializado para julgar, processar e responsabilizar autores de delitos abaixo dos 18 anos. Em outras palavras, no mundo todo a tendência é a implantação de legislações e justiças especializadas para os menores de 18 anos, como é o caso brasileiro.

No que concerne à idade mínima inicial para que estes sistemas de justiça especializados tenham incidência, observa-se que dos 53 países, sem referir o Brasil, a predominância é a fixação do início da responsabilidade juvenil entre 13/14 anos, o que se expressa em 25 países da lista (47%).

Especificamente temos as seguintes idades: *abaixo dos 12 anos* estão Escócia em alguns casos (8 anos), Estados Unidos (10), Inglaterra e Países de Gales (10 anos), México (11 anos), Suíça em alguns casos (7 anos) e Turquia (11 anos), portanto 7 países. Os países que estabelecem a idade de *início aos 12 anos*, tal qual o Brasil, são 12: Bolívia, Canadá, Costa Rica, El Salvador, Espanha, Equador, Holanda, Irlanda, Países Baixos, Portugal, Peru e Venezuela. *Aos 13 anos de idade*, Argélia, Estônia, França, Grécia, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Polônia, República Dominicana e Uruguai, totalizam 10 países. Já Alemanha, Áustria, Bulgária, Colômbia, Chile, China, Croácia, Eslovênia, Hungria, Itália, Japão, Lituânia, Panamá, Paraguai, e Rússia (em casos graves) formam

o grupo mais numeroso de 15 países que adotam a idade de *14 anos para o início da responsabilidade juvenil*. Cinco países da lista têm a idade fixada *aos 15 anos*: Dinamarca, Finlândia, Noruega, República Checa, e Suécia. E por fim, *aos 16 anos* estão Argentina, Bélgica e Romênia.

O Comitê da Criança das Nações Unidas, em sessões realizadas em janeiro e fevereiro de 2007, discutiu aspectos relacionados à idade mínima para a responsabilidade juvenil e a incidência dos sistemas de justiça especializadas. Em primeiro lugar, identificou que há uma grande variedade de idades mínimas estabelecidas, como apresentado acima. Entretanto, ressaltou como recomendável que os estados-parte adotem idades entre 14 ou 16 anos.

Como se vê, o direito brasileiro encontra-se em sintonia com a tendência mundial de fixação da maioridade penal aos 18 anos. Porém, quanto à idade inicial de responsabilidade penal juvenil fixada aos 12 anos mediante a definição de adolescente, se encontra dentre os países que adotam idades relativamente precoces para a responsabilização.

Além disso, não há no sistema brasileiro faixas etárias diferenciadas de modo a condicionar a qualidade e intensidade das medidas aplicadas, ou seja, já a partir dos 12 anos admite-se a imposição da privação de liberdade. Este aspecto em particular vem sendo discutido na comunidade internacional na perspectiva de sua aplicação unicamente como último recurso.

6.3. O debate da redução da idade penal no Brasil

Sabe-se que no âmbito do legislativo nacional pretende-se modificar as normas concernentes aos adolescentes em conflito com a lei. A PEC 20/1999⁴³⁶, desarquivada no último dia 05 de abril de 2011, objetiva alterar o artigo 228 da Constituição Federal. Também a PEC 171/1993⁴³⁷, atualmente pronta para a pauta, busca reduzir para 16 (dezesseis) anos a idade de imputabilidade penal.

⁴³⁶ Proposta de Emenda à Constituição 20/1999, de autoria do Senador José Roberto Arruda e outros senadores.

⁴³⁷ Proposta de Emenda à Constituição 171/1993, de iniciativa de Benedito Domingos.

O paradigma adotado na legislação nacional especial – o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no bojo de um inegável processo de constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente, põe em evidência o tratamento constitucional conferido aos adolescentes. Por isso, perverter a racionalidade e a principiologia constitucional, através dos intentos em modificar o sistema, admitindo-se que maiores de 16 (dezesesseis) anos, ou abaixo disso, recebam as mesmas penas cominadas aos adultos, consistiria em retrocesso jurídico, além de afronta às garantias constitucionais, já asseguradas no Estado Democrático de Direito.

Adultos, crianças e adolescentes, sendo pessoas diferentes entre si, não podem ser tratadas de igual maneira pelo Direito. Deve-se obedecer à isonomia e à proporcionalidade, respeitando-se o Princípio da Culpabilidade, da Proteção Integral, e principalmente, da Condição Peculiar de Pessoa em Desenvolvimento. Desta maneira, diante do cometimento do delito por menor de idade, busca-se como resposta, não a defesa da impunidade ou a indiferença penal, mas a compatibilidade da sanção em relação ao agente que o cometeu, inclusive por imperativo de ordem político-criminal.

A primeira objeção a qualquer alteração no modelo e sistema adotado está amparada na constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente no âmbito do Estado Democrático de Direito, como barreira efetiva para tais propostas de emenda e reforma constitucional.

6.3.1. Constituição Material e Inimputabilidade Penal Etária

Tomando a definição de Luigi Ferrajoli, de Estado Constitucional de Direito como um novo modelo de direito e de democracia⁴³⁸, tem-se o garantismo como a outra cara do constitucionalismo, na medida em que lhe corresponde a elaboração e a implementação das técnicas de garantia idôneas para assegurar o máximo grau de efetividade dos direitos constitucionalmente reconhecidos. Além disso, na concepção de Ferrajoli, o paradigma democrático conduz à garantia de todos os direitos; não somente dos direitos de liberdade, como também dos direitos sociais. Garantia que se estabelece também

⁴³⁸ FERRAJOLI, Luigi. “Sobre los derechos fundamentales”. IN: CARBONELL, Miguel. **Teoria del neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2007.

frente a todos os poderes, não só aos poderes públicos, mas também aos poderes privados, e em terceiro lugar, garantia em todos os níveis, doméstico e internacional⁴³⁹.

A configuração do atual Direito da Criança, no ordenamento jurídico brasileiro se situa justamente nesse paradigma garantista, em conexão ao seu processo de constitucionalização e diante de uma inegável compreensão da Carta Política brasileira como uma Constituição material, que funciona como limite ou garantia e ao mesmo tempo como norma diretiva fundamental.⁴⁴⁰ Evidentemente, a constitucionalização não é absoluta, mas como já discutido, comporta diferentes graus ou estágios de implementação.

No campo dos Direitos da Criança e do Adolescente, é o Capítulo VII da Constituição que reúne os principais dispositivos constitucionais, merecendo especial menção o inciso V parágrafo 3.º do artigo 227⁴⁴¹ e o artigo 228⁴⁴² ambos da CF/1988, como direitos humanos, e consequentemente como manifestações da própria dignidade humana⁴⁴³, que é o fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro.⁴⁴⁴

Não resta dúvida que a presença de princípios e regras de garantia em matéria dos direitos da infância e juventude no texto constitucional configura não só um novo modelo de proteção e salvaguarda dos direitos desta população, como produz efeitos em toda a disciplina infraconstitucional que venha a regular a condição material de crianças e adolescentes.

⁴³⁹ SPOSATO, Karyna Batista. “A criança no neoconstitucionalismo brasileiro”. IN: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de (Orgs.). Direitos fundamentais em construção: um estudo em homenagem ao ministro Carlos Ayres Britto. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 43.

⁴⁴⁰ FIORAVATI, M. *Los derechos fundamentales. Apuntes de história de las constituciones* apud SANCHÍS, Luis Prieto. “El constitucionalismo de los derechos”. IN: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2007.

⁴⁴¹ Art. 227. § 3º O direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: V- Obediência aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade.

⁴⁴² Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas de legislação especial.

⁴⁴³ Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: I. a soberania; II. a cidadania; III. a dignidade da pessoa humana; IV. os valores sociais da livre iniciativa; V. o pluralismo político.

⁴⁴⁴ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003.

Mais que isso no bojo de uma Constituição material como a brasileira, quaisquer propostas de alteração ou diminuição de garantias vêm a se constituir como violação inequívoca de cláusula pétrea. Neste sentido, Luis Fernando Camargo de Barros Vital⁴⁴⁵ defende a natureza pétrea da cláusula constitucional que estabelece a idade penal.

Afirma que:

A inimizabilidade etária, muito embora tratada noutro capítulo que não aquele das garantias individuais, é, sem dúvida, um princípio que integra o arcabouço de proteção da pessoa humana do poder estatal projetado naquele, e assim deve ser considerado cláusula pétrea.

6.3.2. Impedimentos Constitucionais à Redução da Idade Penal

A reforma constitucional se configura como a via formal de mutação para as constituições rígidas (estruturação de um procedimento mais rigoroso em se tratando de modificação do texto), a exemplo da Carta Magna brasileira, que se concretiza através de procedimentos próprios realizados pelo poder constituinte derivado⁴⁴⁶. A própria Constituição, em seu texto, traça limites no que tange à redução de garantias e direitos já assegurados constitucionalmente.

Quanto às possibilidades de emenda, de maneira expressa o seu procedimento vem delimitado no artigo 60 da Constituição Federal da República Federativa: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – *os direitos e garantias individuais*” (grifo meu).

Em se tratando da modificação da menoridade penal poder ser ou não objeto de quaisquer deliberações de emenda constitucional, no sentido de restringir direitos e

⁴⁴⁵ VITAL, Luis Fernando Camargo de Barros. “A irresponsabilidade penal do adolescente”. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: IBCCrim, Nº: 18/1997. Edição: 18. p. 91.

⁴⁴⁶ Manuel Jorge e Silva Neto esclarecem que, por vezes, a conveniência de modificação de aspectos pontuais do texto constitucional faz surgir o poder constituinte derivado, o poder reformador, ou ainda o poder de competência constitucional derivado. Trata-se, em verdade, de aspecto vinculado à técnica constitucional, eis que se tornaria impossível o chamamento do constituinte originário a cada vez que os fatores de ordem, social, política ou econômica apontassem para a mudança da Constituição. “Consagrada à expressão poder constituinte derivado, ela admite, por sua vez, duas subespécies: o poder de reforma constitucional e o poder constituinte decorrente”. (SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 15)

garantias individuais atinentes ao adolescente, René Ariel Dotti⁴⁴⁷ entende não ser possível:

A inimizabilidade assim declarada constitui uma das garantias fundamentais da pessoa humana, embora topograficamente não esteja incluída no respectivo Título (II) da Constituição que regula a matéria. Trata-se, pois de um dos direitos individuais inerentes à relação do art. 5º, caracterizando, assim uma cláusula pétreia. Consequentemente, a garantia não pode ser objeto de emenda constitucional visando à sua abolição para reduzir a capacidade penal em limite inferior à idade penal - dezesseis anos por exemplo como se tem cogitado. A isso se opõe a regra do §4º, IV, do art. 60 da CF.

Reforça-se assim a identificação do direito à inimizabilidade penal como cláusula pétreia, conteúdo material da Constituição, derivado de princípios imutáveis.

Tratando-se de direito e garantia individuais, a melhor interpretação é aquela que não só enfatiza a principiologia constitucional (prioridade e proteção especial a crianças e adolescentes) mas também reconhece o peso de norma constitucional dos parâmetros internacionais decorrentes da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança⁴⁴⁸ e outros instrumentos ratificados pelo Estado brasileiro. Todos estes dispositivos apontam para a necessidade de uma legislação e jurisdição especiais no trato de questões relacionadas à infância e à juventude.

Ressalte-se que a EC nº 45/2004 estabelece que os tratados e convenções internacionais têm status de emenda constitucional.

Nesta direção, Flávia Piovesan⁴⁴⁹, associando-se às mesmas ideias de José Joaquim Gomes Canotilho, defende a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais resultantes de documentos e tratados internacionais:

O reconhecimento se faz explícito na Carta de 1988, ao invocar a previsão do art. 5º, §2º. Vale dizer, se não se tratasse de matéria constitucional, ficaria sem sentido tal previsão. A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos

⁴⁴⁷ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. V.1, 3ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 2001, ps. 412 e 413.

⁴⁴⁸ Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990 que ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança (Resolução 44/25 da Assembleia Geral, de 20 de novembro de 1989). Regras da ONU para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade.

⁴⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 54 e 55.

tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional.

Desse modo, qualquer proposta de alteração de uma dessas regras desmonta e impede a operacionalização do sistema como um todo, interferindo inclusive em outras esferas jurídicas, como a civil, à medida que reconhecer e imputar a responsabilidade penal a uma pessoa de 16 anos entra em contradição com a regra da incapacidade relativa do Direito Civil, por exemplo.

Outras contradições se revelam também no que diz respeito às competências jurisdicionais para a imposição das penas, se aplicadas aos adolescentes a partir dos 16 anos, como também a que órgão corresponderia a fiscalização e o acompanhamento da execução penal.

Destaca-se que os direitos da criança e do adolescente compõem uma classe de direitos fundamentais. A universalidade se realiza porque todas as relações jurídicas das quais participem crianças e adolescentes são reguladas pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e, nesse aspecto, estão incluídos toda criança e todo adolescente, independentemente de classe social. A normatividade é composta, além da legislação especial, das regras constitucionais e dos princípios decorrentes dos tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. Já a matéria correspondente à resposta à prática de infrações penais cometidas por adolescentes está regulada, no caso brasileiro, especificamente pelo Título III do Estatuto da Criança e do Adolescente. O que se pode definir como o Direito Penal Juvenil, subsidiário à dogmática da Criança e do Adolescente⁴⁵⁰.

Assim, o reconhecimento da dignidade humana de todo adolescente impõe a existência de uma “justiça especializada”, que introduza em seu funcionamento o critério da sanção mais adequada para cada caso concreto em atenção à condição peculiar de desenvolvimento em que o adolescente se encontra.

⁴⁵⁰ Justamente por ser subsidiário e fragmentário, o Direito Penal Juvenil, e neste caso, como é o Direito Penal, só deve ser acionado quando falharem os demais mecanismos de controle social. SPOSATO, Karyna Batista. Op. cit., 2006, p. 68.

Não por acaso, diversos estudiosos da matéria alertam que o Direito Penal Juvenil tem muito a ensinar ao Direito Penal tradicional de adultos. E isso de fato vem ocorrendo. Além do mecanismo de transação que originalmente foi introduzido no Direito brasileiro pelo instituto da remissão do Estatuto da Criança e do Adolescente, influenciando posteriormente à própria lei de criação dos juizados especiais criminais – a Lei 9.099/1995, mais recentemente são crescentes as experiências de justiça restaurativa, que, iniciadas nos juizados da infância e juventude, paulatinamente vêm ganhando espaço na justiça penal como um todo.

Quando se situa o Direito da Criança e do Adolescente como categoria integrante dos direitos fundamentais, reforça-se a compreensão dos direitos da criança e do adolescente como parte da doutrina universal de direitos humanos. Do ponto de vista normativo, é interessante observar que os mecanismos de proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente são complementares, nunca substitutivos dos mecanismos gerais de proteção de direitos reconhecidos a todas as pessoas, como estabelece o art. 41 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

Um segundo esclarecimento parece necessário e se refere a uma subdivisão: enquanto a normativa da criança e do adolescente é parte integrante da doutrina de direitos humanos, o Direito Penal Juvenil é subsistema do Sistema de Garantias e Direitos que se faz presente no Estatuto da Criança e do Adolescente. A imposição de medidas socioeducativas para adolescentes autores de infração penal tem um lugar seletivo, restrito e simbólico quando as políticas sociais básicas foram insuficientes. Ou seja, como já dito, o Direito Penal Juvenil é subsidiário em relação ao Direito da Criança e do Adolescente.

Além disso, Direito Penal Juvenil também se encontra constitucionalizado. Normas constitucionais funcionam como limite ou garantia ante o poder punitivo sobre adolescentes. Sua caracterização inicial revela dois fundamentos principais: o reconhecimento de uma responsabilidade especial a partir de certa idade – no caso o início da adolescência, está fixado aos 12 anos de idade – e a incorporação de um conjunto de garantias que limita o poder punitivo do Estado e orienta uma reação ao delito juvenil que promova a integração social e a observância dos direitos da criança e do adolescente.

O estabelecimento de uma idade mínima para o início da responsabilidade juvenil deriva de várias recomendações de instrumentos internacionais, a exemplo do item 4.1 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude, conhecidas como Regras de Beijing⁴⁵¹, que estabelece: “Nos sistemas jurídicos que reconheçam o conceito de responsabilidade penal para jovens, seu começo não deverá fixar-se numa idade demasiado precoce, levando-se em conta as circunstâncias que acompanham a maturidade emocional, mental e intelectual.”

Conforme já assinalado, no Direito brasileiro a idade de início da responsabilidade penal juvenil está fixada em 12 anos. Se comparada a outros países, é uma idade relativamente baixa. Quando se desmascara a natureza penal das medidas aplicadas aos adolescentes a partir dos 12 anos, o debate da redução da idade penal certamente resta vazio em conteúdo e utilidade. Mais que isso, reconhecer sua dimensão constitucional implica inevitavelmente traçar os efetivos impedimentos de tais propostas prosperarem dentro do nosso sistema democrático constitucional

6.3.2.1 Da Inconstitucionalidade das Propostas de Redução da Idade Penal e Violação da Constituição Material

Todas as propostas de alteração da idade penal que vez por outra aparecem no cenário político e no debate público nacional têm a mesma característica, independentemente de seus conteúdos diversificados. Todas, indistintamente, afrontam o texto constitucional brasileiro, pois a Constituição Federal de 1988 destaca a absoluta prioridade dos direitos da criança e do adolescente e consagra ainda como princípios o respeito à condição peculiar de desenvolvimento de crianças e adolescentes e a brevidade e excepcionalidade na aplicação de medidas privativas da liberdade⁴⁵². Trata-se do direito à proteção integral, que abrange ainda o direito a responder por infrações penais com base na legislação especial, nos moldes do já citado art. 228 da CF/1988.

451 Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça, da Infância e da Juventude - Regras de Beijing de 1985. [Primeira parte- Princípios Gerais; item 4-1 Responsabilidade penal].

452 Nos termos do já citado art. 227, §3º - O direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: V- Obediência aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade. O mesmo princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento encontra previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Os intentos em modificar o sistema, admitindo-se que maiores de 16 anos, ou até mais jovens, recebam as mesmas penas que se aplicam aos adultos, representam uma violação da Constituição material, tendo em vista que a Constituição assegura, dentre as cláusulas pétreas constitucionais, os direitos e garantias individuais, conforme o também já mencionado art. 60, § 4.º, IV, da CF/1988.

É direito individual de todo adolescente a possibilidade de responder pela prática de infrações penais com base em legislação especial, diferenciada do Código Penal, que se aplica aos adultos, maiores de 18 anos. É, portanto, matéria que não poderá ser abolida como se pretende nas propostas de emenda à Constituição.

Em decisão do STF referente à EC 03/1993, foi conferida interpretação extensiva à cláusula “direitos e garantias fundamentais”, alcançando neste exemplo a garantia tributária da anterioridade. Como não reconhecer a mesma interpretação extensiva para a questão do modelo de responsabilidade previsto aos adolescentes?

Em outras palavras, não é necessário que o direito ou a garantia individual esteja expressamente descrito no art. 5.º da CF/1988 para impedir a deliberação da proposta. Basta que esteja no texto constitucional como um direito ou garantia que diga respeito diretamente à vida, à liberdade, à igualdade e até mesmo à propriedade, e que no caput do citado art. 5.º venha reforçado por uma cláusula de inviolabilidade. Além disso, a referência, no art. 34, VII, b, da CF/1988, aos direitos da pessoa humana como princípio sensível, auxilia a firmar ainda mais essa linha de raciocínio:

A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...) VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; **b) direitos da pessoa humana**; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. (*grifo meu*).

Desse modo, é direito da pessoa humana com idade inferior a 18 anos ser julgada, processada e responsabilizada com base em uma legislação especial, diferenciada dos adultos. Em decorrência de sua natureza, a matéria encontra-se ao abrigo das cláusulas

pétreas constitucionais e se constitui como conteúdo material da Constituição, ainda que derivado de princípio implícito.

Além disso, não se pode esquecer dos parâmetros internacionais que, por força do art. 5.º, § 2.º, da CF/1988⁴⁵³, têm peso de norma constitucional. Os direitos enunciados em tratados e documentos internacionais de proteção aos direitos humanos somam-se aos direitos nacionais, reforçando a imperatividade jurídica dos comandos constitucionais já mencionados.

Deste modo é inconteste que o novo direito constitucional também foi responsável pela exigência de uma leitura verticalizante no campo do Direito da Criança e do Adolescente e por consequência do Direito Penal Juvenil. Tal constitucionalização do direito se evidencia através da necessária interpretação da lei conforme a Constituição e da aplicação direta da Lex Máxima às relações jurídicas.

Conclui-se preliminarmente que a constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente abre significativos espaços de controle sobre qualquer impulso ou compulsão de descumprimento de norma constitucional e consequentemente sua alteração. Deve-se fazer prevalecer a supremacia constitucional como garantia da própria Constituição⁴⁵⁴; do contrário, coloca-se em risco a própria unidade da Carta Política.

A constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil vem operando efeitos importantes na organização da Justiça especializada para o trato de questões relacionadas à infância e juventude, na formulação de políticas públicas dirigidas a esta população em atendimento ao princípio da prioridade absoluta e, de modo geral, na ação de diversos atores políticos e na configuração de um novo padrão para as relações sociais que envolvem crianças e adolescentes e seus interesses.

Igualmente como ocorre com outros ramos, nota-se um conjunto de princípios, considerados imutáveis, dentre os quais estão o princípio da proteção integral, o

⁴⁵³ “§ 2.º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

⁴⁵⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., p. 33.

princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e o princípio da inimputabilidade penal.

Este conjunto principiológico exige que toda matéria infraconstitucional seja filtrada pela ótica da Constituição, ou seja, impõe também no âmbito do Direito da Criança e do Adolescente a chamada filtragem constitucional⁴⁵⁵, tal qual definiu Gomes Canotilho, como condição inclusive do garantismo em torno dos direitos da infância e juventude.

⁴⁵⁵ Gomes Canotilho denominou de filtragem constitucional o fenômeno de ler e aprender toda a ordem jurídica através da lente da Constituição, na medida em que todos os institutos inclusive do direito infraconstitucional são reinterpretados na ótica constitucional com o objetivo de consagrar os valores enunciados pela Constituição. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. Cit., 1991).

CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, e em face do desenvolvimento dos argumentos que foram discutidos ao longo dos seis capítulos que compõem a presente tese, seguem as seguintes conclusões:

1. É premente a necessidade de uma construção dogmática acerca da Responsabilidade penal de adolescentes, que tome em consideração os principais elementos da responsabilidade penal e a eles agregue os aspectos de uma Teoria particular fundada nos princípios que informam o Sistema especializado destinado à adolescência em conflito com a lei.
2. Historicamente sempre foi frágil a construção jurídico-penal voltada a explicar e fundamentar a intervenção punitiva sobre adolescentes autores de infração penal, deixando-se prevalecer argumentos e fundamentos extrajurídicos na operacionalização do sistema.
3. Como é possível constatar ao longo da história, envolvidas em um discurso de assistência e educação, as sanções aplicadas aos adolescentes, denominadas medidas socioeducativas, operaram, e ainda hoje operam um exercício do poder punitivo sobre os adolescentes e jovens, muitas vezes mais agudo e desmedido que qualquer outro.
4. A superação da categoria de Menoridade, como desqualificação e inferiorização de crianças e jovens, agora em condições de igualdade perante a lei, a incorporação do devido processo legal e dos princípios constitucionais como limites objetivos ao poder punitivo sobre jovens em conflito com a lei, e o caráter predominantemente educativo das sanções aplicáveis denotam que o modelo adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente impõe que as garantias do Direito Penal sejam trasladadas ao terreno do Direito penal juvenil, favorecendo dada sua essência invocar e construir as bases de um Direito Penal Juvenil Mínimo.
5. Entretanto, a negação da natureza penal da regulação correspondente à responsabilidade dos adolescentes deriva sobretudo da ambiguidade do Estatuto

da Criança e do Adolescente, que dada a não utilização da expressão penal tende a permitir confusões conceituais, deixando aberto o espaço para interpretações tutelares acerca de suas finalidades, o que pode ser apontado como um dos principais obstáculos para a consolidação de um modelo de responsabilidade no Brasil.

6. A resistência em reconhecer um modelo penal de responsabilidade de adolescentes constitui não apenas uma fraude de etiquetas que dá margem à distorções conceituais como constitui fator impeditivo para o devido avanço doutrinário e elaboração teórica e doutrinária que deveriam de forma mais consistente enfrentar o tema da imputabilidade dos menores de idade. A ausência do estudo de uma culpabilidade específica a ser reconhecida para os menores de idade permite que a intervenção siga marcada por imensa arbitrariedade e insegurança jurídica. Ademais, o tratamento a situações díspares de forma generalizada tem favorecido a percepção na opinião pública de que a delinquência juvenil é um dos problemas contemporâneos mais graves e sem solução.
7. Evidencia-se assim que as medidas socioeducativas e sua execução não se dissociam da política criminal. E revestem-se de uma feição extremamente importante, pois constituem o sistema formalizado de controle penal sobre a adolescência.
8. Se o Direito Penal Juvenil é, ao final e ao cabo, Direito Penal, necessário fazer repercutirem no Sistema Especializado os mesmos princípios e fundamentos que informam o Direito Penal, com especial referência à culpabilidade como fundamento e limite da resposta penal.
9. A natureza penal das medidas aplicáveis aos adolescentes impõe uma incidência restrita e limitada aos casos de estrita necessidade. Vale dizer que a imposição de uma medida socioeducativa não pode fundamentar-se em condições pessoais dos adolescentes, tal como a falta de respaldo familiar, a baixa escolarização, a presença de algum sofrimento psíquico, entre outras circunstâncias que não traduzem a prática de um ilícito penal.

10. São elementos pressupostos da Responsabilidade penal de adolescentes, a definição do próprio Direito Penal Juvenil, o conceito de ato infracional, a natureza jurídica da medida socioeducativa e delimitação do conceito da inimputabilidade penal etária.
11. O Direito Penal juvenil corresponde ao conjunto de normas que regulam a responsabilidade penal dos menores de idade, sendo um direito penal especial que orienta-se fundamentalmente para a prevenção especial positiva em seu aspecto educativo.

12. O ato infracional é toda conduta típica (crime ou contravenção penal), antijurídica e culpável (punível/ reprovável). Por conseguinte, as medidas socioeducativas são uma modalidade específica de consequência jurídica derivada do delito, com natureza penal, uma vez que representam o exercício do poder coercitivo do Estado e implicam necessariamente uma limitação ou restrição de direitos ou de liberdade. De uma perspectiva estrutural qualitativa, não diferem das penas. Isto porque cumprem o mesmo papel de controle social formalizado que a pena, possuindo finalidades e conteúdo assemelhados.
12. Na eleição e aplicação das medidas, as exigências da prevenção especial jogam um papel importante, mas ainda que em menor medida também aquelas de reafirmação do ordenamento jurídico e de prevenção geral se fazem presentes.
13. A inimputabilidade dos menores de 18 anos (inimputabilidade penal etária) não exclui, portanto, sua responsabilidade por ilícitos penais, nem tampouco autoriza uma indiferença penal diante do cometimento de um ato típico e antijurídico. Daí emerge a necessidade de uma adequada Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes, que admita uma *imputabilidade sui generis* aos adolescentes e inclua o reconhecimento de uma “culpabilidade específica” aos menores de idade.
14. O tema da culpabilidade em matéria de responsabilidade de adolescentes impõe a definição de um novo paradigma que combine as necessidades preventivas (finalidade eminentemente educativa), aos objetivos político-criminais e à proporcionalidade da reação penal, sempre observando-se as condições sociais e

personais do adolescente (suas necessidades pedagógicas e circunstâncias) de forma a demonstrar ser a medida socioeducativa necessária para o indivíduo e para a sociedade.

15. A discussão não se encerra ao incorporar as garantias de direito penal de adultos aos adolescentes. Não se pretende que os Estados Nacionais reconheçam crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e então os tratem como adultos, e sim que os tratem como pessoas condição peculiar de desenvolvimento. O desafio, portanto, é maior e mais complexo: não basta aplicar o direito penal tradicional aos adolescentes, é preciso que o direito penal juvenil se consolide como tal e seja mais benigno que o direito penal.
16. O reconhecimento de um Sistema Próprio de Responsabilidade para os Menores de idade, fundado em um modelo de responsabilidade diferenciado do modelo dos adultos, emerge como condição necessária ao reconhecimento de garantias. Ou seja, se situa na consolidação de um modelo de responsabilidade penal de adolescentes que, de um lado lhes garanta as regras democráticas do devido processo legal e de outro, que elimine das práticas institucionais o legado das ideologias correcionais e da prevenção especial desmedida que subvertem as sanções jurídico-penais em suposto bem metajurídico.
17. Um sistema ou Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes exige, em primeiro lugar, reconhecer que a inimputabilidade penal etária não exclui as possibilidades de definir regras de atribuição ou imputação do ato antinormativo ao sujeito e por consequente de desenhar uma culpabilidade específica aos adolescentes.
18. Ser inimputável, em razão da idade, portanto não significa que o indivíduo seja irresponsável, uma vez que a responsabilidade é assunção, diante da ordem jurídica, das consequências do fato a que deu causa. Assim como o maior imputável tem a pena como resposta pela conduta praticada, o maior inimputável, a medida de segurança, ao menor de 18 anos, se aplica a medida socioeducativa.

19. Diante da ordem jurídica, todo ato reprovável deverá receber uma sanção do Estado, e assim sendo, sua aplicação também deverá ser acompanhada de garantias constitucionalmente previstas. Os menores em idade precoce, como são as crianças abaixo dos 12 anos de idade, são excluídos do Sistema por questões de ordem político-criminal.

20. Não pode existir educação para a cidadania sem o respeito aos mais elementares direitos de cidadão, donde se destaca o de ser sujeito responsável por seus atos.

APÊNDICE

21. Apêndice 1 – Marcos de Idade de Responsabilidade Penal na história jurídica brasileira

07	09	12	14	16	17	18	21
<p>1. Ordenações Filipinas :Responsabilidade penal Plena aos 7 anos com isenção da pena de morte até 17 anos – aplicação de redução de pena);</p> <p>2. Código Penal do Império de 1830: De 7 a 14 anos – imputabilidade e relativa. Responsabilidade penal plena aos 14 anos Privação de liberdade poderia se estender até os 17 anos;</p>	<p>1. Código Penal Republicano de 1889 De 9 a 14 anos – imputabilidade e relativa. Responsabilidade penal plena aos 14 anos Privação de liberdade poderia se estender até os 17 anos;</p>	<p>1. Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.072/90) De 12 a 18 anos incompletos, responsabilidade de adolescentes diferenciada</p>	<p>1. Código Penal do Império de 1830: Responsabilidade e penal plena aos 14 anos Privação de liberdade poderia se estender até os 17 anos; 2. Código Penal Republicano de 1890 Responsabilidade e penal plena aos 14 anos podendo retroagir a 9 anos se demonstrado discernimento; Privação de liberdade poderia se estender até os 17 anos; 3. Lei 4.242 de 1921 Responsabilidade e penal Plena aos 14 anos 4. Código de Menores de 1927 (Código Mello Mattos) De 14 a 18 anos imposição do Direito do menor 5. Código de Menores de 1979 De 14 a 18 anos imposição do Direito do menor – ápice da doutrina da situação irregular</p>	<p>1. Código Penal Militar (Decreto-lei 1.001 de 1969) Nos crimes militares, imputabilidade e penal fixada excepcionalmente aos 16 anos;</p>	<p>1. Ordenações Filipinas : isenção da pena de morte até 17 anos – aplicação de redução de pena; De 17 a 21 anos. Sistema de Jovem Adulto;</p>	<p>1. Código de Menores de 1927 (Código Mello Mattos) De 14 a 18 anos imposição do Direito do menor</p> <p>2. Código Penal de 1940 Imputabilidade penal plena fixada aos 18 anos</p> <p>3. Lei 7.209 de 1984 (Reforma da Parte Geral do Código Penal) Imputabilidade penal aos 18 anos – critério objetivo;</p> <p>4. Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.072/90) Abaixo dos 18 anos, responsabilidade e de adolescentes diferenciada;</p>	<p>1. Ordenações Filipinas : De 17 a 21 anos. Sistema de Jovem Adulto;</p>

22. Tabela 1 – Marcos de Idade de Responsabilidade Penal na história jurídica brasileira

23. Apêndice 2 – Quadro sinótico

DIFERENTES ACEPÇÕES DA IMPUTABILIDADE	TEORIA CORRESPONDENTE
Capacidade Jurídica de Ação	Teoria da Ação
Capacidade jurídica de Dever	Teoria da Antijuridicidade
Capacidade de Pena	Teoria da Intimidação/ Teoria da Normalidade
Capacidade de Entender e Querer	Teoria da Vontade
Capacidade de Compreender e Autodeterminar-se	Teoria do Livre Arbítrio
Capacidade de Motivação	Teoria da Motivabilidade

24. Tabela 2 – Quadro sinótico.

25. Apêndice 3 – Idade de Responsabilidade Penal Juvenil em diferentes Países

(Tabela comparativa)⁴⁵⁶

Países	Responsabilidade Penal Juvenil	Responsabilidade Penal de Adultos	Observações
Alemanha	14	18/21	De 18 a 21 anos o sistema alemão admite o que se convencionou chamar de sistema de jovens adultos, no qual mesmo após os 18 anos, a depender do estudo do discernimento podem ser aplicadas as regras do Sistema de justiça juvenil. Após os 21 anos a competência é exclusiva da jurisdição penal tradicional.
Argentina	16	18	O Sistema Argentino é Tutelar
Argélia	13	18	Dos 13 aos 16 anos, o adolescente está sujeito a uma sanção educativa e como exceção a uma pena atenuada a depender de uma análise psicossocial. Dos 16 aos 18, há uma

⁴⁵⁶ *Idade a partir da qual admite-se privação de liberdade; ** Somente para delitos de trânsito; *** Somente para delitos graves; **** Legislações diferenciadas em cada estado; x/x Sistema de Jovens Adultos.

			responsabilidade especial atenuada.
Áustria	14	19	O Sistema Austríaco prevê até os 19 anos a aplicação da Lei de Justiça Juvenil (JGG). Dos 19 aos 21 anos as penas são atenuadas.
Bélgica	16/18	16/18	O Sistema Belga é tutelar e portanto não admite responsabilidade abaixo dos 18 anos. Porém, a partir dos 16 anos admite-se a revisão da presunção de irresponsabilidade para alguns tipos de delitos, por exemplo os delitos de trânsito, quando o adolescente poderá ser submetido a um regime de penas.
Bolívia	12	16/18/21	O artigo 2º da lei 2026 de 1999 prevê que a responsabilidade de adolescentes incidirá entre os 12 e os 18 anos. Entretanto outro artigo (222) estabelece que a responsabilidade se aplicará a pessoas entre os 12 e 16 anos. Sendo que na faixa etária de 16 a 21 anos serão também aplicadas as normas da legislação.
Bulgária	14	18	-
Canadá	12	14/18	A legislação canadense (Youth Criminal Justice Act/2002) admite que a partir dos 14 anos, nos casos de delitos de extrema gravidade, o adolescente seja julgado pela Justiça comum e venha a receber sanções previstas no Código Criminal, porém estabelece que nenhuma sanção aplicada a um adolescente poderá ser mais severa do que aquela aplicada a um adulto pela prática do mesmo crime.
Colômbia	14	18	A nova lei colombiana 1098 de 2006, regula um sistema de responsabilidade penal de adolescentes a partir dos 14 anos, no entanto a privação de liberdade somente é admitida aos maiores de 16 anos, exceto nos casos de homicídio doloso, seqüestro e extorsão.
Chile	14 /16	18	A Lei de Responsabilidade Penal de Adolescentes chilena define um sistema de responsabilidade dos 14 aos 18 anos, sendo que

			em geral os adolescentes somente são responsáveis a partir dos 16 anos. No caso de um adolescente de 14 anos autor de infração penal a responsabilidade será dos Tribunais de Família.
China	14/16	18	A Lei chinesa admite a responsabilidade de adolescentes de 14 anos nos casos de crimes violentos como homicídios, lesões graves intencionais, estupro, roubo, tráfico de drogas, incêndio, explosão, envenenamento, etc. Nos crimes cometidos sem violências, a responsabilidade somente se dará aos 16 anos.
Costa Rica	12	18	-
Croácia	14/16	18	No regime croata, o adolescente entre 14 e dezesseis anos é considerado <i>Junior minor</i> , não podendo ser submetido a medidas institucionais/correcionais. Estas somente são impostas na faixa de 16 a 18 anos, quando os adolescentes já são considerados <i>Sênior Minor</i> .
Dinamarca	15	15/18	-
El Salvador	12	18	-
Escócia	8/16	16/21	Também se adota, como na Alemanha, o sistema de jovens adultos. Até os 21 anos de idade podem ser aplicadas as regras da justiça juvenil.
Eslováquia	15	18	
Eslovênia	14	18	
Espanha	12	18/21	A Espanha também adota um Sistema de Jovens Adultos com a aplicação da Lei Orgânica 5/2000 para a faixa dos 18 aos 21 anos.
Estados Unidos	10***	12/16	Na maioria dos Estados do país, adolescentes com mais de 12 anos podem ser submetidos aos mesmos procedimentos dos adultos, inclusive com a imposição de pena de morte ou prisão perpétua. O país não ratificou a Convenção

			Internacional sobre os Direitos da Criança.
Estônia	13	17	Sistema de Jovens Adultos até os 20 anos de idade.
Equador	12	18	-
Finlândia	15	18	-
França	13	18	Os adolescentes entre 13 e 18 anos gozam de uma presunção relativa de irresponsabilidade penal. Quando demonstrado o discernimento e fixada a pena, nesta faixa de idade (<i>Jeune</i>) haverá uma diminuição obrigatória. Na faixa de idade seguinte (16 a 18) a diminuição fica a critério do juiz.
Grécia	13	18/21	Sistema de jovens adultos dos 18 aos 21 anos, nos mesmos moldes alemães.
Guatemala	13	18	-
Holanda	12	18	-
Honduras	13	18	-
Hungria	14	18	-
Inglaterra e Países de Gales	10/15*	18/21	Embora a idade de início da responsabilidade penal na Inglaterra esteja fixada aos 10 anos, a privação de liberdade somente é admitida após os 15 anos de idade. Isto porque entre 10 e 14 anos existe a categoria <i>Child</i> , e de 14 a 18 <i>Young Person</i> , para a qual há a presunção de plena capacidade e a imposição de penas em quantidade diferenciada das penas aplicadas aos adultos. De 18 a 21 anos, há também atenuação das penas aplicadas.
Irlanda	12	18	A idade de início da responsabilidade está fixada aos 12 anos porém a privação de liberdade somente é aplicada a partir dos 15 anos.
Itália	14	18/21	Sistema de Jovens Adultos até 21 anos.

Japão	14	21	A Lei Juvenil Japonesa embora possua uma definição delinqüência juvenil mais ampla que a maioria dos países, fixa a maioridade penal aos 21 anos.
Lituânia	14	18	-
México	11****	18	A idade de inicio da responsabilidade juvenil mexicana é em sua maioria aos 11 anos, porém os estados do país possuem legislações próprias, e o sistema ainda é tutelar
Nicarágua	13	18	-
Noruega	15	18	-
Países Baixos	12	18/21	Sistema de Jovens Adultos até 21 anos.
Panamá	14	18	-
Paraguai	14	18	-
Peru	12	18	-
Polônia	13	17/18	Sistema de Jovens Adultos até 18 anos
Portugal	12	16/21	Sistema de Jovens Adultos até 21 anos
República Dominicana	13	18	-
República Checa	15	18	-
Romênia	16/18	16/18/21	Sistema de Jovens Adultos
Rússia	14****/16	14/16	A responsabilidade fixada aos 14 anos somente incide na pratica de delitos graves, para os demais delitos, a idade de inicio é aos 16 anos.
Suécia	15	15/18	Sistema de Jovens Adultos até 18 anos
Suíça	7/15	15/18	Sistema de Jovens Adultos até 18 anos
Turquia	11	15	Sistema de Jovens Adultos até os 20 anos de idade.

Uruguai	13	18	-
Venezuela	12/14	18	A Lei 5266/98 incide sobre adolescentes de 12 a 18 anos, porém estabelece diferenciações quanto às sanções aplicáveis para as faixas de 12 a 14 e de 14 a 18 anos. Para a primeira, as medidas privativas de liberdade não poderão exceder 2 anos, e para a segunda não será superior a 5 anos.
Brasil	12	18	

26. Tabela 3 - Idade de Responsabilidade Penal Juvenil em diferentes Países (Tabela comparativa)

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE MELLO, Sebastian Borges de. **O Conceito material de culpabilidade** – O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Editora JusPdivm, 2010.

AMARAL E SILVA, Antonio Fernando. *O Estatuto da Criança e do Adolescente e Sistema de Responsabilidade Penal Juvenil ou o Mito da Inimputabilidade penal*. In: **ILANUD/ ABMP/ SEDH/ UNFPA (Orgs.). Justiça, Adolescente, e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006.

ANDRÉS IBAÑEZ, P. *El Sistema Tutelar de Menores como Reacción penal reforzada*. In: JIMÉNEZ BURILLO, J.; CLEMENTE, M. (Orgs.). **Psicología Social y Sistema Pena**. Madrid, 1986.

ARIÈS, Philippe. **A Criança e a Vida Familiar no Antigo Regime**. Trad. Miguel Serras Pereira e Ana Luísa Faria. Lisboa: Relógio D'Água, 1988.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Introdução de Manuel Alexandre JÚNIOR. Tradução do grego e notas de Manuel Alexandre JÚNIOR, Paulo Farmhouse ALBERTO e Abel do Nascimento PENA. Lisboa: INCM, 1998.

AROCA, Juan Monteiro. **Principios del Proceso Penal – una explicación basada en la razón**. Valencia: Tirant lo blanch., 1997.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3208>. Acesso em: 11 maio 2011a.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASILEU GARCIA. **Instituições de Direito Penal**. Ed. 7. Vol. 1, Tomo 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

BELOFF, Mary. *Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos*. In: **Revista Justicia y Derechos del Niño**. n. 2. Buenos Aires: UNICEF, 2001.

BETTIOL, Giuseppe. **El problema penal**. Trad. Jose Luis Guzman Dalbora. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1995.

BINDER, Alberto. M. **De las Republicas Aéreas al Estado de derecho**. 1º Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol.1. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel. *La responsabilidad penal de los menores*. In: GRACÍA MARTÍN, L. (Coord.). **Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito**. 3ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

BRANCHER, Leoberto Narciso. **Visão sistêmica da implementação e da gestão da rede de atendimento. O direito é aprender**. Fundescola/Projeto Nordeste/MEC, 1999.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal. Parte Geral. Tomo II**. Fato Punível. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Tomo II. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito Ltda., 1956.

BUSTOS RAMIREZ, J. *Imputabilidad y Edad penal*. In: **Criminología y Derecho Penal al servicio de la Persona** – Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain. San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989.

_____. **Introducción al Derecho Penal**. 2ª Ed. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1994.

_____; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Nuevo Sistema de Derecho Penal**. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

_____; HORMAZÁBAL MALLARÉ, Hernan. *Pena y Estado*. **PAPERS: Revista de Sociologia**, n. 13, 1980.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 4ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CARMONA CASTILLO, Gerardo A. **La Imputabilidad penal**. México: Porrúa, 1995.

CAVALIERI, Ayrírio (Org.). **Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CEREZO MIR, José. **Curso de Derecho Penal Español – Parte General. Tomo III. Teoría jurídica del Delito/2**. Madrid: Editorial Tecnos, 2001.

CIRINO DOS SANTOS, J. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. 4ª Ed. Curitiba: Editora Lúmen Júris, 2005.

_____. **Direito penal: Parte Geral**. 3ª Ed. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2008.

COUSO SALAS, Jaime. **Fundamentos del Derecho Penal de Culpabilidad. História, Teoría y Metodología**. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2006.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El Derecho Penal Simbólico y los Efectos de La Pena*. In: **Actualidad Penal**, n° 1, 2001.

DORADO MONTERO, P. **Bases para un Nuevo Derecho Penal**. Nueva edición con prólogo, bibliografía y notas por Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973.

_____. **Los peritos médicos y la Justicia criminal**. Madrid, 1905.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

_____. **Curso de direito Penal: Parte Geral**. V.1, 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 2001.

_____. **Reforma penal brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1988.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **Culpabilidad y teoría del delito**. Vol.1, Buenos Aires: Editorial B de F., 1995.

FERRAJOLI, L. **Derecho y Razón : Teoría del Garantismo Penal**. 4ª Ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

_____. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 2ª Ed. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

_____. *Sobre los derechos fundamentales*. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Atlas, 1988.

_____. **A ciência do Direito**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FIANDACA, G. MUSCO, E. **Diritto Penale**. 6ª Ed. Bologna: Zanichelli Editore, 2010.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal – Parte Geral – Tomo I . Questões Fundamentais . A Doutrina Geral do Crime**. 1ª ed. brasileira/ 2ª Ed. portuguesa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007.

_____. **Liberdade – Culpa – Direito Penal**. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

FLETCHER, George. **Conceptos Básicos de Derecho Penal**. Trad. de Francisco Muñoz Conde. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1997.

FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui. (Coords.) **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. Vol.1, Tomo 1, 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FRASSETO, Flávio Américo. **Ato Infracional, Medida Socioeducativa e Processo: a Nova Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.abmp.org.br/sites/frasseto>. Acesso em: jun/2010.

_____. *Medidas socioeducativas: do debate sobre natureza aos parâmetros legais de aplicação e execução*. In: **Matriz curricular de formação continuada do SINASE**. No prelo, 2011.

_____. *Pela necessidade de uma doutrina do processo de execução de medidas socioeducativas*. In: **Relatório do 19º Congresso Brasileiro de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude**. Belém/ Pará, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. 3ª Ed. Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 1999.

_____. **Verdade e Método II – Complementos e Índice**. 3ª Ed. Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Tópica, retórica y teorías de la argumentación jurídica*. IN: **Congreso Internacional de Derecho Público, Filosofía e Sociología Jurídica: perspectivas para o próximo milênio**. Colombia:Universidad Externado de Colombia, 1996.

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.

_____. *Evolución histórica del derecho de la infancia: Por que una historia de los derechos da la infancia?* In: ILANUD/ ABMP/ SEDH/ UNFPA (orgs.). **Justiça, Adolescente, e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006.

_____. **Infância e Cidadania na América Latina**. São Paulo: Editora Hucitec/IAS, 1998.

_____. *Infância, lei e democracia: uma questão de justiça*. In: **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – Esmec**. Santa Catarina: Associação dos Magistrados Catarinense, 1998.

_____. **Infancia: De los Derechos y de la Justicia**. 2ª Ed. Buenos Aires: Editora Del Puerto, 2004.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. **Tratado de Criminología** (Introducción. Modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen). 2ª Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. **Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **O Futuro do Direito Penal – Tem algum futuro a dogmática jurídico-penal?** Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri/ SP: Manole, 2004.

GOMES RIVERO, M^a. Carmen. *La nueva responsabilidad penal del menor: Las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000*. In: **Revista Penal**. La Ley, 1997.

_____. *Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor.* In: **Revista Semanal Técnico-jurídica de Derecho Penal. Actualidad Penal.** N. 09, Madrid: La Ley, 2001.

GOMIDE, Paula. **Menor Infrator a Caminho de um Novo Tempo.** Curitiba: Editora Juruá, 1990.

GONZALEZ ZORRILLA, C. **Minoría de Edad Penal, imputabilidad y responsabilidad.** Documentación Jurídica, monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983, Vol.I.

GONZALO D. (Org). **Principales problemas de la prevención general.** Buenos Aires: Editorial B de F. 2004.

GORDILHO, Heron José de Santana. *Por uma dogmática Pós-Moderna.* In: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. – Homenagem ao Prof. Orlando Gomes.** Ano 2008.1.

GROSSI. Paolo. **Mitología Jurídica de la Modernidad.** Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GUASTINI, Ricardo. **Estudios sobre la interpretación jurídica.** México: Porrúa, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade.** v. 1. Tradução de Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert. L.A. **O conceito de Direito.** Trad. A. Ribeiro Mendes. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HASSEMER, Winfried. *Crisis y Características del Moderno Derecho Penal.* In: **Actualidad Penal,** nº43/22, 1993.

_____. **Direito Penal Libertário.** Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

_____. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal.** Trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HIGUERA GUIMERÁ, J. **Derecho Penal Juvenil.** Barcelona: Editorial Bosch, 2003.

HUNGRIA, Nelson. *A pandectização do Direito Penal.* In: **Comentários ao Código Penal.** Vol. I, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

_____. **Comentários ao Código Penal.** Vol. 1, Tomo 2. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958.

JAKOBS, Gunther. **Dogmática de Derecho Penal y la Configuración Normativa de la Sociedad.** Madrid: Editorial Civitas, 2004.

_____. *El principio de culpabilidad*. In: JAKOBS, Gunther (Org.). **Estudios de Derecho Penal**. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Tratado de Direito Penal. Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Luiz Moreira (coordenador e supervisor). Tradutores: Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JESCHECK, HANS-HEINRICH. **Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria**. In: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Disponível em: <<http://www. www.criminet.ugr.es>>. Acesso em: 10 fev 2011.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L.; ANTÓN ONCEA, J. **Derecho Penal conforme al Código penal de 1928**. Parte General. Tomo I. Madrid: PE, 1929.

KANT, Immanuel. *À Paz Perpétua*. 2ª Ed. Trad. Marco Antonio de A. Zingano. Porto Alegre: LPM Editores, 1989.

KELSEN. Hans. **Teoria Pura do Direito**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LAHALLE, Anina. *As regras mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores*. São Paulo: I Encontro Nacional de Promotores de Justiça e Curadores de Menores, 1989.

LANDROVE DÍAZ, G. **Derecho Penal de Menores**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gublbekian, 1997.

LECHNER, Norbert. **Los Pátios Interiores de la Democracia: Subjetividad y Política**. 2ª Ed. México/DF: Fondo de Cultura Económica, 1995.

LILLY, J. Robert et al. **Criminological Theory: context and consequences**. 2ª Ed. London: Sage Publications, 1995.

MACHADO, Martha de Toledo. *Sistema Especial de Proteção da Liberdade do Adolescente na Constituição Brasileira de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente*. In: ILANUD/ ABMP/ SEDH/ UNFPA (orgs.). **Justiça, Adolescente, e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006.

_____. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003.

MAGALHÃES NORONHA, E. **Direito penal**. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

MARTINEZ GARAY, Lucía. **La imputabilidad penal: Concepto, Fundamento, Naturaleza Jurídica y Elementos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

MEZGER, Edmundo. **Derecho Penal. Parte General – Libro de Estúdio. Traducción de Conrado A. Finzi**. Buenos Aires: Din, 1958.

_____. **Tratado de Derecho Penal. Tomo II.** Traducción y notas de Derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz. 3ª ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957.

MINAHIM, Maria Auxiliadora (Coord. Cient.). **ECA: Apuração do Ato Infracional atribuído a Adolescentes.** Série Pensando o Direito. n° 26/2010. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos e Programa para o Desenvolvimento das Nações Unidas, 2010.

_____. **Direito Penal da Emoção – a inimputabilidade do menor.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

MIR PUIG, Santiago. **Función de la Pena y Teoría del Delito en El Estado Social y Democrático de Derecho.** 2ª Ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1982.

_____. **Introducción a las Bases del Derecho Penal.** Barcelona: Editorial Trotta, 1976.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis.** Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal – Parte General.** 6ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *As Reformas da Parte Especial do Direito Penal Espanhol em 2003: da Tolerância Zero ao Direito penal do Inimigo.* In: **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ.** Disponível em: <<http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp>>. Acesso em: 02 jan. 2005.

_____. **Culpabilidad y prevención en derecho penal.** Cuadernos de Política Criminal, 1980.

_____. **Derecho Penal y Control Social.** Bogotá: Editorial Temis, 2004.

_____; HASSEMER, Winfried. **Introducción a la Criminología.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

NUVOLONE, Pietro. **O Sistema do Direito Penal.** Trad. Ada Pelegrini Grinover. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

OST. François; KERKOVE. Michel van de. **Elementos para una Teoría Crítica del Derecho.** Colección Teoría y Justicia. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá, D.C.: Editorial Unibiblos, 2001.

PASSETTI, Edson. *Crianças carentes e políticas públicas.* In: DEL PRIORI, Mary (Org.) **História das Crianças no Brasil.** 2ª Ed. São Paulo: Editora Contexto, 2000.

PECES-BARBA, G. *El pecado de la ignorância.* In: **Tercera del Diário ABC,** Madrid, 13 de noviembre de 1998.

PEREIRA, T. **Direito da criança e do adolescente: uma Proposta Interdisciplinar.** Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. Bauru: Jalovi, 1980.

PINHO, Ruy Rebello. **História do direito penal brasileiro – Período Colonial**. São Paulo: Edusp, 1973.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIRES, Alvaro Penna. *Alguns Obstáculos a uma Mutação “humanista” do Direito Penal*. In: **Sociologias – Revista Semestral do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFRGS**. a. 1. n. 1. Porto Alegre: Dossiê Conflitualidades, 1999.

PLATT, Anthony M. **The Child Savers: the invention of delinquency**. 2ª Ed. Chicago: University of Chicago press, 1977.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. **El Bien Juridico en El Derecho Penal**. Sevilla: Editorial Católica Española – Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974.

POPPER, Karl. **A Lógica da Pesquisa Científica**. São Paulo: Editora Cultrix. 1996.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUTS, J. Miguel. **Parte General del Derecho Penal**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005.

_____. **Manual de Derecho Penal – Parte General**. 3ª Ed. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2000.

REALE JR. Miguel. **Teoria do Delito**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

RIBEIRO LOPES, Mauricio Antonio. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

RIZZINI, Irene. **O Século Perdido – Raízes históricas das Políticas Públicas para a Infância no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Universitária Santa Úrsula/Amais, 1997.

ROLDÁN GARCIA, E. *El tratamiento jurídico e social de la delincuencia juvenil en Canadá: tendencias actuales*. In: **Revista Menores**, números 11-12. Madrid: Ministério de Assuntos Sociais, 1988.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General. Tomo I. Fundamentos, La estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas Ediciones, 1997.

_____. **Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981.

_____. **Derecho Penal – Parte General , Tomo I – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito.** Madrid: Civitas Ediciones, 2003.

SANCHÍS, Luis Prieto. *El constitucionalismo de los derechos.* In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo.** Madrid: Trotta, 2007.

SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **Direito Penal Juvenil – adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas.** Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Desconstruindo o mito da impunidade – um ensaio de direito (penal) juvenil.** Brasília: UnB, 2002.

SCHUNEMANN, Bernd. *La culpabilidad: estado de la cuestión.* In: SILVA-SÁNCHEZ, JESÚS-MARIA. **Sobre el estado de la teoría del delito – Seminario en la Universidad Pompeu Fabra.** Madrid: Cuadernos Civitas, 2000.

SEDA, Edson. *Das medidas de proteção.* In: CURY, Munir (Coord.) **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Comentários Jurídicos e Sociais.** 8ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SEGURA ORTEGA, Manuel. **La racionalidad jurídica.** Madrid: Editorial Tecnos, 1998.

SHECAIRA, Sergio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Criminologia.** São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA FRANCO, Alberto; STOCCO, Rui. (Coord.). **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial.** Vol. 1, Tomo 1. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1997.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA SANCHEZ, J. M. **El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales.** Barcelona: José Maria Bosch Editor., 1997.

Documento do Sistema Nacional De Atendimento Socioeducativo - SINASE/ Secretaria Especial dos Direitos Humanos – Brasília-DF: CONANDA, 2006.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. **Inimputabilidad y Sistema Penal.** Colombia: Editorial Temis, 1996.

SOTTO MAIOR NETO, Olympio de Sá. *Garantias Penais do Adolescente Autor de Ato Infracional*. In: ILANUD/ ABMP/ SEDH/ UNFPA (orgs.). **Justiça, Adolescente, e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006.

SPOSATO, Karyna Batista. *A criança no neoconstitucionalismo brasileiro*. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de (Orgs). **Direitos fundamentais em construção: um estudo em homenagem ao ministro Carlos Ayres Britto**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. *Culpa e Castigo: Modernas Teorias da Culpabilidade e Limites ao Poder de Punir*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais** – Nº 56/ setembro-outubro de 2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Gato por lebre: a ideologia correcional no Estatuto da Criança e do Adolescente*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. N. 58 – janeiro/fevereiro de 2006. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

_____. **O Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Passo a Passo da Municipalização - Guia de orientações para a municipalização das medidas socioeducativas em meio aberto**”. Documento Técnico. Brasília: UNICEF, 2007.

THOMPSON, Augusto F. G. **Escoço Histórico do direito criminal luso-brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1982.

TUTT, N. *Utilización de los delitos por su condición y disposiciones conductistas equivalentes para prevenir la delincuencia*. In: **RIPCrim.**, nº39 y 40, Vol. 2. Nueva Iorque: Naciones Unidas, 1990.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. **Delincuencia Juvenil – consideraciones penales y criminológicas**. Madrid: Editorial Comex, 2003.

_____. (editor) **Derecho penal Juvenil**. Madrid: Editorial Dykinson, 2005.

VENTAS SASTRE, Rosa. **Estudio de la Minoría de Edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica**. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 2002.

VIDAL, Luis Fernando Camargo de Barros. *A irresponsabilidade penal do adolescente*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais** n. 18, abr-jun. São Paulo: IBCCrim. 1997.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A globalização e o direito -- realinhamento constitucional**, 2006. Disponível em : <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/oscarvilhena/vilhena_unidir.htm> . Acesso em: 10 fev 2011.

VIVES ÁNTON, T.; COBO DEL ROSAL. M. **Derecho Penal – Parte General**. 5ª Ed. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1999.

VON HIRSCH, Andrew. **Censurar y Castigar**. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

VON LISZT, Franz. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo 2. Tradução: Luis Jiménez de Asúa. 4ª Ed. Madrid: Editorial Reus, 1999.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Vol. 2. Brasília: Editora UnB, 1999.

WELZEL, Hans. **Estudios de Derecho Penal. Estudios sobre el sistema de Derecho Penal. Causalidade y acción. Derecho Penal y Filosofia**. Traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Low. Montevideo/Buenos Aires: Editorial IBdef, Julio Cesar Faria Editor, 2003.

YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente: Exclusão Social, Criminalidade e Diferença na Modernidade Recente**. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002. Pensamento Criminológico 7.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Culpabilidad por la vulnerabilidad** – Discurso em al Aceptación del Doctorado Honoris Causa Otorgado por La Universidad de Macerata (Itália) 2002. – In: **Nueva Doctrina Penal**. Buenos Aires: Editora Del Puerto, 2003.

_____. **Derecho Penal: parte general**/ Eugenio Raul Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia 2ª Ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.