

EDUARDO DA SILVA VILLAS-BÔAS



DIREITO PENAL E O PARADIGMA DA RESPONSABILIDADE JUVENIL

ATO INFRACIONAL, MEDIDA SOCIOEDUCATIVA
E DIREITOS FUNDAMENTAIS



DIREITO PENAL E O PARADIGMA DA RESPONSABILIDADE JUVENIL

**ATO INFRACIONAL, MEDIDA SOCIOEDUCATIVA
E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

Reitora

Dora Leal Rosa

Vice Reitor

Luiz Rogério Bastos Leal



EDITORA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

Diretora

Flávia Goulart Mota Garcia Rosa

CONSELHO EDITORIAL

Alberto Brum Novaes
Angelo Szaniecki Perret Serpa
Caiuby Alves da Costa
Charbel Ninõ El-Hani
Cleise Furtado Mendes
Dante Eustachio Lucchesi Ramacciotti
Evelina de Carvalho Sá Hoisel
José Teixeira Cavalcante Filho
Maria Vidal de Negreiros Camargo

EDUARDO DA SILVA VILLAS-BÔAS

**DIREITO PENAL E O PARADIGMA DA
RESPONSABILIDADE JUVENIL**

**ATO INFRACIONAL, MEDIDA SOCIOEDUCATIVA
E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

EDUFBA
Salvador | 2012

2012, Eduardo da Silva Villas-Bôas.
Direitos para esta edição cedidos à Edufba.
Feito o depósito legal.

Projeto gráfico, capa e programação visual
Rodrigo Oyarzábal Schlabit

Revisão
Cida Ferraz

Normalização
Sônia Chagas Vieira

Sistema de Bibliotecas - UFBA

Villas-Bôas, Eduardo da Silva.

Direito penal e o paradigma da responsabilidade juvenil : ato infracional,
medida socioeducativa e direitos fundamentais / Eduardo da Silva Villas-Bôas.
- Salvador : EDUFBA, 2012.

123 p.

ISBN 978-85-232-0857-8

1. Direito penal. 2. Brasil. Estatuto da Criança e Adolescente (1990). 3. Menores
- Estatuto legal, leis, etc. 4. Direitos das crianças - Brasil - Disposições penais. 5.
Direitos dos adolescentes - Brasil - Disposições penais. I. Título.

CDD - 345.8103 22 ed.

Editora filiada a



EDUFBA
Rua Barão de Jeremoabo, s/n, *Campus* de Ondina,
40170-115, Salvador-BA, Brasil
Tel/fax: (71) 3283-6164
www.edufba.ufba.br | edufba@ufba.br

A meu pai, Elias, pelo exemplo, em tudo.

A minha mãe, Vilma, pela força incansável, otimismo, equilíbrio e por ser zelosa guardiã da harmonia. Especificamente, pela competência na revisão desta obra, revelando que é tão boa profissional quanto mãe.

A minha irmã Maria Elisa, por ter sido a primeira pessoa a despertar em mim o gosto pelo Direito; por haver-me ajudado como só uma irmã ajudaria; e por tê-lo feito com a mais sincera e profunda felicidade no rosto.

A minha irmã Flávia, que traz nos olhos a minha cor preferida, faz o riso ser mais fácil quando está por perto e será sempre companheira com quem sei que posso contar.

A Danilo, pela serenidade, retidão e justiça; por haver-se tornado o irmão com que a vida me presenteou.

À Professora Maria Auxiliadora Minahim, pelo cuidado, dedicação e empenho; porque aclarou o caminho e merece a gratidão da chegada.

Ao Professor Gamil Föppel, pelo esmero com que mostra o valor do Direito Penal a cada um de seus alunos.

Ao Professor Fernando Santana, leitor que honra a sua reputação: competente, responsável e tão preciso quanto generoso.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO | 09
2. O TRATAMENTO AOS INJUSTOS PRATICADOS POR JOVENS COMO FENÔMENO HISTORICAMENTE CONDICIONADO | 13
3. A INCOERÊNCIA DE SUPRIMIR GARANTIAS SOB O ARGUMENTO DA FUNÇÃO PEDAGÓGICA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS | 23
4. A NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS, O GRAU DE AFLITIVIDADE E O NÍVEL DE GARANTIAS | 29
5. DIREITO PENAL, CULPABILIDADE E INIMPUTABILIDADE ETÁRIA | 39
 - 5.1. O modelo tradicional da culpabilidade exclusivamente como juízo de reprovação e sua insuficiência para explicar a inimputabilidade etária | 40
 - 5.2. Funcionalismo racional-teleológico: o modelo da necessidade de pena como parâmetro teórico-explicativo da inimputabilidade etária | 46
 - 5.3. Quadro analítico: modelo tradicional de culpabilidade x modelo funcional-teleológico da necessidade de pena criminal - consequências para a explicação do fenômeno da inimputabilidade etária e da responsabilidade juvenil | 55
6. O SISTEMA PENAL PARALELO DA RESPONSABILIDADE JUVENIL E O PRINCÍPIO DA CONDIÇÃO PECULIAR DE PESSOA EM DESENVOLVIMENTO | 59
 - 6.1. As especificidades do paradigma | 60
7. A EFETIVIDADE NA RESPONSABILIZAÇÃO COMO LASTRO DO SISTEMA: REGRAS DE BEIJING | 69
8. O CONCEITO ANALÍTICO DE ATO INFRACIONAL E O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE | 77

9. A PROPORCIONALIDADE COMO BASE: CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA E DIRETRIZES DE RIAD | 83
 - 9.1. A Convenção sobre os Direitos da Criança como norma de *status* supralegal, os demais argumentos dogmáticos para a extensão das garantias penais e o contexto geral do sistema da responsabilidade juvenil | 87

10. *DE LEGE FERENDA*: FUNCIONALISMO RACIONAL-TELEOLÓGICO E SUFICIÊNCIA | 93
 - 10.1. O caráter punitivo e o cotejo quanto à prevenção geral negativa | 97
 - 10.2. Prevenção geral positiva e alguns ajustes possíveis | 99
 - 10.3. A prevenção especial e o contraste da realidade | 108

11. CONCLUSÃO | 111

- REFERÊNCIAS | 115

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 8.069/90 – Estatuto da criança e do adolescente – lançaram as bases de um novo paradigma de tratamento jurídico-penal aos atos típicos e ilícitos praticados por adolescentes: o modelo da responsabilidade juvenil.

A principal característica desse sistema é o reconhecimento do caráter punitivo-aflitivo imanente às sanções aplicáveis, o que torna necessária a incidência de todos os princípios e garantias do Direito Penal. Nada obstante, o cenário de interpretação e aplicação do Direito ainda se encontra bastante vinculado ao paradigma anterior – a fase tutelar, na qual o caráter educativo e pedagógico das chamadas medidas protetivas era visto como razão para um distanciamento em relação às garantias penais.

Com isso, exsurge um paradoxo. De um lado, o adolescente muitas vezes recebe tratamento claramente mais gravoso do que o dispensado a um adulto praticante de conduta idêntica. As garantias, embora existam no sistema juvenil, não são adequadamente interpretadas, e os mitos do paternalismo e do benefício ao menor tornam-se mecanismos para privar integralmente a liberdade de inúmeros cidadãos, sem a observância dos limites cabíveis à atuação estatal.

A desproporcionalidade evidencia-se, dentre outros aspectos, na disciplina da internação provisória, mais rigorosa do que a prisão preventiva para adultos. Também a medida de internação sem prazo certo e o subjetivismo presente em expressões vagas como “melhor interesse do menor” ou “necessidade imperiosa da medida” contribuem para que diversos

menores¹ permaneçam até três anos no regime de total privação do *status libertatis*, em situações nas quais um adulto sequer adentraria o cárcere. Pela incoerente interpretação do Direito, a pouca idade pode se tornar a desventura do acusado.

De outro lado, o resquício de uma concepção errônea – em que não se reconhece o substancial conteúdo aflitivo nas medidas socioeducativas – também apresenta como consequência o enfraquecimento de todo o sistema juvenil perante a sociedade. Muitos clamam pela redução da maioria de penal, apresentando como argumento a necessidade de que o adolescente seja punido pelas condutas nocivas que praticar. Esquece-se, contudo, o fato de que o sistema juvenil, caso corretamente analisado, tem potencial de ser mais efetivo e adequado do que o próprio Direito Penal na referida punição.

O ponto a ser buscado é, pois, o equilíbrio. Há de se assumir que adolescentes apresentam certa dose de compreensão ético-social, e por isso sofrem um grau de reprovação em virtude de suas condutas. Eles são, verdadeiramente, punidos por seus atos típicos, ilícitos e reprováveis. Embora esses atos não constituam crimes, e as sanções aplicáveis não tenham natureza de penas criminais², elas se revestem de caráter punitivo-aflitivo suficientemente gravoso para tornar indispensável a incidência das garantias e princípios do Direito Penal, como mecanismo de proteção do indivíduo perante o Estado.

É de se reconhecer que o adolescente – quando reprovável a sua conduta – precisa realmente ser punido com a seriedade e a energia cabíveis. Isso é legítimo e decorre naturalmente da prática de um ato deletério no âmbito social. Contudo, se existe a punição, é preciso que a ela correspondam as garantias. É essa a conformação que ora se busca para, a um só

¹ Há, atualmente, forte reação doutrinária ao emprego do termo “menor”, sob o argumento de que ele adquiriu, ao longo da evolução histórica do Direito, uma conotação pejorativa, relacionando-se à ideia de “praticante de atos infracionais”. Tal relação gerou afirmações como “dois menores roubaram adolescente próximo à escola” (partindo-se da errônea premissa de que apenas o autor do ato infracional seria “menor”, e somente os indivíduos que não estão em conflito com a lei seriam “adolescentes” ou “crianças”). Por isso, houve por bem o Estatuto substituir a expressão por “criança” e “adolescente” – conceitos mais difundidos no senso comum e desprovidos do citado conteúdo preconceituoso. Esclareça-se, diante desse quadro, que a utilização do termo neste trabalho é feita não com a mencionada carga pejorativa, mas apenas com o significado técnico de pessoa até os dezoito anos incompletos.

² À primeira vista, pode parecer redundante falar-se em pena criminal. Contudo, como se observará no capítulo 4, existem penas cuja aplicação não deriva do crime, e daí emerge a pertinência de se distinguirem as penas criminais das não criminais.

tempo, reconhecer os justos clamores da comunidade por justiça e também salvaguardar os direitos do acusado.

Mas como admitir que um menor – inimputável e inculpável, à luz do Direito Penal e da Constituição Federal – possa ser autor de condutas reprováveis, sofrer punição e receber medidas cujo caráter aflitivo é tão alto a ponto de demandar todas as garantias perante o Estado? Em outras palavras: como conciliar, à luz da teoria geral do delito, de um lado, a inimputabilidade etária e a inculpabilidade; e, de outro, a reprovabilidade da conduta e a aflitividade da sanção?

A análise desses questionamentos parece configurar o caminho para esclarecer as relações entre o paradigma da responsabilidade juvenil e o Direito Penal. No percurso, o emprego de algumas lições do funcionalismo racional-teleológico do Direito Penal e da teoria da culpabilidade ligada ao modelo da necessidade de pena mostra-se útil para construir uma estrutura teórica que também esteja apta a responder às demandas práticas.

Fundamental, ademais, é examinar a natureza jurídica do ato infracional e das medidas socioeducativas, abandonando a chamada definição pela negação. Muito se diz que ato infracional não é crime e que medida socioeducativa não é pena, mas isso não atende à necessidade de estudar analiticamente esses institutos, definindo-os pelo que eles são e lhes atribuindo o tratamento jurídico adequado. No que tange especificamente à medida socioeducativa, há de se refletir sobre quais são as suas reais finalidades, pois serão elas, em última análise, também as finalidades do próprio paradigma da responsabilidade juvenil.

Ao final, faz-se pertinente realizar um cotejo crítico entre ambos os sistemas jurídico-penais: o específico, representado pelo paradigma da responsabilidade juvenil, e o geral, que constitui o Direito Penal tradicional. Assim, parece possível – sem que seja este o foco do presente estudo – uma breve nota sobre os anseios de redução da maioridade penal, à luz de uma perspectiva funcional-teleológica do Direito Penal.

2. O TRATAMENTO AOS INJUSTOS PRATICADOS POR JOVENS COMO FENÔMENO HISTORICAMENTE CONDICIONADO

A realização de atos contrários ao Direito nunca foi uma exclusividade dos adultos. No decurso da história, sucederam-se conflitos sociais advindos da prática de condutas ilícitas por pessoas que, considerando os padrões vigentes, ainda se encontravam em fase de formação e de intenso desenvolvimento da personalidade. Ao Direito Penal restou a tarefa de, à luz desses conflitos, delinear as soluções que se mostraram cultural e socialmente adequadas a cada contexto histórico, configurando-se um processo gradativo de conquista dos direitos humanos e de evolução no tratamento jurídico conferido aos injustos penais praticados por jovens.

Aqui se compreende injusto penal como conduta humana típica e ilícita, na lição de Juarez Tavares.¹ Se a referida conduta for também culpável, constituirá um crime. Senão, poderá ser um irrelevante penal ou, inclusive, um ato infracional, consoante se verá no Capítulo 8.

Como destaca Emílio García Mendez², a evolução jurídica da disciplina desses injustos passou por três etapas distintas: o Direito Penal indiferenciado, a fase tutelar e o paradigma da responsabilidade juvenil. Os modelos estão associados a diferentes escolas penais e se apresentam como

¹ Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 175.

² GARCÍA MENDEZ, Emílio. Adolescente y responsabilidad penal: un debate latinoamericano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 48, p. 230-232, 2004.

reflexos imediatos da concepção vigente em cada época acerca das funções da pena e do próprio Direito Penal.

Nesse mister, cabe compreender que a marcha histórica é um processo dinâmico e gradual, e dificilmente se encontra na realidade fática um sistema puro, sem nenhuma característica de transição relacionada às fases que o precederam ou que o sucederão. O que se faz relevante é compreender o mecanismo evolutivo como um todo, destacando as características principais de cada momento e sociedade.

Ao lado disso, também é necessário adotar como pressuposto básico uma visão não maniqueísta dos fatos. Cada fase histórica, por mais ultrapassada ou pouco garantista que possa parecer atualmente, correspondeu às necessidades sociais e aos parâmetros culturais vigentes em determinada época, contribuindo, à sua maneira, para que se chegasse ao contexto de hoje. Não há modelos melhores ou piores, e sim modelos diferentes, derivados dos traços históricos que os permeiam.

O primeiro desses modelos é a etapa do Direito Penal indiferenciado, que se estende desde a antiguidade até o final do século XIX e início do século XX. Os injustos praticados por crianças e adolescentes eram regidos pelo próprio Direito Penal, sem distinção significativa de tratamento em relação aos adultos – quer no conjunto de normas aplicáveis, quer nas sanções impostas. A principal preocupação era verificar qual o grau de discernimento e de consciência do menor, para avaliar se já seria possível efetuar sobre ele o juízo de reprovação que justificaria o seu lançamento no sistema punitivo comum.

O pensamento corresponde à Escola Clássica do Direito Penal e a uma visão retributivista da pena, em que o aspecto a ser observado quanto ao indivíduo era se ele já podia exercer o livre-arbítrio, a escolha consciente pelo ato de delinquir.³ Em caso positivo, fazia-se imperiosa a aplicação da pena, como forma de retribuir o mal causado.

Na exposição de Maria Auxiliadora Minahim⁴, a essa visão geral se atrela o postulado romano *malitia supplet aetatem* – “a malícia supre a idade” –, entendendo-se malícia como a intenção de prejudicar a vítima e de violar o Direito. Trata-se, a propósito, da base histórica do conceito de *dolus malus*, utilizado durante largo período no Direito Penal clássico. Como for-

³ SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 62.

⁴ Cf. MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal da emoção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 21.

ma de verificar o grau de percepção do indivíduo e de lastrear a incidência da pena, os romanos criaram o chamado modelo do discernimento, que influenciou todas as legislações até o final da etapa indiferenciada. É o que esclarece Silva Sánchez:⁵

Dicho modelo proviene ya del sistema penal del Derecho Romano. Para éste, el sujeto de edad inferior a siete años, el llamado *infans*, se sustraía al Derecho Penal en virtud de una presunción irrefragable de incapacidad. En cambio, el sujeto que tenía entre siete y catorce años, el llamado *impuber*, era sometido caso por caso a un juicio individual de discernimiento, para decidir si era susceptible de ser sometido a una pena o no. En fin, el sujeto denominado *minor*, de entre catorce y dieciocho años era estimado susceptible de recibir la imposición de una pena, si bien inferior a la del adulto ordinario.⁶

Não havia medidas específicas, aparato judiciário distinto e nem tampouco normas peculiares para os menores. Se fossem considerados capazes de malícia, discernimento ou, modernamente, *dolus malus*, receberiam as penas dos adultos, e a pouca idade somente funcionava como circunstância atenuante ou, no máximo, como causa de diminuição de pena. Apenas se estabelecia um limite – sete anos, no Direito Romano –, em que a falta de discernimento era objeto de presunção absoluta. A partir daí, o Direito Penal era passível de aplicação indiferenciada.

Os parâmetros passaram a Idade Média no seio do Direito Canônico e posteriormente se amoldaram à Escola Clássica do Direito Penal, que os adotou e difundiu, sob a iniciativa doutrinária de Carrara.⁷ Como a res-

⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La política criminal ante el hecho penalmente antijurídico cometido por un menor de edad. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n. 13, p. 39, 1996.

⁶ Em tradução livre: “O modelo provém do sistema penal do Direito Romano. Para ele, o sujeito de idade inferior a sete anos, o chamado ‘infans’, se isentava do Direito Penal em virtude de uma presunção absoluta de incapacidade. De outro lado, o sujeito que tinha entre sete e quatorze anos, o chamado ‘impuber’, era submetido caso por caso a um juízo individual de discernimento, para decidir se era susceptível de pena ou não. Por fim, o sujeito denominado ‘minor’, de quatorze a dezoito anos, era estimado susceptível de receber a imposição de uma pena, embora fosse ela inferior à do adulto”.

⁷ Cf. MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Menor*: sujeito de uma tutela jurídica especial. Salvador: EDUFBA, 1983, p. 56.

ponsabilidade penal se lastreava, àquela época, na responsabilidade moral e no livre-arbítrio, existia um binômio sem soluções intermediárias: se o menor era capaz de livre-arbítrio, havia de ser punido com a pena; senão, sua conduta não sofreria nenhuma sanção jurídica.

A Escola Clássica e a concepção retributivista da pena influenciaram as legislações do século XIX, dentre elas os Códigos Criminais Brasileiros de 1830 e 1890.

O primeiro, inclusive, sequer acompanhou a orientação romana de estabelecer uma faixa em que fosse presumida *juris et de jure* a incapacidade de agir com má-fé. Determinou-se que a regra geral era a inimputabilidade aos quatorze anos, mas, mesmo abaixo dessa idade, era possível verificar o discernimento e aplicar a pena de privação de liberdade, nas chamadas casas de correção. Com efeito, há relatos de crianças com até cinco anos cumprindo esse tipo de sanção.⁸ Entre os quatorze e os vinte e um anos, a idade era considerada apenas uma circunstância atenuante, e as penas impostas eram as mesmas aplicadas aos adultos. Ao menos, já se previa a necessidade de que os jovens as cumprissem em estabelecimentos apartados, muito embora, na prática, isso não tenha chegado a se implementar com efetividade.

O Código Criminal de 1890 seguiu a mesma linha de Direito Penal indiferenciado, contudo estipulou que, até os nove anos, haveria presunção *juris et de jure* de falta de *dolus malus*. Em compensação, na faixa de nove a quatorze anos, em vez de adotar a anterior presunção relativa de inimputabilidade, trilhou caminho inverso, presumindo a responsabilidade penal. Entre os quatorze e os dezessete anos, a idade era causa de diminuição da pena em dois terços; e, entre os dezessete e os vinte e um anos, era apenas uma atenuante.⁹ Quanto às penas aplicáveis, por seu turno, já se começou a delinear um cunho um pouco mais disciplinar do que repressivo, com a previsão de recolhimento a estabelecimentos industriais de trabalho.¹⁰

Nesse momento histórico, iniciou-se no mundo a transição para a etapa tutelar, em que o injusto praticado por menores passou a ser visto como um sintoma do irregular desenvolvimento da sua personalidade. Com isso, atentou-se para a necessidade de medidas próprias àquela faixa

⁸ Ibid., p. 65-66.

⁹ SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*, p. 31.

¹⁰ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Menor: sujeito de uma tutela jurídica especial*, p. 68-70.

etária, com normas específicas, aparato judiciário diferenciado e separação dos adultos na execução da resposta estatal.

A disciplina jurídico-penal para os jovens deixou os Códigos Penais e passou aos chamados Códigos de Menores. Surgiu, em 1899, o primeiro tribunal exclusivo para menores: a *Juvenile Court Art of Illinois*, nos Estados Unidos. A transição difundiu-se com a criação de modelos específicos também na Inglaterra (1905), Alemanha (1908), Portugal (1911), França (1912), Argentina (1921), Japão (1922) e Espanha (1924).¹¹

O movimento relaciona-se à vigência da Escola Correccionalista do Direito Penal, na qual o delito é considerado um mal a ser tratado; e a resposta estatal constitui um benefício para o particular, que terá sua personalidade corrigida e sua periculosidade extinta. Transposto para os ilícitos perpetrados por menores, o pensamento terminou por representar – embora não fosse essa a intenção primordial – um avanço na conquista de direitos humanos, pois contribuiu para a percepção de que crianças e adolescentes demandam regramento próprio, mais adaptado à sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

Em contrapartida, o ímpeto de afastar os jovens do Direito Penal para adultos terminou por levar a legislação e a doutrina a repelirem também as garantias inerentes àquele ramo do Direito. A visão paternalista sobre o aparelho judiciário fez com que o menor ficasse sem defesa diante do argumento de que o juiz saberá o que é melhor para a formação do indivíduo. Cessou o uso de termos como réu, acusação, condenação e pena, e se deixaram de lado princípios como o da legalidade estrita. Contudo, remanesceu o inegável caráter punitivo da resposta estatal – a qual nunca deixou de envolver providências como a privação de liberdade.

No Brasil, o início da fase tutelar foi marcado pelo *Código de menores* de 1927, conhecido como Código de Mello Mattos. A finalidade declarada em lei era a reeducação, e se subtraíram os menores de dezoito anos do âmbito de alcance do Direito Penal. O resquício do modelo do discernimento foi em relação aos adolescentes de dezesseis a dezoito anos, que eram submetidos ao exame de suas condições pessoais e da gravidade da infração para verificação sobre a possibilidade de imposição da pena criminal.¹²

¹¹ SPOSATO, op. cit, p. 33.

¹² MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Menor: sujeito de uma tutela jurídica especial*, p. 73-75.

Nessa etapa, surgiu a Justiça de Menores, e foram criadas as medidas de advertência e de liberdade vigiada, específicas para aquela faixa etária. Ademais, o modelo tutelar consolidou no país a compreensão de que as crianças e adolescentes deveriam receber a resposta estatal por seus injustos penais em estabelecimentos diferenciados, apartados dos adultos. Trata-se de relevante avanço, muito embora essa seja uma meta não completamente alcançada até os dias atuais – quando ainda se observa, diversas vezes, a permanência de menores em delegacias comuns.¹³

Em 1940, o Código Penal extinguiu por completo o modelo do discernimento na Justiça Comum.¹⁴ Em 1979, editou-se o segundo Código de Menores – Lei nº 6.697/79 –, ampliando e desenvolvendo os preceitos tutelares e aumentando a especificidade na disciplina quanto aos jovens. Por outro lado, a chamada doutrina da situação irregular permitia a institucionalização compulsória de menores mesmo nos casos em que eles não houvessem praticado injustos, buscando-se legitimar a atuação estatal pelo propósito de “corrigir os desvios de conduta”.

Nada obstante já se previssem alguns mecanismos para o contraditório, ele não era tido como indispensável, e a atividade judiciária se revestia de um “paternalismo terapêutico” que negava, a todo custo, qualquer

¹³ O Ministério Público do Estado do Pará denunciou, em 26 de junho de 2008, doze pessoas pela prisão ilegal da menor L. A. B., de quinze anos, que passou vinte e seis dias em uma cela com mais de vinte homens, em outubro de 2007. A jovem sofreu agressões e estupro por diversas vezes, na cidade paraense de Abaetuba, expondo visceralmente a precariedade no tratamento a inúmeros jovens acusados de injustos penais, ainda nos dias de hoje. Cf. <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/38845.htm>>. Acesso em: 1 jul. 2008.

¹⁴ Na Justiça Militar, o *Código penal militar* de 1969 ainda previu em seus artigos 50 e 51 o resqúcio desse modelo quanto aos jovens de dezesseis a dezoito anos, bem como equiparou alguns menores a adultos para efeitos de incidência de pena. Isso apenas foi extinto com a Constituição Federal de 1988, que não recepcionou o referido diploma legislativo no que tange ao regramento da inimputabilidade. Nesse sentido, cf. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*: parte geral. 17. ed. São Paulo Atlas, 2001, p. 217: “[...] a nova Constituição Federal prevê expressamente a inimputabilidade dos menores de 18 anos, sujeitando-os apenas à legislação especial (art. 228). Assim, o art. 50 do *Código penal militar* (Decreto-lei nº 1.001, de 21.10.1969), que estabelecia a imputabilidade do menor com 16 anos desde que revelasse suficiente desenvolvimento psíquico, foi revogado pela norma constitucional”. Atualmente, portanto, o melhor entendimento é o de que apenas maiores de dezoito anos podem praticar os chamados crimes militares. Se as aludidas condutas forem perpetradas por menores, incidirão as regras do Estatuto da Criança e do Adolescente, e não as do diploma penal de 1969. Por certo, isso não impede a aplicação das pertinentes punições disciplinares – que podem abranger até mesmo prisão ou detenção –, pois essa é a esfera administrativa de responsabilização a que está sujeito todo integrante das Forças Armadas, de forma independente da esfera penal. O que não se pode, sob quaisquer hipóteses, é admitir como constitucional a declaração de que pessoa menor de dezoito anos praticou um crime – ainda que militar.

caráter punitivo-aflitivo nas chamadas medidas de proteção aplicáveis aos menores. É o que esclarece Karyna Batista Sposato¹⁵:

A etapa tutelar foi assim identificada por concentrar na autoridade do juiz de menores o poder de decidir, em nome da criança, sobre o que é melhor para ela. [...] A personalidade dos menores havia de ser corrigida como uma máquina que funciona mal. Nada mais adequado que a institucionalização de caráter tutelar/terapêutico com a finalidade de correção e reeducação, por tempo indeterminado, até cessar o perigo. [...] O juiz se converte em um autêntico médico penal que exerce a cura, e para tanto não estará condicionado às exigências legais do contraditório para desempenhar seu papel discricionário.

O fato, entretanto, é que a resposta do Estado aos injustos penais nunca deixou de conter, ao longo da história, um caráter repressivo e limitador a direitos fundamentais como a liberdade. Por mais que o modelo tutelar utilizasse o argumento da finalidade pedagógica das medidas para lhes negar a natureza aflitiva, a evolução dos direitos humanos terminou por reconhecer a necessidade de fornecer às crianças e adolescentes garantias maiores quanto à apuração e punição de suas condutas.

Realizou-se, então, a transição para a fase da responsabilidade juvenil, em vigor desde o final do século XX. O modelo mantém alguns avanços da fase tutelar, sobretudo quanto à normatização específica para crianças e adolescentes e quanto à necessidade de medidas diferenciadas para melhor atender à condição peculiar de pessoas em desenvolvimento. Contudo, admite-se que essas medidas específicas representam uma verdadeira responsabilização do menor, podendo, inclusive, revestir-se de forte caráter punitivo-aflitivo. Daí a necessidade de trazer para o campo dos ilícitos praticados por jovens as garantias e os princípios limitadores do poder repressivo estatal.

No cenário internacional, o novo modelo tem por lastros precípuos a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1989; as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores, conhecidas como Regras de Beijing, de 1985; as Regras Mínimas das Nações

¹⁵ SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*, p. 33, 42, 44.

Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, de 1990; e as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, chamadas Diretrizes de Riad, de 1990.

No plano interno, a Constituição Federal de 1988 consignou, em seu artigo 227, direitos como o pleno conhecimento do ato infracional imputado, a igualdade na relação processual, a ampla defesa e a atenção ao princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Nessa linha, o *Estatuto da criança e do adolescente* – Lei nº 8.069/90 – estabeleceu a divisão estrutural entre as medidas protetivas – que passam a ser aquelas realmente desprovidas de conteúdo punitivo, como a matrícula em estabelecimento de ensino – e as medidas socioeducativas – que apresentam conteúdo repressivo e, por isso, devem se revestir dos princípios e garantias do Direito Penal.¹⁶ Ao mesmo tempo, a aplicação das referidas medidas socioeducativas reserva-se apenas aos casos de injustos praticados por menores entre doze e dezoito anos, os chamados adolescentes. Quanto a essa faixa etária, o sistema traçado é amplamente análogo ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, devendo abranger os preceitos básicos sobre os quais se assenta o sistema jurídico-penal para adultos.

Conforme adiante se verá, o modelo pode ser associado à Escola Funcionalista Racional-Teleológica do Direito Penal, difundida a partir da década de 1970. Vincula-se, ademais, como aponta Silva Sánchez¹⁷, à moderna estrutura de culpabilidade – mitigando o tradicional parâmetro da culpabilidade como juízo de reprovação e partindo em direção ao modelo da necessidade de pena. A completar o contexto teórico, tem-se a mudança de percepção quanto às funções da pena, abandonando as teorias absolutas retribucionistas e passando a uma visão baseada nas funções preventivas, sob um enfoque dialético, como na teoria unificadora dialética de Claus Roxin.

Em essência, a base central no presente contexto histórico é compreender que o paradigma da responsabilidade juvenil delineou-se como um sistema penal paralelo ao qual incumbe realizar todas as funções que se-

¹⁶ No modelo anterior, todas as medidas eram indistintamente denominadas protetivas, o que representava uma negação do caráter punitivo das sanções aplicadas em razão do descumprimento das normas penais por menores.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La política criminal ante el hecho penalmente antijurídico cometido por un menor de edad*, p. 38.

riam da pena criminal – quais sejam, a prevenção geral e a especial¹⁸ –, só que de um modo mais específico e menos gravoso, mediante normatização e sanções próprias, para melhor atender ao princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

¹⁸ “Apenas a título de referência, e sem qualquer pretensão de adentrar aqui a profunda temática das funções da pena – que não é foco deste estudo –, pode-se recordar sinteticamente que a prevenção geral representa as funções que a pena exerce em relação à sociedade como um todo, e a prevenção especial é o conjunto de funções que a pena desempenha em relação ao próprio infrator. Assim, prevenção geral negativa é a intimidação ao conjunto de indivíduos, para que eles, à vista da punição daquele delinquente, não pratiquem ilícitos, pelo receio de também serem repreendidos. Prevenção geral positiva é a reafirmação do ordenamento jurídico violado, demonstrando à sociedade que, apesar de as normas penais terem sido pontualmente afrontadas pelo autor da infração, elas continuam vigentes e ativas. A sanção, aqui, é um reflexo da coerência do sistema. De outro lado, prevenção especial negativa é a função de evitar que aquele agente pratique novas infrações, tendo em vista a consciência de que, quando delinuiu, foi punido. Prevenção especial positiva, por fim, é a ressocialização do agente, sua reinserção no meio social, para proceder conforme as normas e se reintegrar à comunidade, desta feita de maneira lícita. É possível falar também dessa função como a socialização do agente – em lugar de sua ressocialização –, quando se leva em conta que muitos dos que delinquem jamais foram efetivamente integrados à comunidade social.”

3. A INCOERÊNCIA DE SUPRIMIR GARANTIAS SOB O ARGUMENTO DA FUNÇÃO PEDAGÓGICA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Ao longo da evolução histórica, durante o surgimento e a vigência do paradigma tutelar, a preocupação fundamental era conferir aos jovens praticantes de ilícitos penais um tratamento apropriado à sua condição e distinto do aplicado aos adultos.

Para isso, a doutrina e o ordenamento cuidaram de estabelecer o extremo oposto da fase anterior, objetivando sempre afastar a criança e o adolescente do Direito Penal, sob todos os meios possíveis. Utilizou-se, assim, o instituto da inimputabilidade etária, excluindo do menor a capacidade jurídica de culpabilidade e definindo que suas condutas típicas e antijurídicas não fossem consideradas crimes.

O problema é que, como forma de ratificar o distanciamento do Direito Penal, também se passou a defender a inaplicabilidade das garantias e princípios desse ramo do Direito aos menores. Afirmava-se que a função das medidas incidentes não era retributiva, e sim socializadora, visando ao bem do próprio “tutelado”.

O ilícito seria apenas a causa imediata da intervenção estatal, mas a principal razão de ser da providência imposta era garantir a reeducação e a adequação do autor ao ordenamento jurídico. É o que se observa na manifestação de Wilson Barreira e Paulo Roberto Grava Brasil¹, opondo-se a

¹ BARREIRA, Wilson; BRAZIL, Paulo Roberto Grava. O direito do menor na nova Constituição. São Paulo: Atlas, 1989, p. 39.

garantias como o contraditório, a ampla defesa e, inclusive, a condição de réu, no tocante ao adolescente:

[...] o menor não é parte, mas um fim; o juiz não é imparcial, mas protetor; o Ministério Público não é órgão de acusação, mas Curador; o menor não é apenado, mas passível de medida reeducativa; o menor não é recolhido a estabelecimentos prisionais, mas a instituições educacionais; o menor deve receber escolarização, profissionalização, atendimento psicológico e social. A aplicação do contraditório, portanto, teria o condão de levar o menor ao pólo passivo da “ação penal menorista”, sendo-lhe deduzida uma pretensão acusatória e passando a ser considerado réu.

Isso, evidentemente, não mais se sustenta nos dias atuais, com a mudança do paradigma tutelar para o da responsabilidade juvenil, representada pelas disposições do ECA e da CF/88. Entretanto, os mencionados argumentos ainda são invocados inúmeras vezes na aplicação do Direito, enfraquecendo os direitos, as garantias e os próprios objetivos do novo modelo jurídico.

Assim, o *Estatuto da criança e do adolescente* já estabelece uma série de disposições análogas ao Direito Penal e ao Processo Penal, bem como permite expressamente a aplicação subsidiária, em relação ao adolescente, das normas pertencentes a esses ramos. Nada obstante, a interpretação das previsões estatutárias ainda é bastante tímida e pouco garantista, sob o contínuo fundamento de que a medida socioeducativa não tem finalidades retributivas ou punitivas, e sim socializadoras, sendo aplicada no interesse do acusado.

A posição revela-se incoerente. Não é a finalidade da intervenção estatal que determina qual o nível de garantias asseguradas ao cidadão. É, sim, o grau de afluência constante nas medidas adotadas.

Primeiro, cabe destacar que também o Direito Penal, nas concepções modernas, justifica-se por ideias de prevenção – geral ou especial –, e não de retribuição.² Já se superou há muito a concepção kantiana de que a pena seria um fim em si mesmo, com o intuito exclusivo de “realizar a justiça”,

² ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, ano 12, n. 46, p. 66: “a pena não deve servir à retribuição no sentido de uma compreensão metafísica da culpabilidade”.

infligindo ao autor um mal, simplesmente como forma de corresponder às consequências negativas do injusto.³

Atualmente, conforme leciona Jorge de Figueiredo Dias⁴, os fins da pena “só podem ter natureza preventiva – seja de prevenção geral, positiva ou negativa, seja de prevenção especial, positiva ou negativa –, não natureza retributiva”. Nem por isso se deixou de defender que a pena, sejam quais forem os seus propósitos, demanda a observância de todas as garantias historicamente conquistadas pelo Direito.

Em verdade, mesmo para quem defendia que a única finalidade da intervenção estatal é a prevenção especial positiva, bem como que a pena é aplicada no interesse do acusado – para corrigi-lo, ressocializá-lo e lhe fazer um bem –, as garantias individuais são consideradas indispensáveis. O próprio Franz von Liszt, expoente máximo da teoria da prevenção especial, foi intransigente na criação de limites ao poder do Estado mediante o Direito Penal, definindo-o como Magna Carta do delinquente e como limite intransponível da política criminal.⁵

Na mesma linha, Francesco Carnelutti, embora tenha chegado ao extremo de considerar que o processo penal fosse uma manifestação de jurisdição voluntária – por ser a pena um castigo necessário para corrigir o acusado, em seu benefício –, reconheceu o impacto da intervenção estatal e preconizou amplas garantias processuais ao réu. É o que se verifica pelas palavras do autor⁶:

[...] para el “juzgando”, el juez comprueba si existe en él una deficiencia de ser, en el plano psicofísico o en el plano espiritual y, en hipótesis afirmativa, dispone las medidas oportunas para ponerle remedio. [...] Pero la privación de la libertad personal en cuanto al condenado es una medida muy grave, las precauciones no son nunca excesivas. [...] Si es un desorden no

³ FÖPPEL, Gamil. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 60.

⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 129.

⁵ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, p. 313.

⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Princípios del proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 47-49.

castigar a un culpable, el castigo de um inocente no perturba menos gravemente el orden.⁷

No contexto atual, Claus Roxin⁸ considerou, em sua teoria unificadora dialética, que cada uma das etapas de cominação, aplicação e execução da pena atende às finalidades do Direito Penal de uma forma específica, bem como sustentou que a execução apenas é justificável caso busque a ressocialização e a reintegração do condenado.

O caráter retributivo como um fim autônomo a ser perseguido é negado em todas as etapas, e também se defende que a finalidade preventiva especial – caso seja bem-sucedida, apesar de todas as dificuldades fáticas – realmente pode concretizar um bem para o condenado. Nada obstante, quanto às garantias necessárias, em nenhum momento transigiu o autor.

Como se percebe, a pretensão socializadora e a ausência de finalidade retributiva estão longe de ser um ponto de distinção entre o Direito Penal e o paradigma da responsabilidade juvenil e não constituem – nem em um campo, nem no outro – qualquer motivo para suprimir limitações ao poder estatal. Alegar que o propósito da medida socioeducativa é exclusivamente preventivo-especial para embasar a inaplicabilidade de quaisquer garantias é um argumento incoerente em si mesmo.

Nas palavras de Zaffaroni⁹, “é inadmissível a absoluta discricionariedade e falta de garantias existentes no direito do menor que tende, sob o pretexto infundado do paternalismo, a converter-se num discurso de justificação de uma ordem repressiva, muitas vezes mais lesiva do que o sistema penal para adultos”.

Cabe compreender que, em qualquer esfera de intervenção estatal perante o particular, não é o suposto benefício das finalidades que determina o nível necessário de garantias, e sim a gravidade dos meios impostos.

Quanto mais profunda puder ser a intervenção do Estado na vida do particular, quanto mais aflitivos forem os meios potencialmente empregados, maiores hão de ser os direitos e mecanismos de defesa do cidadão, a

⁷ Em tradução livre: “[...] quanto ao ‘acusado’, o juiz comprova se existe nele uma deficiência de ser, no plano psicofísico ou no plano espiritual, e, em caso afirmativo, dispõe das medidas oportunas para corrigi-lo. [...] Mas a privação da liberdade pessoal quanto ao condenado é uma medida muito grave, e as precauções não são nunca excessivas. [...] Se é uma desordem não castigar um culpado, o castigo de um inocente não perturba menos gravemente a ordem”.

⁸ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998, p. 40-41.

⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 128.

fim de que a interferência se realize na justa medida do essencial. Por isso o Direito Penal permanece com suas garantias, mesmo combatendo a ideia de retribuição e afirmando a prevenção: porque seus meios são demasiado gravosos.

Em outras palavras, pouco importa que as finalidades sejam pretensamente positivas para o próprio cidadão, porque, como é evidente, por mais “benéfico” ou ressocializante que possa ser o recolhimento ao cárcere, a aflitividade que isso proporciona ao condenado é grande o suficiente para que ninguém queira, de livre e espontânea vontade, submeter-se a tal experiência.

Mais do que isso: a aflitividade é grande o suficiente para exigir que o Estado empregue o máximo de cautela para evitar que alguém que não deveria sofrer essa intervenção a sofra indevidamente, bem como para impedir que o nível da intervenção seja maior do que o estritamente necessário para alcançar as finalidades do sistema punitivo. A referida cautela estatal representa, justamente, os direitos e garantias conquistados pelo Direito Penal.

É essa análise, pois, que deve ser feita também em relação às medidas socioeducativas. O regime jurídico aplicável não emana das suas finalidades declaradas, mas da sua natureza jurídica e do grau da afetação potencialmente gerada às liberdades particulares.

Quanto mais gravosa for a natureza jurídica e quanto maior for a afetação potencial ao *status libertatis* do cidadão, maiores hão de ser as garantias, sob pena de se permitir o autoritário, paternalista e perigoso discurso segundo o qual bastaria a alegação de finalidades favoráveis ao condenado para justificar a redução e o solapamento dos direitos arduamente conquistados ao longo dos anos.

4. A NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS, O GRAU DE AFLITIVIDADE E O NÍVEL DE GARANTIAS

Qual a natureza jurídica da medida socioeducativa? E a partir de que ponto o Estado, para intervir na esfera de liberdades do indivíduo, precisa observar o espectro máximo das garantias conquistadas pelo Direito Penal? Para definir ontologicamente as medidas em exame e, assim, chegar à disciplina jurídica aplicável, é necessário delinear uma compreensão sistemática dos conceitos de norma jurídica, sanção e pena.

Normas jurídicas são mandamentos que regulam a conduta externa do indivíduo, lançando mão da possibilidade de atuação coativa legitimada pelo poder estatal, como meio para viabilizar a vida em sociedade.¹

Em geral, observam-se nessas normas dois elementos básicos: preceito e sanção. Preceito é o comportamento esperado do sujeito a quem se destina o imperativo. Já sanção é a consequência jurídica coercitivamente imponível pelo Estado – ou por outro particular, nas hipóteses excepcionais previstas no ordenamento – ao sujeito que descumpre o comando normativo.²

Na teoria geral do Direito, as sanções podem ter naturezas diversas: restauradoras, indenizatórias, coativas ou punitivas.

¹ Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Ed. UnB, 1999, p. 27: “[...] norma jurídica é aquela cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada”.

² Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 69.

Conforme lecionam Francisco Amaral³ e, na mesma linha, Machado Neto⁴, sanções restauradoras ou execuções forçadas são as que reconstituem coercitivamente o estado de coisas anterior ao fato lesivo. É o caso da reintegração de posse ou da busca e apreensão de coisa, se o indivíduo turbar a posse alheia de bem móvel ou imóvel.

Sanções indenizatórias são as que, sem restituição do *status quo ante*, recompõem a situação patrimonial do sujeito afetado pela conduta danosa – como ocorre na indenização por perdas e danos.

Sanções coativas, por seu turno, são as que compelem o agente do ato ilícito a empreender algum ato e cessam tão logo seja praticada a conduta devida: é a hipótese da prisão civil por inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia.

Todas essas três espécies de sanções têm caráter homogêneo, ou seja, são meios para empreender uma reparação das consequências do ato ilícito, em favor do sujeito cujos direitos foram lesados. O mecanismo pode ser a reconstituição, a indenização ou a coação para a prática de certa conduta, mas a verdade é que, em todos os casos, o império estatal somente se dirige ao autor do ilícito na justa medida necessária a suprimir ou minimizar os efeitos do mal causado, em relação ao titular do direito agredido.⁵

De outro lado, a sanção punitiva é a que deriva exclusivamente do descumprimento a certo preceito. Ela é chamada de sanção heterogênea, porque empreende propósitos não vinculados à reparação do dano causado pela conduta. Esses propósitos podem ser a reafirmação da ordem jurídica, a intimidação de outros sujeitos para que não pratiquem o mesmo ilícito – seja civil, seja penal – ou a eventual ressocialização do agente da conduta, dentre outros.

Nesse contexto, a pena é, precisamente, consoante destaca Pietro Nuvolone⁶, a sanção punitiva heterogênea que tenha caráter aflitivo.

³ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 63.

⁴ MACHADO NETO, Antônio Luís. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1966, p. 168-169.

⁵ Cf. NUVOLONE, Pietro. *O sistema do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 18: “São sanções homogêneas as consequências que o ordenamento jurídico faz derivar coercitivamente da violação de uma obrigação, guardando a mesma natureza da prestação ou comportamento devido: por exemplo, o ressarcimento do dano, que possui natureza reintegratória, ou de equivalência patrimonial. São sanções heterogêneas as consequências que o ordenamento jurídico faz derivar coercitivamente da violação de uma obrigação, e que não guardam a mesma natureza da prestação ou comportamento devido”.

⁶ *Ibid.*

É sanção porque constitui a consequência jurídica de um comportamento contrário ao preceito das normas jurídico-penais. É punitiva e heterogênea porque não visa à reparação da violação a direitos, e sim a finalidades outras, tais como a salvaguarda da confiança social no ordenamento jurídico violado, a intimidação geral para evitar a prática de outros ilícitos, a ressocialização do agente ou ao menos a sua neutralização durante certo período. E é aflitiva porque, como meio de persecução dessas finalidades heterogêneas, impõe ao autor uma restrição a seus direitos fundamentais.⁷

À luz dessa pré-compreensão, pode-se definir que a medida socioeducativa é, ontologicamente, uma pena. Aí está sua natureza jurídica: trata-se de coerção penal, ainda que não tenha por pressuposto a realização de um crime.⁸

Suponha-se que um adolescente realize a conduta descrita como homicídio e lhe seja aplicada a medida de internação. A resposta estatal será uma sanção, pois deriva do descumprimento do preceito “não matar”. Tem caráter punitivo e heterogêneo, pois a providência visa a finalidades outras que não a reparação do mal causado. Com efeito, é impossível trazer de volta a vida lesionada, e tampouco se estabeleceu qualquer indenização compensatória. Por fim, a medida aplicada, por mais que suas finalidades sejam idealmente socializadoras, utiliza-se de meios aflitivos. O adolescente, contra a sua vontade, foi alijado do *status libertatis* e terá de permanecer, durante certo período, isolado da sociedade, em regime fechado, no estabelecimento indicado pelo poder estatal.

Com isso, percebe-se que não há um elo indissociável entre crime e pena, e as medidas socioeducativas são apenas um dos vários exemplos de penas que não derivam de condenação criminal.

Em verdade, a equivocada suposição de que haveria essa ligação necessária entre crime e pena se baseia exclusivamente na petição de princípios de que: (a) pena seria a consequência jurídica da prática de um ilícito penal; e (b) ilícito penal seria o que tem por consequência a aplicação de

⁷ Cf. MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal: propedêutica penal e norma penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1964, p. 3. Aproximando-se do sentido adotado por Pietro Nuvolone, Frederico Marques define a pena como “[...] um mal infligido ao autor do fato antijurídico e que, na maior parte das vezes, afeta ou pode afetar a própria pessoa do agente”.

⁸ Cf. VIDAL, Luís Fernando Camargo de Barros. A irresponsabilidade penal do adolescente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, n. 18, p. 89-90, 1997, adotando o mesmo entendimento.

uma pena. As formulações não atendem adequadamente à necessidade de definir os institutos e nem correspondem à realidade.

O fato é que, no ordenamento jurídico moderno, nem toda sanção penal tem por pressuposto a prática de um crime. Note-se a grande perplexidade gerada em razão do instituto da multa, que, mantendo as mesmas características – ou seja, sanção patrimonial imposta ao agente de ato ilícito, com finalidades punitivas, alheias à reparação do dano causado –, é aplicada tanto na esfera penal como na administrativa ou na tributária.⁹

Se o mesmo fenômeno ocorre derivado de duas ou mais causas distintas, mas tem semelhante manifestação coercitiva, não parece razoável atribuir-lhe naturezas diversas. Será, sempre, pena. Assim, a multa aplicada por ilícito civil é um primeiro exemplo de pena decorrente de condenação não criminal.

Uma situação ainda mais notória são as punições pela prática de atos de improbidade administrativa, reguladas pelo artigo 12 da Lei nº 8.429/92.¹⁰ Observam-se algumas sanções eminentemente afluivas e desvinculadas de qualquer aspecto reparatório, tais como a suspensão de direitos políticos, a perda da função pública e a multa. Essas providências foram tratadas pelo legislador no capítulo expressamente denominado

⁹ Cf. NUVOLONE, Pietro. *O sistema do direito penal*, p. 19. Cumpre destacar que multa é diferente de reparação pecuniária. A reparação pecuniária é sanção homogênea, pois visa a reconstituir as perdas do indivíduo lesado, sem ultrapassar o limite dos prejuízos causados. Já a multa não se limita ou se vincula à recomposição das perdas da vítima. Pelo contrário, ela representa uma resposta autônoma, que tem por finalidade, por exemplo, prevenir a prática do ato ilícito ou a sua reincidência, punir o ofensor ou reafirmar o ordenamento jurídico violado.

¹⁰ Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações: I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

“das penas” – o que se mostra uma postura correta, pois é realmente essa a sua natureza jurídica.

Nada obstante, é inegável que os atos de improbidade administrativa não constituem crime, por disposição expressa do artigo 37, § 4º, da Constituição Federal.¹¹ Diante disso, atualmente se definem as sanções por ato de improbidade como mais uma típica manifestação de pena não criminal, consoante exposto por Émerson Garcia e Rogério Pacheco Alves.¹²

Com efeito, a expansão do fenômeno punitivo-aflitivo para além do conceito de crime e do Direito Penal clássico é também exposta por Eugenio Raúl Zaffaroni¹³, ao tratar dos sistemas penais paralelos. Referindo-se expressamente aos Juizados da Criança e do Adolescente, o autor aponta “a analogia que estas formas de exercício do poder mantêm com o sistema penal formal” e destaca a importância de se compreender a gravidade de algumas sanções não criminais para lhes trazer as garantias necessárias. No mesmo sentido, enfatiza Pietro Nuvolone¹⁴:

Evidentemente, para que se tenha lógica e ontologicamente uma sanção penal, não é preciso que ela esteja contida no elenco expressamente ditado pelo Código Penal: é suficiente que ela tenda a punir [*aflitivamente*] pela violação de uma obrigação, isto é, que seja a consequência coercitiva de um comportamento de rebeldia ao comando (ao qual, portanto, se supõe que o agente pudesse se adequar). Sob esse ponto de vista, também a pena pecuniária das leis financeiras ou administrativas, ou o confisco, podem ser considerados sanções penais, uma vez que têm caráter punitivo. O direito punitivo, portanto, tem uma extensão mais ampla do que o Direito Penal em sentido

¹¹ Consoante essa norma, as sanções por ato de improbidade são aplicadas “sem prejuízo da ação penal cabível”, o que deixa clara a independência entre as esferas criminal e cível. *In verbis*: “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

¹² GARCIA, Émerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 434.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 69-70.

¹⁴ NUVOLONE, Pietro. *O sistema do direito penal*, p. 19.

estrito, como previsto pelo ordenamento positivo.
[nota nossa].

Despertam-se, deste modo, as indagações nucleares sobre as medidas socioeducativas: diante do contexto complexo em que a coerção penal transcende o âmbito dos ilícitos penais, como tratar as penas não criminais? Que nível de garantias deferir aos cidadãos sob a premência de sofrer esse tipo de intervenção estatal, nos diferentes sistemas penais paralelos e, em especial, no paradigma da responsabilidade juvenil?

O ponto essencial para a resposta é exatamente a progressão do fenômeno punitivo-aflitivo. Como visto, quanto maior o grau de aflitividade que permear um sistema, gradativamente mais rígidas deverão ser as garantias por ele previstas.

Assim, um modelo como o da Lei de Improbidade Administrativa – cuja máxima interferência possível é representada pela suspensão de direitos políticos, perda da função e multa – deve prescindir de algumas garantias, como de fato se verifica.

De outro lado, um sistema que chegue à potencial privação do *status libertatis* do indivíduo, como o paradigma da responsabilidade juvenil, tem necessariamente de contemplar toda a esfera de garantias do Direito Penal, pois aqui a resposta estatal pode atingir o grau extremo de intervenção nos direitos fundamentais do particular.

É o que deflui dos ensinamentos de Jesús-María Silva Sánchez¹⁵:

O ponto de partida que adoto é a direta relação existente entre as garantias que incorporam um determinado sistema de imputação e a gravidade das sanções que resultam de sua aplicação. [...] Nem em todo sistema jurídico deve haver as mesmas garantias, nem em todo o sistema do direito sancionatório tem que haver as mesmas garantias, nem sequer em todo o sistema sancionatório penal há que exigirem-se as mesmas garantias, pois as consequências jurídicas são substancialmente diversas.

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 137.

Com base na distinção entre essas consequências jurídicas, o autor conclui seu raciocínio, “para exigir que ali onde se impõem penas restritivas de liberdade [...] se mantenha todo o rigor dos pressupostos clássicos de imputação de responsabilidade”.¹⁶

Na mesma linha geral é a concepção de Hassemer.¹⁷ O autor defende a adoção de um sistema punitivo denominado Direito de Intervenção, flexibilizando algumas normas inerentes ao Direito Penal, desde que esse novo modelo renuncie à potencial imposição de penas restritivas de liberdade. Entretanto, quando houver a mera possibilidade abstrata de aplicação das referidas penas – tidas como o grau máximo de afluência –, não se abre mão de toda a disciplina relativa ao chamado Direito Penal Nuclear, com o rigor principiológico que o acompanha.

Diante disso, faz-se inquestionável a incidência de todas as garantias e princípios do Direito Penal ao paradigma da responsabilidade juvenil. Isso abrange, sobretudo, o princípio da proporcionalidade, a assegurar que o grau de intervenção estatal sobre o adolescente, após a prática de um injusto penal, nunca seja maior do que a interferência incidente sobre um adulto praticante do mesmo ilícito.¹⁸

Pouco importa o nome dado à sanção ou a sua finalidade socializadora. O fato é que a persecução dessa finalidade realiza-se, no modelo vigente, mediante um considerável potencial de afluência deferido ao sistema como um todo. A resposta estatal a injustos praticados por menores, considerando a própria gravidade da conduta, traz consigo, de forma

¹⁶ Ibid., p. 143.

¹⁷ Cf. FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 77. Nesse mister, Zaffaroni opõe-se às formulações de Hassemer e de Silva Sánchez, aludindo que elas constituiriam uma *fraude de etiquetas*, consistente na alteração do *nomen juris* do sistema – seja Direito de Intervenção, no caso de Hassemer, ou Direito Penal de Segunda Velocidade, no caso de Silva Sánchez – para permitir que sanções penais ainda muito graves, como as restritivas de direitos, sejam aplicadas sem o pálio de todas as garantias. À parte dessa discussão, o fato é que todas as três linhas doutrinárias – quer o pensamento de Zaffaroni, quer o de Silva Sánchez ou o de Hassemer – são absolutamente pacíficas quanto à necessidade de salvaguardar a proteção do Direito Penal para os sistemas que permitem a privação de liberdade, quaisquer que sejam as finalidades ou os pressupostos da sanção.

¹⁸ Embora o enunciado possa parecer singelo e até mesmo evidente, ele tem desdobramentos vitais para a interpretação de inúmeras normas no paradigma da responsabilidade juvenil, bem como para a visão de todo o sistema.

imamente, um caráter instrumentalmente repressivo, ainda que o objetivo primário declarado seja reeducar e socializar.¹⁹

No caso da internação e da semiliberdade, as unidades de cumprimento da medida cerceiam a liberdade do indivíduo e o obrigam ao convívio institucionalizado com inúmeros desconhecidos – todos praticantes de condutas típicas.

O ambiente é hostil por sua própria natureza. Ainda que o poder público implementasse regularmente as condições de educação, assistência e profissionalização previstas no ordenamento, somente o fato de se declarar a prática de um injusto penal pelo adolescente e de lhe impor restrições a direitos fundamentais – seja pela privação ou restrição de liberdade, seja pelas outras medidas socioeducativas, que em muito se assemelham às penas restritivas de direitos no sistema penal clássico – já carrega inegável conteúdo aflitivo.

A par disso, há também o estigma social inerente à realização de um tipo penal e à posterior submissão às medidas estatais. Assim como em relação aos adultos, a sociedade termina por eleger os comportamentos mais reprováveis – geralmente os que afetam a vida ou o patrimônio. Para os adolescentes a quem se imputam esses atos, a imposição de medida socioeducativa funciona como atestado de culpa, como verdadeira condenação perante a sociedade, ávida por encontrar os culpados das condutas que a angustiam.²⁰

Observe-se que todos esses elementos repressivos já existiam integralmente no modelo tutelar. As medidas socioeducativas – nada obstante fossem denominadas, à época, medidas protetivas – tinham conteúdo praticamente idêntico, e a sua natureza jurídica era a mesma que ora se apresenta. Apenas se negava artificialmente a realidade, como forma de

¹⁹ Cf. SARAIVA, João Batista Costa. O adolescente em conflito com a lei e sua responsabilidade: nem abolicionismo penal nem direito penal máximo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 47, p. 138-140, 2004.

²⁰ Note-se que o estigma social decorrente da ideia de que um adolescente praticou um *ato infracional* é substancialmente menor do que o associado ao fato de que um adulto praticou um *crime*. O conceito de crime, como fenômeno de carga semântica historicamente sedimentada, tem um conteúdo simbólico que, *de per se*, constitui grande diferença em relação a todas as outras espécies de ilícitos. Essa é exatamente uma das muitas razões pelas quais o legislador, por questão de política criminal, houve por bem definir a inimputabilidade etária e extrair abstratamente de todos os menores a capacidade para culpabilidade e para a prática de crimes. O tema, juntamente com todas as outras razões para a opção política em testilha, será detalhadamente discutido no capítulo 6. Contudo, o que interessa no presente momento é perceber que o ato infracional – embora não traga consigo a máxima carga de estigmatização inerente ao conceito de crime – ainda assim conduz uma parcela dessa carga, pois tem origem no mesmo instituto: o ato típico e ilícito.

consolidar a busca histórica pelo distanciamento dos adolescentes em relação às infrações penais.

É dizer: o paradigma da responsabilidade não inseriu caracteres aflitivos no ordenamento. Ele apenas reconheceu os que já estavam presentes – mas eram negaceados – e trouxe, à luz dessa percepção mais realista, as garantias correspondentes. Cabe ao intérprete assimilar o novo contexto, evoluir historicamente e compreender que excluir do menor a condição de réu e as garantias materiais e processuais a ela inerentes é ilusório e autoritário.

Se a concepção de democracia assenta-se sobre o binômio direito-dever, então o alto grau de direitos conferidos ao Estado, no que tange à interferência na vida do particular, há de ter a sua contrapartida no dever de rígida observância aos limites estabelecidos pelo Direito Penal. É cabível a advertência de Zaffaroni²¹, apontando que:

[...] a tutela sempre foi o pretexto das leis penais autoritárias, e a legislação para crianças e adolescentes com frequência tem se aproximado desses extremos, [...] com o recorrente argumento de que não impõe penas, mas sim proteção.

É também o que esclarece Luigi Ferrajoli²², acerca das concepções que utilizam o propósito socializador como argumento para suprimir garantias:

[...] tais doutrinas, em supondo uma concepção do poder punitivo como ‘bem’ metajurídico – o Estado pedagogo, tutor ou terapeuta – são as menos liberais e mais antigarantistas [...], justificando modelos de Direito Penal máximo e tendencialmente sem limites.

Constata-se, pois, que a medida socioeducativa é a sanção heterogênea aflitiva imponible em razão do descumprimento dos preceitos primários das normas penais por um adolescente. A natureza jurídica dessa medida é de pena não criminal, inserindo-se no que pode ser chamado de sistema penal paralelo da responsabilidade juvenil.

²¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*, p. 316.

²² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 252.

Por fim, o nível potencial de afluência conferido pelo ordenamento às sanções do aludido sistema – consubstanciado na previsão de penas privativas de liberdade – torna indispensável a incidência de todos os princípios e garantias do Direito Penal clássico em favor do adolescente a quem se imputa a prática de injusto.

5. DIREITO PENAL, CULPABILIDADE E INIMPUTABILIDADE ETÁRIA

Exsurge, a este ponto, uma perplexidade fundamental. De um lado, reconhece-se nas medidas socioeducativas um caráter tão punitivo-aflitivo que chega a tornar indispensável a incidência da esfera protetiva do Direito Penal. De outro, a Constituição Federal, o Código Penal e o próprio *Estatuto da criança e do adolescente* afirmam ser o menor penalmente inimputável, o que se reflete na sua falta de culpabilidade.

Diante desse contexto, cumpre indagar: se não há a culpabilidade necessária para lastrear a declaração da prática de um crime, como inserir o adolescente em um sistema com sanções análogas à pena criminal, envolvendo até mesmo a privação de liberdade?

O aparente contrassenso foi, inclusive, um dos motivos para que o modelo tutelar negasse qualquer grau de punitividade às medidas imponíveis a menores, contrariando os fatos e gerando uma conciliação ilusória com a teoria do delito.

Entretanto, a referida posição – apesar de ser a mais fácil resposta à inquietude – não soluciona adequadamente o problema, pois, além de ser fantasiosa, enseja o efeito de suprimir as garantias indispensáveis ao adolescente acusado de um ato penalmente ilícito. Cumpre, então, buscar um novo modelo explicativo que possa justificar tanto a inimputabilidade do menor e a sua falta de culpabilidade, quanto o gravame das medidas socioeducativas e as garantias necessárias ao réu.

De início, é preciso admitir que, em um Estado Democrático de Direito, não se pune o que é inteiramente irreprovável – sobretudo quando a sanção

envolve intervenções tão gravosas. Para justificar o paradigma da responsabilidade juvenil e suas sanções, realmente é preciso haver certo nível de reprovabilidade à conduta do menor ao qual se aplica a medida socioeducativa.

A partir daí, tem-se um objeto de análise mais específico: como entender que o adolescente, embora seja penalmente inimputável e inculpável, possa sofrer juízo de reprovação social pelo injusto praticado?¹

A solução envolve compreender a proposta de mudança pela qual atualmente vem passando o plano geral da culpabilidade, a partir, sobretudo, da teoria funcionalista racional-teleológica do Direito Penal. Como expõe Silva Sánchez², o tratamento político-criminal dos injustos praticados por adolescentes não é adequadamente explicado pela ideia tradicional de culpabilidade, baseada no exame de reprovabilidade – e, por conseguinte, na concepção de que a não culpabilidade represente necessariamente a não reprovação.

Na realidade, o modelo que melhor esclarece o tema é o da necessidade de pena, cujas linhas gerais foram adotadas, a partir da década de 1970, por doutrinadores como Claus Roxin e Francisco Muñoz Conde.

5.1 O modelo tradicional da culpabilidade exclusivamente como juízo de reprovação e sua insuficiência para explicar a inimputabilidade etária

Segundo a concepção tradicional, culpabilidade é o juízo de reprovação pela prática do injusto penal. Assim, uma conduta típica e ilícita será culpável quando for reprovável ao autor a sua realização, porque ele não se norteou pela norma, sendo-lhe exigível, nas circunstâncias examinadas, que o fizesse.³

¹ O mesmo questionamento pode ser colocado em outros termos, deslocando-se o foco da ideia de reprovabilidade para a de dirigibilidade normativa, idoneidade do agente para ser destinatário de normas. Assim, em um Estado Democrático, não se pune o agente que seja inteiramente incapaz de dirigibilidade normativa, o que leva à indagação: como admitir que o adolescente – penalmente inimputável – seja, em certa medida, idôneo para ser destinatário de normas, compreendê-las e cumpri-las? Os reflexos práticos de se examinar a questão sob o viés da reprovabilidade ou sob o da dirigibilidade normativa são, em geral, os mesmos. Quanto ao plano teórico-filosófico, entretanto, há algumas sutis diferenças, esclarecidas em nota seguinte, neste capítulo. Para simplificar o raciocínio, registre-se a utilização preponderante da concepção de reprovabilidade, embora todos os questionamentos, formulações e afirmativas também possam ser transpostos para a ideia de dirigibilidade.

² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La política criminal ante el hecho penalmente antijurídico cometido por un menor de edad*, p. 38.

³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, p. 517.

Há, por essa ótica, um liame indissociável: caso o injusto seja reprovável, sempre haverá culpabilidade e crime. *A contrario sensu*, caso se estabeleça uma hipótese de inculpabilidade do injusto e de ausência de crime, isso apenas poderá derivar da falta de reprovabilidade da conduta típica e ilícita.

Imputabilidade, por seu turno, é sempre a “capacidade de culpabilidade”, nas palavras de Welzel.⁴ Trata-se de um conceito lógico-estrutural, que será igualmente válido para qualquer modelo de culpabilidade adotado. No modelo tradicional, o conteúdo material da imputabilidade é a higidez e maturidade psíquica requerida para sofrer o juízo de reprovação pela conduta.⁵ Como define Heleno Cláudio Fragoso⁶, é “a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de se determinar segundo esse entendimento”.

A questão é que, em se adotando esses conceitos tradicionais, a culpabilidade e a imputabilidade, a rigor, teriam de ser vistas inexoravelmente como graduáveis e individuais, o que terminaria por não explicar a inimputabilidade exclusivamente etária (não individual, mas geral e abstrata para todos os indivíduos menores de dezoito anos), tal como estabelecida pelo artigo 228 da Constituição⁷ e reproduzida no Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Afinal, cada pessoa tem um ritmo próprio de amadurecimento, e seria impossível conceber, apriorística e genericamente, o mesmo nível para todos os integrantes de uma faixa etária, pois há indivíduos de dezessete anos, por exemplo, que possuem até maior compreensão do ordenamento do que outros de vinte ou vinte e cinco anos.

Assim, caso se levasse ao extremo essa ótica de imputabilidade como “condição pessoal de maturidade e sanidade mental”, somente ao juiz seria possível analisar e decidir, caso a caso, qual a condição do agente, de modo a avaliar quão difícil para este seria a percepção do conteúdo daquela norma penal infringida, e, por conseguinte, em que medida a sociedade lhe poderia cobrar a observância do ordenamento jurídico. Somente ao juiz seria possível, então, definir se o adolescente seria ou não inimputável.

⁴ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Barcelona: Ariel, 1964, p. 94.

⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, p. 535.

⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 214.

⁷ Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Sob o modelo em análise, a culpabilidade e a imputabilidade estariam tão casuisticamente condicionadas que poderiam variar, inclusive, conforme o ato perpetrado, pois há algumas condutas cuja ilicitude é mais patente do que as outras. O entendimento de que um homicídio é contrário ao Direito requer muito menos apuro do que a compreensão sobre a ilicitude de um crime contra a economia popular, por exemplo.⁸ Desse modo, o mesmo indivíduo, com a mesma idade, poderia teoricamente ser capaz de entender a ilicitude do homicídio (ou seja, imputável, sob o conceito clássico), porém ser incapaz de entender a ilicitude dos crimes contra a economia popular (é dizer, inimputável, sob o conceito clássico).

Concluem Zaffaroni e Pierangeli⁹:

[...] a incapacidade psíquica para compreender a antijuridicidade de uma conduta e se determinar por esse entendimento¹⁰ não pode ser determinada mediante o simples etiquetamento do indivíduo dentro de uma entidade nosotóxica e requer a valoração do esforço que a pessoa devia realizar para compreender a antijuridicidade, tarefa que incumbe ao juiz e a respeito da qual o perito só deve ilustrar, sendo o diagnóstico um simples dado informativo.

Os autores referem-se mais especificamente às doenças mentais que acometem os adultos, porém, de igual sorte, tampouco o fenômeno da menoridade pode ser objeto desse simples etiquetamento, pois também interfere na compreensão e na autodeterminação de modo gradual e personalizado. Um adolescente pode ter maior inserção social do que outro, embora ambos possuam a mesma idade. Ademais, até entre menores com grau de entendimento similar, é claro que a perfeita percepção quanto à ilicitude do crime de sonegação fiscal, por exemplo, não chegará, como visto, juntamente com a percepção atinente a injustos como o homicídio ou o estupro. Não há por que negar esses fatos para buscar uma conciliação forçada com a teoria do delito.

Por tudo isso, a conclusão a que se chega é que esse modelo clássico de culpabilidade como “juízo de reprovação social pela conduta” e de imputabilidade como “capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de se

⁸ Cf. ZAFFARONI; PIERANGELI, op cit., p. 540.

⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, p. 541.

¹⁰ Ou seja: a imputabilidade, no modelo do juízo de reprovação.

autodeterminar conforme esse entendimento” não é o mais adequado para explicar a inimputabilidade etária.

Na mesma linha, sob uma análise aprofundada, não é a mais correta – apesar de ser muito comum – a alegação de que a Constituição e o Código Penal teriam estabelecido uma presunção absoluta sobre a inteira incapacidade dos menores para a compreensão da ilicitude penal e para a autodeterminação quanto a quaisquer de suas condutas.

Afinal, se assim fosse, seria evidentemente inconstitucional a imposição de sanções tão gravosas como a restrição de liberdade a sujeitos que, conforme a suposta presunção absoluta, nem ao menos podem compreender a ilicitude de seus fatos ou se de acordo com essa percepção. O indivíduo estaria sendo severamente punido (e já se viu no capítulo 4 que a natureza jurídica das medidas socioeducativas é mesmo de punição, sanção penal) pela prática de uma conduta que ele nem sequer entende. Por certo, essa linha de raciocínio não é a que melhor concilia o reconhecimento do caráter punitivo-aflitivo das medidas socioeducativas (essencial para garantir aos cidadãos o nível adequado de garantias) com a inimputabilidade etária prevista na CF e, ainda, com a teoria do delito.

Como se não bastasse, também é extremamente irreal supor que todos os adolescentes, como por um toque da deusa Themis, passem do zero absoluto – inteira incapacidade de entender o injusto – à total percepção do mundo no exato dia em que completam dezoito anos.

É certo que o Direito precisa adotar alguns parâmetros gerais, para evitar uma subjetividade extremada ou um casuísmo absoluto. O Direito Civil, por exemplo, admite marcos etários para a capacidade negocial, presumindo genericamente que esses limites correspondam à média de desenvolvimento mental das pessoas. Entretanto, note-se que mesmo naquele ramo do Direito há três faixas diferenciadas de tratamento – e não apenas duas, como no sistema penal. Fala-se de incapacidade absoluta, capacidade relativa e capacidade plena, e não apenas de imputabilidade e inimputabilidade. Ademais, o Código Civil prevê mecanismos de estabilização – como a emancipação –, para conferir uma disciplina adequada às diferentes medidas de desenvolvimento individual.

Admitir que o Direito Penal – cujo grau de precisão deveria ser muito superior ao do ordenamento civil, considerando-se a magnitude dos direitos fundamentais e dos interesses públicos envolvidos – utilizou apenas duas faixas para fazer uma presunção sobre o desenvolvimento etário das

pessoas, sem nenhum tipo de mecanismo de estabilização, é um artificialismo a que não se precisa nem se deve recorrer.

Como será constatado ao se examinar a culpabilidade orientada pela necessidade de pena, há outro meio de explicar a inimputabilidade etária, de forma muito mais eficiente, realista e até mesmo mais segura para o réu. Afinal, esse outro modelo de culpabilidade, além não incidir nos artificialismos do paradigma tradicional, evita as contínuas argumentações de que, nos dias atuais, o desenvolvimento psíquico do adolescente é mais rápido, o que tornaria necessário rever a presunção absoluta usada pelo constituinte para fixar a maioria penal, reduzindo o limite etário estipulado.

Deveras, o fato é que sequer essa redução – para dezesseis anos, *exempli gratia* – seria suficiente para dar maior coerência à aplicação do modelo tradicional de culpabilidade, no que concerne à inimputabilidade etária. A individualidade é inerente ao ser humano, e sempre haverá indivíduos com quinze ou até quatorze anos que revelem maturidade bastante para serem reprovados por alguns atos. É exatamente o que ensina Silva Sánchez¹¹, com base nos estudos do psiquiatra forense García Andrade:

[...] los estudios de la psicología demuestran que a partir de la edad de doce o catorce años es posible que el sujeto establezca una relación con la norma, es decir, que tenga, en definitiva, el discernimiento al que al principio se hacía referencia. Desde un modelo como el del discernimiento, pues, carecería de sentido excluir la responsabilidad criminal de estos sujetos, de edad inferior a dieciséis años. Si, taxativamente, y de modo general, se excluye tal responsabilidad penal [...], eso es por razones distintas de las del modelo de discernimiento.¹²

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La política criminal ante el hecho penalmente antijurídico cometido por un menor de edad*, p. 42.

¹² Em tradução livre: “[...] os estudos da psicologia demonstram que, a partir da idade de doze ou quatorze anos, é possível que o sujeito estabeleça uma relação com a norma, é dizer, que tenha, definitivamente, o discernimento ao qual inicialmente se fazia referência. A partir de um modelo como o do discernimento, pois, não haveria sentido excluir a responsabilidade penal destes sujeitos, de idade inferior a dezesseis anos. Se, taxativamente e de modo geral, se exclui essa responsabilidade penal [...], isso é por razões distintas das expostas no modelo do discernimento”.

No texto, Silva Sánchez utiliza a expressão “modelo do discernimento” em duplo sentido: tanto para definir a estrutura de culpabilidade lastreada no juízo de reprovação, como também para aludir ao inadequado método utilizado na etapa do Direito Penal indiferenciado, em que se faziam exames individuais e subjetivos para verificar o grau de amadurecimento de cada indivíduo e definir a sua submissão às penas criminais. O motivo da identidade terminológica é que, de fato, a proposta de culpabilidade exclusivamente como juízo de reprovação, se fosse adotada de forma pura, terminaria por conduzir ao indesejável método de exames individuais – e, a rigor, a certa visão retributivista da pena, pela qual quem é reprovável deve sempre ser declarado criminoso e punido como tal. Nas palavras do autor¹³:

El modelo del discernimiento [...] parte de la idea de que la culpabilidad, entendida como juicio de reproche, es presupuesto esencial de la pena, a través del denominado *concepto bilateral de culpabilidad*. Según este, se no hay culpabilidad no puede imponerse la pena, pero, viceversa, siempre que haya culpabilidad deberá imponerse una pena [criminal – nota nossa].¹⁴

Com efeito, a inculpabilidade do menor não foi criada para afirmar que todos os indivíduos até aquela idade sejam incapazes de autodeterminação ou de compreensão; nem tampouco para impossibilitar qualquer juízo de reprovabilidade quanto a seus atos. Muitas vezes, o injusto praticado por um adolescente é, sim, reprovável¹⁵ – e é justamente isso que demanda e justifica a imposição de medidas punitivo-aflitivas no paradigma da responsabilidade juvenil.

O que a Constituição e o Código Penal preconizaram foi apenas que, independentemente de a conduta ser reprovável ou não¹⁶, a política cri-

¹³ SILVA SÁNCHEZ, *ibid.*, p. 40.

¹⁴ Em tradução livre: “O modelo do discernimento [...] parte da ideia de que a culpabilidade, entendida como juízo de reprovação, é pressuposto essencial da pena, mediante o denominado conceito bilateral de culpabilidade. Segundo este conceito, se não há culpabilidade não se pode impor a pena, mas, em contrapartida, sempre que houver culpabilidade se deverá obrigatoriamente impor uma pena” [criminal – nota nossa].

¹⁵ Ou ainda: muitas vezes, o adolescente que praticou o injusto tem, sim, certa idoneidade para ser destinatário de normas penais, compreendê-las e cumpri-las.

¹⁶ Ou de o adolescente ser ou não capaz de dirigibilidade normativa.

minal tem outra solução melhor do que a pena clássica para os ilícitos dos agentes naquela faixa etária.

A inimputabilidade etária constitucional não foi uma presunção absoluta de incapacidade de compreensão e autodeterminação, mas sim uma opção política para conduzir certos indivíduos a um sistema penal paralelo, distinto do comum, em atenção ao princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Essa inimputabilidade significa tão somente que o menor não tem aptidão para ser atingido pelo sistema penal comum, e não representa, por certo, que ele necessariamente seja desprovido de percepção da ilicitude dos seus atos ou que não possa sofrer reprovação social por sua conduta.

Daí dizer-se que o modelo mais apropriado para explicar esse quadro é o da necessidade de pena, pois não se restringe à culpabilidade subjetiva como juízo de reprovação social, mas, pelo contrário, agrega aos conceitos de culpabilidade e de imputabilidade a importante ideia de que esses institutos são também instrumentos de política criminal, verdadeiros meios para definir em que sistema punitivo deverá ser enquadrado o violador de normas estatais cogentes.

5.2 Funcionalismo racional-teleológico: o modelo da necessidade de pena como melhor parâmetro teórico-explicativo da inimputabilidade etária

De acordo com a visão funcionalista racional-teleológica do Direito Penal – cujas linhas gerais são defendidas por autores como Roxin¹⁷, Silva Sánchez¹⁸ e Muñoz Conde¹⁹ – toda a teoria do delito deve se orientar para a concretização dos fins preventivos da pena, que são, em última análise, os fins do próprio Direito Penal.

Para essa corrente, só faz sentido declarar que alguém praticou um crime (ou seja, que o injusto é culpável) se a consequência dessa afirmação – a aplicação da pena clássica – for realmente necessária e funcional para alcançar a prevenção geral e a especial, não havendo nenhum outro meio

¹⁷ ROXIN, Claus. *A culpabilidade e sua exclusão no direito penal*, p. 65.

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La política criminal ante el hecho penalmente antijurídico cometido por un menor de edad*, p. 38.

¹⁹ Cf. SPOSATO, Karyna Batista. *Culpa e castigo: modernas teorias da culpabilidade e os limites ao poder de punir*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, n. 56, p. 52, 2005.

menos gravoso ou mais adequado de solucionar aquele conflito. Do contrário, caso exista resposta mais apta a concretizar os propósitos do Direito, não se justifica a aplicação do instituto do crime, *ultima ratio* da intervenção estatal.

Assim é delineado o parâmetro da culpabilidade orientada pelos fins da pena, com íntima ligação ao modelo da necessidade de pena. Sob este ponto de vista, a idoneidade psíquica do autor para ser destinatário de normas penais (ou a reprovabilidade da conduta) é apenas um dos elementos analisados no plano geral da culpabilidade, mas não o único.

Na caracterização do crime, somente será cabível afirmar que o injusto é culpável (*lato sensu*) caso se conclua também que a pena tradicional é indispensável para estabilizar a confiança coletiva no ordenamento jurídico (prevenção geral positiva), intimidar autores em potencial (prevenção geral negativa) e ressocializar o agente da conduta (prevenção especial). É o que esclarece Winfried Hassemer²⁰:

A ligação entre o juízo de culpabilidade e os fins da pena pode-se produzir do seguinte modo: somente ali onde o Direito Penal pode esperar que um fim penal preventivo (a ressocialização do autor, a intimidação do potencial autor, a estabilização da consciência normativa da população) seja possível de se alcançar é que pode ser razoável [...] pronunciar um juízo de culpabilidade.

Em síntese: para definir se o injusto é ou não culpável *lato sensu*, cabe verificar se a reprimenda criminal é necessária à realização das finalidades do Direito Penal. Trata-se do juízo da necessidade de pena criminal. No plano geral da culpabilidade, esse juízo tem de se adicionar à culpabilidade em sentido tradicional ou *stricto sensu* (leia-se: à reprovabilidade da conduta ou à dirigibilidade normativa), para somente então se declarar que o ato típico e antijurídico constitui crime.

O referido instituto da culpabilidade *stricto sensu* continua existindo, mas não pode isoladamente motivar a aplicação da pena. Ao contrário, termina por atuar como limite inultrapassável da sanção imposta, ou seja: como garantia ao réu de que a reação estatal jamais excederá a intensidade

²⁰ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*, p. 312.

proporcional à lesividade da conduta e à capacidade de compreensão e de autodeterminação do agente.

O modelo teórico preconiza a seguinte fórmula: culpabilidade *lato sensu* (ou responsabilidade penal) = culpabilidade *stricto sensu* (reprovabilidade ou dirigibilidade normativa) + necessidade de pena criminal.

Dessa maneira, somadas, no caso concreto, a culpabilidade *stricto sensu* (que é a reprovabilidade da conduta ou dirigibilidade normativa) e a necessidade de pena criminal, tem-se o que Roxin²¹ houve por bem chamar

²¹ ROXIN, Claus. *A culpabilidade e sua exclusão no direito penal*, p. 47: “[...] as necessidades preventivas gerais e especiais devem ser acrescentadas à culpabilidade em sentido tradicional, formando uma nova categoria no sistema do delito, a ‘responsabilidade’”. Aqui, existem alguns pontos fundamentais dignos de nota. Cumpre esclarecer inicialmente que, para Roxin, a chamada culpabilidade em sentido tradicional – ou culpabilidade *stricto sensu* – não é propriamente a reprovabilidade da conduta. Em verdade, a ideia de culpabilidade como juízo de reprovação relaciona-se à Escola Finalista e deriva dos ensinamentos de Welzel. Sob a referida concepção finalista, o instituto se pauta no chamado poder-agir-de-outro-modo: a conduta do agente torna-se reprovável e culpável porque, podendo escolher o comportamento lícito, ele optou pelo ilícito. Ocorre que, para Roxin, essa culpabilidade *stricto sensu* como poder-agir-de-outro-modo é um dado insusceptível de comprovação empírica e, por isso, não pode ser utilizada no Direito Penal. Segundo o autor, é impossível penetrar na esfera íntima do indivíduo e verificar até que ponto as circunstâncias anímicas que o levaram a delinquir eram controláveis ou não por sua personalidade. O que se pode comprovar empiricamente é apenas o estado físico de consciência, higidez psíquica e autodeterminação do agente no momento da conduta, demonstrando que esse estado lhe dava condições de compreender o conteúdo das normas penais em geral e de se dirigir por aquelas normas. Desta forma, conforme Roxin, é o aludido estado empiricamente verificável que constitui a culpabilidade *stricto sensu*, por ele definida como idoneidade para ser destinatário de normas ou dirigibilidade normativa. *Ibid.*, p. 58. Cita-se a situação de um indivíduo em perfeitas condições mentais que, por estar atrasado para pegar o trem, avança o sinal vermelho, em um país cujo ordenamento jurídico considera tal conduta como delituosa. Afirma o doutrinador: “se ele, apesar de sua pressa, estava em condições de aguardar diante do sinal vermelho, ou se as circunstâncias que o levaram a correr para alcançar o trem determinaram de modo inexorável sua decisão de atravessar a rua com o sinal vermelho – isso nenhum mortal sabe”. Roxin, *loc. cit.* Só se poderia afirmar, nesse caso, o fato de que o indivíduo estava física e psicologicamente hábil a ponto de poder se orientar, em princípio, pelas normas do Direito. Daí por que o autor afasta a ideia de reprovabilidade – que pressuporia livre-arbítrio no ato de escolher a conduta – para se apegar à de idoneidade para ser destinatário de normas – que seria apenas um elemento empírico, objetivamente verificável. Contudo, não é esse o ponto de utilidade da teoria de Roxin para o presente trabalho. O aspecto essencial é que o doutrinador, partindo de uma visão funcional-teleológica, estabeleceu um novo requisito para a caracterização do crime, no plano geral de análise da culpabilidade: a necessidade de pena. Ele enxergou que a culpabilidade *stricto sensu* – seja como dirigibilidade normativa (sua concepção), seja como reprovação à conduta (visão finalista, mais difundida atualmente e majoritariamente utilizada neste texto) – não é o bastante para que se declare a existência do delito. A isso tem de se agregar a necessidade de pena; caso contrário, não se poderá afirmar que o ato típico e ilícito praticado pelo agente constitui infração penal. É essa a linha de raciocínio que ora se utiliza, independentemente da concepção de culpabilidade *stricto sensu* adotada. No que tange à nomenclatura, o conjunto da culpabilidade *stricto sensu* somada à necessidade da pena foi chamado por Roxin de *responsabilidade*. O presente estudo, entretanto, houve por bem empregar a denominação culpabilidade *lato sensu*. O sentido é o mesmo (culpabilidade *lato sensu* é culpabilidade *stricto sensu* mais necessidade de pena), porém se evita a possível confusão entre a *responsabilidade* delineada por Roxin – que é uma das categorias para a caracterização do crime – e a responsabilidade juve-

de responsabilidade penal – ou, na terminologia ora utilizada, culpabilidade *lato sensu*. É essa categoria jurídica que justifica a imersão do agente no Direito Penal e a aplicação das penas clássicas correspondentes. Trata-se, portanto, de trazer o conceito de subsidiariedade do Direito Penal – da pena criminal como *ultima ratio* – para o próprio cerne da teoria do delito, afirmando-se não haver sequer crime quando o conflito puder ser resolvido por outros meios. Nas palavras de Hassemer²²:

A justificação da consequência jurídico-penal não resulta da culpa reprovável do autor, mas da tarefa do Direito Penal como uma instituição social e estatal: a culpabilidade do autor, isto é, a imputabilidade subjetiva, não é fundamento, mas somente o meio de limitação da consequência jurídico-penal. [...] O motivo e o fundamento da atividade jurídico-penal não é que um homem se tornou culpável [*stricto sensu*], mas antes que surgiu um conflito social que não pode ser solucionado com meios menos intensos que aqueles do Direito Penal. [*Trata-se da necessidade de pena, agregando-se à reprovabilidade para delinear a culpabilidade lato sensu e lastrear a declaração de existência de um crime – notas nossas*].

É claro que, se não houver nenhum grau de culpabilidade *stricto sensu*, será impossível aplicar qualquer pena, devido ao limite inultrapassável da atuação estatal punitivo-aflitiva. É o caso da coação moral irresistível ou de um recém-nascido que provoca lesões corporais em outrem. Nessas situações, não há possibilidade de impor nenhuma pena – criminal ou não –, quer porque a conduta do autor é irreprovável, quer porque ele é absolutamente inidôneo para ser destinatário de normas.

nil, que não integra a esfera criminal, muito embora também enseje punições. Note-se, por fim, que a visão de Muñoz Conde segue a mesma linha geral, entretanto conceitua a culpabilidade *stricto sensu* como *possibilidade de se motivar pela norma* e leva para dentro deste próprio instituto a análise sobre a necessidade de pena – em vez de criar uma categoria jurídica mais ampla, como a chamada *responsabilidade* ou *culpabilidade lato sensu*. Seja como for, o aspecto realmente fundamental é a visão de que, se não houver necessidade de pena (e, portanto, culpabilidade *lato sensu* ou responsabilidade penal), inexistirá delito, mesmo que haja culpabilidade *stricto sensu* (seja ela no sentido de reprovabilidade ou de dirigibilidade normativa – o que, no plano prático, não tende a representar diferença relevante quanto aos temas ora examinados).

²² HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*, p. 320.

Entretanto, também pode haver a hipótese de uma ação, mesmo sendo culpável *stricto sensu*, não ensejar a necessidade de pena criminal, por haver meios mais adequados à estabilização social, à intimidação e à ressocialização do que a sanção prevista no Direito Penal. É exatamente isso que explica, com maior precisão, a inimputabilidade etária e a existência do paradigma da responsabilidade juvenil. Não se presumiu artificialmente que o adolescente era incapaz de compreensão da norma ou impassível de sofrer reprovação. Apenas se verificou que uma pena criminal não seria necessária, útil, pois a repressão ao agente poderia ser feita por meio mais específico, eficiente e menos gravoso. É o que se pode depreender da lição de Roxin²³:

Um dispositivo como o § 19 do StGB, segundo o qual “é incapaz de culpabilidade aquele que, ao praticar o fato, não tem 14 anos de idade”, só em pequena parte dos casos pode ser explicado através de uma inidoneidade para ser destinatário de normas ou de quaisquer outras das concepções de culpabilidade [*stricto sensu, tal como a reprovabilidade da conduta*]. O jovem de 13 anos que destrói as janelas do vizinho sabe, normalmente, que não lhe é permitido fazer isso, e, salvo em casos de distúrbios comportamentais, pode orientar-se de acordo com este entendimento. [...] Seria, além disso, absurdo admitir que, ao completar o 14º ano de idade de repente surgisse uma capacidade de culpabilidade [*stricto sensu*], da qual não havia ainda qualquer vestígio. [...] É verdade que, em hipóteses como a de idade do autor, em regra, há uma redução da capacidade de autodeterminação e de orientação. Mas tal ainda não é suficiente para excluir a culpabilidade. [...] Se em tais situações o legislador renuncia à pena [*criminal*], tal ocorre porque ele a considera desnecessária, ou mesmo nociva, de um ponto de vista preventivo geral e especial. [*notas nossas*].

Por uma questão de política criminal, o legislador constituinte entendeu que os adolescentes praticantes de atos típicos e ilícitos deveriam ser

²³ ROXIN, Claus. *A culpabilidade e sua exclusão no direito penal*, p. 62-63.

tratados em um sistema penal paralelo, com regramento próprio e penas peculiares, que não as criminais. A referida convicção e a existência do sistema específico, por seu turno, condicionaram a dogmática e determinaram a exclusão da necessidade de pena, o que repercutiu na ausência de culpabilidade *lato sensu* – ou, para utilizar fielmente a terminologia de Roxin, de responsabilidade penal.

Objetivou-se, com isso, a criação de uma série de institutos jurídicos diferenciados para melhor atender à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Conferiu-se ao juiz, no sistema juvenil, um maior âmbito de ação em favor do réu, para averiguar qual o seu grau de reprovabilidade ou de dirigibilidade normativa – como garantia, limite máximo da pena – e, a partir daí, escolher a medida socioeducativa adequada.

Ademais, redistribuiu-se a importância dada às finalidades preventivas: a ressocialização ganhou maior importância do que recebera na pena criminal, ao tempo em que a intimidação e a estabilização social ocupam posições um tanto menos centrais. Todas essas finalidades continuam a existir e a exercer papel relevante, só que têm pesos diferentes no sistema juvenil.²⁴

Naturalmente, a condição de sustentação da estrutura jurídica específica para menores é que ela realmente torne a pena clássica desnecessária, ou seja: que realmente cumpra todas as finalidades de prevenção especial e geral – inclusive a geral positiva ou integradora, reafirmando o ordenamento jurídico violado perante a sociedade. Em razão da gravidade dos atos infracionais (cuja descrição típica equivale à dos próprios ilícitos penais), o cumprimento dessas finalidades termina por demandar um alto grau de afletividade, e daí exsurge, por conseguinte, a demanda por garantias – plenamente explicável pelas presentes ideias funcionalistas.

No ordenamento brasileiro, pode-se inferir a tendência do legislador em direção ao modelo da necessidade de pena – com orientação pelos fins da pena e pela política criminal –, analisando a Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal.

A exposição anterior, de 1940, fundamentava a inimputabilidade substancialmente na alegação de que os menores de dezoito anos eram

²⁴ As peculiaridades do sistema da responsabilidade juvenil e os motivos pelos quais a política criminal houve por bem delinear esse paradigma, excluindo o adolescente do conceito de crime e da pena clássica, serão examinados detalhadamente no capítulo 6. Aqui, o relevante é compreender o contexto geral da falta de culpabilidade *lato sensu* e a forma como ela se compatibiliza com a eventual existência de alguma reprovabilidade ou idoneidade para ser destinatário de normas – culpabilidade *stricto sensu*.

imatuross, o que demonstrava grande pendor para a teoria da reprovabilidade pura (item 19 da Exposição de Motivos daquele diploma).

Já o novo texto declara expressamente que se trata de uma escolha baseada na política criminal, bem como justifica a não redução da maioridade penal pelo fato de que a legislação especial possui os mecanismos adequados para uma função de prevenção especial positiva e negativa, sem necessidade de imposição da pena clássica. É o que se observa²⁵:

Manteve o Projeto a inimputabilidade penal ao menor de 18 (dezoito) anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal. [...] 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 dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinqüente, menor de 18 (dezoito) anos, do convívio social, sem a sua necessária submissão ao tratamento do delinqüente adulto, expondo-o à contaminação carcerária.

O próprio Francisco de Assis Toledo²⁶, coordenador das Comissões de Reforma Penal de 1984, sustenta que a estipulação genérica de dezoito anos para a inimputabilidade “resulta menos de postulados científicos do que de um critério de política criminal”. E continua: “com efeito, nada indica que a idade de dezoito anos seja um marco preciso no advento da capacidade de compreensão do injusto e de autodeterminação”.

Também Maria Auxiliadora Minahim²⁷, expondo o caráter político-criminal que permeia a inimputabilidade etária, leciona:

A escolha poderia ter sido feita sobre os 16, 14, 12, ou mesmo 10 anos, se se desejasse segurança a qualquer

²⁵ Exposição de Motivos da nova parte geral do Código Penal, item 23. Lei n. 7.209/84. No mesmo sentido, apontando esse fato e afirmando que a escolha do limite de dezoito anos foi uma questão de política criminal, cf. SARAIVA, João Batista. A idade e as razões: não ao rebaixamento da imputabilidade penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, n. 18, p. 83, 1997. Também nessa linha: SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*, p. 70-71.

²⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 320.

²⁷ MINAHIM, Maria Auxiliadora. Redução da menoridade penal: o falso canto da sereia. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, n. 10, 2002, p. 41.

preço. Poderia também, ao contrário, recair sobre 21 ou, talvez, 23 anos [...]. A decisão pela inimputabilidade pode ser, de fato, fruto apenas de uma decisão, mas uma decisão que é racional pelas circunstâncias e consequências da constatação de capacidade penal.

Parece razoável interpretar as circunstâncias e consequências a que alude a autora como sendo o contexto geral do ordenamento que permita declarar-se ausente a necessidade de pena criminal, à luz de um sistema de responsabilidade juvenil.

Nessa linha, como aponta Silva Sánchez²⁸, o próprio modelo do Direito Penal indiferenciado subsistia exatamente por dois motivos principais: (a) no plano teórico, adotava-se a ideia de culpabilidade como puro juízo de reprovação, que está naturalmente vinculada a certa visão retributivista da pena; (b) na esfera prática, faltavam medidas intermediárias que pudessem solucionar o conflito gerado por aquele injusto penal reprovável sem recorrer à pena clássica. Assim, havendo reprovabilidade (ou dirigibilidade normativa), terminava por existir também, sempre, a necessidade de pena criminal.

O paradigma da responsabilidade juvenil mudou esse contexto e forneceu as circunstâncias devidas. Na esfera prática, ele se viabiliza pela existência da solução intermediária e paralela representada pelas medidas socioeducativas; na teórica, pela adoção do modelo da necessidade de pena quanto à estrutura da culpabilidade.

Para a concepção tradicional, a falta de reprovação enseja a declaração da inexistência de culpabilidade e de crime; e essa declaração, por seu turno, enseja a aplicação das medidas socioeducativas. Não é o melhor modo de explicar o fenômeno.

A ordem é inversa. É justamente a possibilidade de aplicação das medidas socioeducativas que torna não funcional a declaração da prática de crimes pelos autores daquela faixa etária, por se acreditar que o cumprimento da medida de forma apartada dos adultos e com disposições normativas específicas responde ao conflito social de forma mais adequada do que a pena criminal.

²⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La política criminal ante el hecho penalmente antijurídico cometido por un menor de edad*, p. 40-41.

Essa constatação de política criminal, por seu turno, enseja a ausência de necessidade de pena e, por conseguinte, de culpabilidade *lato sensu* – ou de responsabilidade penal, para ser fiel à nomenclatura de Roxin.²⁹ Com isso, toda a faixa etária até os dezoito anos torna-se inimputável, no conceito lógico-estrutural de inimputabilidade³⁰, aqui compreendido como falta de capacidade para a culpabilidade. Tudo isso não por motivos que demandariam análise casuística nem tampouco por uma artificial presunção absoluta, mas por uma convicção geral objetiva de política criminal.

Um dos aspectos que viabilizam todo o processo é exatamente o caráter punitivo-aflitivo das medidas socioeducativas, o qual surge de forma imanente, como meio para que se alcancem as finalidades de prevenção geral e especial, quando estiver presente no adolescente certa dose de culpabilidade *stricto sensu* (reprovabilidade ou dirigibilidade normativa). Entretanto, as garantias fazem-se indispensáveis, a fim de que a solução supostamente menos gravosa não se torne paradoxalmente mais invasiva e menos garantista.

Assim se delineia uma conciliação, no âmbito da teoria do delito, entre a inimputabilidade do menor, o gravame punitivo-aflitivo das medidas socioeducativas e as garantias necessárias ao acusado.³¹

²⁹ ROXIN, Claus. *A culpabilidade e sua exclusão no direito penal*, p. 65.

³⁰ Cf. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*, p. 94.

³¹ Registre-se, por fim, que a concepção de culpabilidade funcional-teleológica adotada para a referida conciliação difere firmemente do modelo – também funcionalista – defendido por Jakobs. Para esse autor, a necessidade ou utilidade da pena não é avaliada conforme a inter-relação de todas as funções preventivas gerais e especiais, mas tão somente conforme o objetivo de prevenção geral positiva, de estabilização da confiança social na ordem jurídica. Segundo Jakobs, se a pena criminal se revelar útil para firmar no coletivo a sensação de fidelidade ao Direito, deverá ser aplicada, ainda que seja completamente nociva à socialização do acusado. Roxin, Jorge de Figueiredo Dias e outros autores fazem um juízo de ponderação sobre a necessidade de pena para melhor atender ao conjunto de finalidades de prevenção geral e especial, em uma relação dialética. Já a postura de Jakobs, levada ao extremo, considera apenas a prevenção geral positiva, sejam quais forem as consequências no campo da socialização do autor. A concepção, a rigor, enseja uma mera instrumentalização do indivíduo como meio de comunicação perante a sociedade, o que contraria a dignidade da pessoa humana e, além disso, guarda íntima relação com o retributivismo kantiano. Não por acaso, aliás, o funcionalismo de Jakobs é por muitos denominado neoretributivismo. Em síntese: a prevenção geral positiva – estabilização social – deve ser buscada e é fundamental, mas não é a única finalidade almejada. Nem pela pena criminal, nem pela medida socioeducativa. Cf. JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madrid: Marcial Ponz, 1997; ROXIN, Claus. *A culpabilidade e sua exclusão no direito penal*, p. 56; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999; FÖPPEL, Gamil. *A função da pena na visão de Claus Roxin*, p. 45-46.;

5.3 Quadro analítico: modelo tradicional de culpabilidade x modelo funcional-teleológico da necessidade de pena criminal – consequências para a explicação do fenômeno da inimputabilidade etária e da responsabilidade juvenil

Modelo tradicional de culpabilidade (impróprio para explicar o fenômeno da inimputabilidade etária e o paradigma da responsabilidade juvenil):

- Culpabilidade é o juízo de reprovação social da conduta.
- Imputabilidade é a aptidão para compreender a ilicitude dos fatos ou para se determinar perante esse entendimento.
- A inimputabilidade etária seria uma presunção absoluta de que todos os menores de dezoito anos não têm capacidade de compreensão e autodeterminação.
- A ausência de culpabilidade do menor significaria que não existe reprovabilidade social na sua conduta.
- Isso traz uma perplexidade representada pela seguinte indagação: como explicar que indivíduos que não são dotados de reprovabilidade social sejam punidos com o recurso mais gravoso do ordenamento jurídico atual, que é a privação de liberdade? A referida perplexidade poderia conduzir, inclusive, à afirmação de que a medida socioeducativa da internação é inconstitucional, pois constituiria punição demasiadamente severa para quem sequer compreende a ilicitude dos seus atos.
- Para escapar a essa perplexidade, é comum que se pregue que as medidas socioeducativas não teriam caráter punitivo, mas tão somente educativo e ressocializante.
- Essa solução, entretanto, é falaciosa e autoritária, pois pode levar a um discurso de supressão das garantias inerentes ao Direito Penal (as quais devem acompanhar todos os sistemas repressivos que utilizam a sanção privativa de liberdade, conforme exposto nos capítulos 3 e 4). Além disso, como visto, o nível de garantias de um dado sistema punitivo não pode estar relacionado aos seus propósitos (se punitivo ou se apenas ressocializante), mas sim ao nível de impacto por ele potencialmente gerado no rol de liberdades individuais do réu.

- Por seu turno, a ideia da presunção absoluta de que todo adolescente é desprovido de compreensão e autodeterminação (ou seja, de culpabilidade como juízo de reprovação social) é totalmente irreal e artificial, dadas as peculiaridades do desenvolvimento psíquico de cada indivíduo.
- Por fim, essa concepção também apresenta o inconveniente de impedir a aplicação da culpabilidade-reprovação como limite da pena, que é uma importante função garantista desse instituto (de acordo com essa função, a sanção aplicada ao réu não pode superar aquela estritamente proporcional ao juízo de reprovação social que se pode fazer sobre ele).

Modelo funcional-teleológico da necessidade de pena criminal (mais apropriado para explicar o fenômeno da inimputabilidade etária):

- Só é crime a conduta típica, ilícita e dotada de culpabilidade *lato sensu* (ou responsabilidade penal, para Roxin).
- A culpabilidade *lato sensu* só se configura quando são verificados, de forma cumulativa, os seus dois requisitos: a culpabilidade *stricto sensu* (juízo de reprovação social ou idoneidade para ser destinatário de normas) e a necessidade de pena criminal.
- Imputabilidade é a capacidade de culpabilidade *lato sensu*, ou seja, a aptidão para praticar atos com reprovabilidade social que ensejem, ainda, a necessidade de aplicação de pena criminal.
- A inimputabilidade etária não afirma que os menores sejam necessariamente desprovidos de culpabilidade *stricto sensu* (reprovabilidade social). Afirma apenas que eles não apresentam necessidade de pena criminal, pois há outro sistema penal paralelo mais apropriado do que o sistema comum para sancionar suas condutas: o paradigma da responsabilidade juvenil. É por isso – por falta de necessidade de pena criminal, e não necessariamente por falta de reprovabilidade social – que os injustos praticados por menores não são culpáveis *lato sensu* e não constituem crime.
- Como se aceita que alguns menores (notadamente os adolescentes) podem entender o caráter ilícito de seus atos, podem se determinar perante esse entendimento e podem sofrer reprovação social, conclui-se que a medida socioeducativa de internação e todas

as demais não são inconstitucionais e nem desproporcionais. Elas são, pelo contrário, necessárias para fazer frente à gravidade do ato perpetrado. Afasta-se a perplexidade do modelo tradicional de culpabilidade, que não podia explicar como alguém que supostamente não entendia o caráter ilícito de seus atos poderia sofrer sanção tão grave quanto a privação de liberdade.

- Admitido o fato de que o adolescente é punido, reconhecem-se também as garantias inerentes a essa punição, afastando-se os riscos de retornar a um modelo paternalista, em que se suprimem garantias sob o falacioso argumento de que as medidas socioeducativas não são punições.
- Por fim, tendo em vista que esse modelo aceita a possibilidade de adolescentes sofrerem juízo de reprovação social por seus atos, preserva-se a função garantista do instituto da culpabilidade-reprovação como limite da sanção a ser aplicada.
- Não é preciso recorrer à artificial teoria da presunção absoluta, à falaciosa negação do caráter punitivo das medidas socioeducativas para assegurar sua constitucionalidade, à autoritária supressão de garantias para os menores em conflito com a lei e nem tampouco renunciar à função protetora do instituto da culpabilidade-reprovação (culpabilidade *stricto sensu*) como limite da pena. São essas as principais vantagens do referido modelo, mais sólido, coerente, realista e garantista.

6. O SISTEMA PENAL PARALELO DA RESPONSABILIDADE JUVENIL E O PRINCÍPIO DA CONDIÇÃO PECULIAR DE PESSOA EM DESENVOLVIMENTO

Se a existência do sistema penal paralelo da responsabilidade juvenil deriva da convicção político-criminal de que ele constitui uma resposta mais adequada aos injustos praticados por adolescentes do que o Direito Penal clássico, então se faz essencial compreender quais as vantagens de um em relação ao outro.

Afinal, se não subsiste o eufemismo tutelar de que as medidas socio-educativas são inteiramente em benefício do menor; se reconhecidamente o paradigma da responsabilidade juvenil tem grau de punitividade análogo ao do Direito Penal; e se isso torna necessária a incidência dos mesmos princípios e garantias; então cumpre questionar por que a política criminal insiste em conferir ao menor um tratamento diferenciado.

A resposta está na ideia de especificidade, de realização do princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. É essa a vantagem precípua do paradigma da responsabilidade juvenil em relação ao Direito Penal tradicional. Como ensina Karyna Sposato¹, “[...] toda pessoa, enquanto viva, encontra-se em permanente desenvolvimento de sua personalidade, porém na infância e na adolescência tal desenvolvimento é mais intenso e, portanto, peculiar”.

A criança e o adolescente têm uma percepção do mundo totalmente distinta daquela observada nos adultos. As perspectivas existenciais estão

¹ SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*, p. 105.

em constante e vigorosa mudança, e a personalidade apresenta contornos ainda bastante fluidos, que somente com o tempo vão-se tornando mais nítidos, embora nunca deixem por completo de sofrer alterações.

Isso não representa, *de per si*, a ausência absoluta de compreensão ético-social ou a desnecessidade de responsabilização, mas torna indispensável um tratamento diferenciado, que contemple as demandas de uma faixa etária com caracteres tão peculiares. Bem se pode concluir que o princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento é exatamente a transposição e a especialização do princípio da dignidade da pessoa humana quanto a uma determinada etapa da vida.

Um adolescente pode apresentar potencial de ressocialização consideravelmente maior do que a média entre os adultos. Em contrapartida, a mesma fluidez de personalidade que pode favorecer a prevenção especial positiva também pode dar maior amplitude aos efeitos negativos do cárcere, e o contato com criminosos já plenamente formados tende a influenciar decisivamente alguém cuja visão da sociedade encontra-se em constante ebulição.

Ademais, como aponta Francisco de Assis Toledo², a probabilidade de que o ilícito tenha sido ocasional, atribuível a um processo de autoafirmação ou à incompleta formação de limites razoáveis para o atuar, também há de ser considerada. É comum a constatação de que crianças e adolescentes são naturalmente propensos à prática de alguns pequenos delitos; e se, por um lado, essas condutas demandam responsabilização, por outro, expressam necessidades e quadros pessoais inteiramente distintos dos verificados nos adultos. A verdade é que, diante de todas essas peculiaridades, o ordenamento há de trazer institutos específicos para melhor acompanhar o contexto fático.

6.1 As especificidades do paradigma

De início, o paradigma da responsabilidade juvenil permite o estabelecimento de tratamentos distintos entre crianças e adolescentes, o que não poderia ser alcançado simplesmente pelo conceito de inimputabilidade penal. Perante o Direito Penal, ambos são igualmente inimputáveis, mas é inquestionável que as demandas sociais em relação aos ilícitos praticados

² TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 320.

por uma criança de sete anos são inteiramente diversas daquelas relacionadas aos ilícitos de um adolescente de quinze.

Assim como é estabelecido um limite objetivo para ingresso no âmbito de alcance da pena clássica, também cabe definir uma faixa em que se revele injustificável qualquer tipo de pena – seja criminal ou não. Isso se norteia, dentre outros aspectos, pela referida concepção funcionalista que leva em conta a necessidade e a utilidade da intervenção estatal para a consecução dos fins preventivos do sistema jurídico-penal.

Quanto menor a idade do agente de um ilícito, menos se observa socialmente um reclame por punição como meio de reafirmar o ordenamento jurídico. Enfraquece-se, pois, o aspecto da prevenção geral positiva. Da mesma forma, a diferença entre uma criança (com menos de doze anos) e um adulto é tão patente que não se cogita um possível estímulo à prática de outros crimes por adultos, caso o menor não seja punido. Desnecessária, pois, é a prevenção geral negativa. Por fim, a prevenção especial se mostra mais eficiente com a garantia de escolarização, acompanhamento psicológico ou tratamento médico do que com medidas repressivas, nessa faixa de idade.

É esse o motivo pelo qual o artigo 105 do *Estatuto da criança e do adolescente* preceitua que “ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no artigo 101”, ou seja, as chamadas medidas protetivas. Trata-se de providências como o encaminhamento aos pais, a matrícula em estabelecimento de ensino, a inclusão em programas de auxílio à família e ao menor, a requisição de tratamento de saúde ou o abrigo em entidade institucional, não implicando privação de liberdade nem restrição a quaisquer direitos individuais. Não são penas, pois lhes falta o caráter aflitivo presente nas medidas socioeducativas.

Entretanto, à medida que se chega a faixas etárias mais elevadas, a diferença em relação aos adultos vai progressivamente diminuindo, da mesma forma que aumentam as demandas sociais por prevenção geral positiva ou integradora. Ademais, os meios desprovidos de carga punitivo-aflitiva vão-se tornando pouco enérgicos e algo inócuos como resposta ao ilícito perpetrado.³ O adolescente pratica o injusto em outras condições, e

³ É certo que as medidas protetivas também podem ser aplicadas a adolescentes que praticaram injustos penais. Entretanto, isso apenas ocorrerá em duas hipóteses: (a) quando o menor for condenado a uma medida socioeducativa – como meio punitivo – e, cumulativamente, lhe for apresentada uma medida protetiva, como meio de garantia a direitos sociais ameaçados; ou (b) quando o Estado aplicar o instituto análogo ao perdão judicial e abdicar da punição, por

sua conduta faz emergirem necessidades sociais que podem tornar cabível, a depender do caso concreto, a incidência das medidas socioeducativas.

Daí por que, como aponta Annina Lahalle⁴, o cenário internacional sempre apresenta dois marcos de tratamento jurídico-penal: um de ingresso na esfera penal comum aos adultos, representado pela imputabilidade etária; e outro de ingresso na esfera de responsabilização juvenil, definido pela legislação específica para menores. No Brasil, esse segundo limite, diferenciando crianças de adolescentes, é de doze anos; na Escócia, oito; na Inglaterra, dez; na Espanha e na Holanda, também doze; na Grécia, treze; na Itália, Alemanha e Áustria, quatorze.

Seja qual for o limite – condicionado pela cultura de cada país –, o fato é que quanto mais faixas de tratamento se inserem, menos estanque é a divisão efetuada, e teoricamente mais adequada é a disciplina conferida a cada etapa do desenvolvimento humano. O paradigma da responsabilidade juvenil insere uma faixa intermediária entre crianças e adultos, contribuindo para uma divisão mais flexível, gradativa e menos árida do que o abismo binário entre imputáveis e inimputáveis estabelecido pelo Direito Penal.

No que toca especificamente aos adolescentes (potenciais sujeitos da intervenção propriamente punitiva representada pelas medidas socioeducativas), o primeiro ponto de contraste entre o paradigma da responsabilidade juvenil e o Direito Penal clássico é de natureza semântica.

O conceito de crime traz uma carga simbólica historicamente construída que o diferencia de todos os demais ilícitos. O estigma social de declarar que o adolescente praticou um ato infracional, por mais sério e gravoso que seja, ainda é menor do que o associado à ideia de crime. Como fenômeno cultural, a denominação atribuída termina por ensejar também a agregação de valores à conduta perpetrada. Associar uma linguagem distinta ao injusto penal concretizado por adolescente é um meio de enfatizar as diferenças entre menores e adultos e a necessidade de um tratamento especializado.

É inegável que uma substancial parcela do poder intimidatório e do impacto interventivo do Direito Penal na sociedade não deriva propria-

entendê-la desnecessária no caso concreto. Nessa última hipótese, também poderá haver aplicação da medida protetiva. Em qualquer dos dois casos, o fato é que, embora o agente tenha indubitavelmente concretizado o injusto, não é essa a causa da incidência da medida protetiva, e sim a situação de carência ou algum outro risco em que se encontre o menor.

⁴ LAHALLE, Annina. *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, p. 10.

mente da natureza de suas sanções, mas sim do conteúdo simbólico de seus institutos – inclusive da ideia de crime, que denota a conduta mais nociva e deletéria praticada em sociedade. Nessa linha, Silva Sanchez⁵ chama a atenção para “os elementos de estigmatização social e a capacidade simbólico-comunicativa próprios do Direito Penal”, deixando claro que o fenômeno punitivo também se expressa e se condiciona pela linguagem adotada.

Quanto à relevância da semântica na construção de um sistema penal paralelo para adolescentes, Luís Fernando Vidal chega a afirmar que a manipulação do discurso é um elemento essencial para garantir a constitucionalidade do paradigma. Afinal, na medida em que se lança mão de penas – embora não criminais – e de parâmetros inteiramente relacionados ao Direito Penal, a denominação adotada é um poderoso instrumento para deixar claro que se trata apenas de analogia, e não de identidade entre o sistema para adolescentes e o destinado a adultos. Nas palavras do autor⁶:

Quando o legislador empresta do Direito Penal o comando proibitivo do ponto de vista formal e material, e principalmente ao dele tomar, sob a ótica material, o preceito sancionatório em sua estrutura, está sem dúvida a manipular aquele ramo do Direito [...]. Isso implicaria violação substancial do preceito constitucional que estabelece a inimputabilidade penal, não fosse a diferenciação semântica estabelecida pelos termos *ato infracional* e *medida socioeducativa*. É a linguagem e os símbolos por ela manipulados que permitem o ajuste de constitucionalidade do ECA neste particular.

As peculiaridades do sistema juvenil, entretanto, vão bastante além do simbolismo e da semântica. As medidas socioeducativas, embora tenham natureza de pena e cumpram genericamente as mesmas finalidades da pena criminal e do Direito Penal clássico, apresentam focos de atenção distintos entre as modalidades de prevenção.

Assim, tanto as sanções juvenis quanto as penas criminais devem atender aos propósitos de prevenção geral e especial, mas a forma como essas funções se relacionam e se limitam umas às outras é diferente no mode-

⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal*, p. 147.

⁶ VIDAL, Luís Fernando Camargo de Barros. *A irresponsabilidade penal do adolescente*, p. 91-92.

lo específico. A prevenção geral positiva e a negativa, embora mantenham vital importância, têm destaque um pouco menos acentuado do que se verifica no sistema de adultos. Em contrapartida, a prevenção especial ganha espaço perante as demais funções da intervenção estatal, considerando-se a natural fluidez de uma personalidade em intensa formação nessa faixa etária.⁷

Um instituto que demonstra com clareza essa interlimitação diferenciada entre as funções da pena é a possibilidade de a medida de internação – análoga à reclusão e à detenção no Direito Penal – ser extinta a qualquer tempo, desde que os relatórios parciais demonstrem a ressocialização do menor.

Note-se que as finalidades de prevenção geral positiva e negativa já tiveram considerável grau de realização pelo fato de o menor ter sido acusado, condenado e de ter cumprido certo tempo de medida socioeducativa. Na fase de execução, entretanto, elas cedem ante a prevalência da prevenção especial, e, desde que se tenha cumprido o propósito principal – a ressocialização –, o menor é posto novamente em liberdade, a qualquer tempo.

Isso, por certo, é uma grande especificidade em relação ao Direito Penal clássico e seria impossível quanto às penas criminais de reclusão ou detenção. No máximo, poderia haver a progressão de regime, mas a extinção absoluta da pena antes do limite temporal máximo não é prevista no sistema para adultos, o que demonstra uma notoriedade um pouco menor para a prevenção especial, em favor de se concretizar um tanto mais a prevenção geral.

Além da referida possibilidade de extinção da medida privativa de liberdade, também se observa uma grande flexibilidade para que se altere a providência aplicada ao menor, após cumprido certo período da medida originária. Assim, não apenas se pode colocar o adolescente em liberdade, como também se pode, a qualquer tempo, substituir uma semiliberdade originalmente imposta pela liberdade assistida ou pela prestação de serviços à comunidade, *exempli gratia*.⁸

⁷ Evidentemente, a efetividade da prevenção geral não deixa de ser fundamental para o sistema juvenil, como se verá adiante. O que se destaca é apenas uma redistribuição no peso dado aos diferentes propósitos da pena.

⁸ “Art. 99. As medidas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo.” O dispositivo é aplicável às medidas socioeducativas, por força do artigo 113 do *Estatuto da criança e do adolescente*.

É claro que, se a alteração for para agravar a situação do réu, será necessário apurar exatamente as causas fáticas mediante procedimento contraditório com as garantias do processo penal. Contudo, se for para abrandar a sanção aplicada, verifica-se um nível maior de flexibilidade do que o observado no Direito Penal, o que constitui mais um potencial específico do sistema juvenil para melhor realizar o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Todas essas são inovações em favor do menor, caso haja o correto cumprimento da função de prevenção especial na execução da medida. À parte disso, o modelo juvenil também prevê a hipótese de a ressocialização não estar sendo regularmente alcançada ou avaliada pelas autoridades competentes. Nesse caso, foi previsto o que se poderia denominar progressão de regime obrigatória: após três anos de cumprimento do regime fechado na internação, será obrigatória a passagem do adolescente para o regime semiaberto, representado pela semiliberdade, ainda que ele não esteja ressocializado a ponto de se proceder à liberação ou à substituição por medida mais branda.

Trata-se de uma espécie de progressão de regime que, ao contrário da verificada no Direito Penal, não tem quaisquer requisitos meritórios, bastando o decurso do tempo. O instituto se destina exatamente a evitar que o menor passe período longo demais no regime fechado, recebendo uma carga de afliatividade considerada inadequada à sua fase de desenvolvimento. Não representa, entretanto, impunidade, pois ainda será possível impor ao condenado mais três anos de semiliberdade, o que pode perfazer um total de até seis anos de restrição ao *status libertatis* do indivíduo.

A progressão de regime obrigatória deriva da percepção de que a institucionalização de adolescentes deve ser limitada à conta do estritamente necessário, e tal limitação há de se fazer com atenção até maior do que a dispensada pelo Direito Penal clássico. Afinal, como expõe Zaffaroni⁹, o potencial nocivo de uma medida privativa de liberdade executada de modo indevido é consideravelmente mais sério quanto aos jovens.

No caso do adulto, se a medida institucionalizante não for cumprida em condições ideais – e, na maioria das vezes, não é –, promoverá uma degeneração na sociabilidade que porventura o agente tenha adquirido em sua vivência pregressa. Já quanto ao menor, a providência institucionali-

⁹ ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*, p. 315.

zante incorretamente executada atua na própria formação da personalidade, impedindo até mesmo esse primeiro aprendizado socializante. Em vez de se extrair do indivíduo o que ele já adquiriu, impede-se a própria aquisição. Daí também por que a medida de internação deve ser aplicada com substanciais limitações e cuidados quanto à forma de execução.

Nessa linha, outra peculiaridade do paradigma da responsabilidade juvenil em relação ao Direito Penal é uma maior restrição do âmbito de alcance da medida privativa de liberdade. Conforme o artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a internação somente pode ser aplicada como consequência direta do injusto em duas hipóteses: (a) pela prática de infrações graves que envolvam violência ou ameaça à pessoa; ou (b) pela prática das demais infrações graves, apenas se tiver havido reiteração.

O conceito doutrinário de infrações graves corresponde exatamente às condutas que, no Direito Penal, seriam punidas com a reclusão.¹⁰ Assim, para ensejar a internação no paradigma juvenil, é necessário não apenas que a conduta possa demandar a pena de reclusão no Direito Penal, mas também que ela envolva violência contra a pessoa, grave ameaça ou que tenha sido praticada de forma reiterada. É uma esfera de alcance mais limitada, em atenção ao princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Existe, ainda, uma terceira hipótese de internação – denominada internação-sanção –, que é cabível no caso do descumprimento reiterado e injustificável de outras medidas socioeducativas, mais brandas, anteriormente impostas. Aqui, a privação de liberdade tem o prazo máximo de três meses e pode alcançar outros injustos penais, além dos previstos nas duas primeiras hipóteses. Trata-se, entretanto, de uma situação bastante distinta, pois a medida não é consequência direta da ação praticada, e sim meio de reforçar a coercibilidade das sanções mais brandas, nos casos em que se constate a absoluta insuficiência destas para a concretização da função ressocializadora.

Ou seja: como sanção punitivo-aflitiva para a conduta perpetrada, a aplicação da privação de liberdade apresenta maiores restrições do que no Direito Penal. A única situação em que os injustos em geral podem terminar ocasionando restrição ao *status libertatis*, tal qual no Direito Penal, é a internação-sanção e se justifica exatamente pela necessidade de reforçar a

¹⁰ CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 112.

prevalência da função preventiva especial como finalidade central da medida socioeducativa.

À parte dessa questão, também se observam alguns preceitos peculiares quanto à execução das medidas no paradigma da responsabilidade juvenil, com especial atenção a direitos como a escolarização, a profissionalização e a realização de atividades culturais, esportivas e de lazer. Tudo isso faz com que a feição geral das instituições de internação deva ser – ao menos em teoria – bastante distinta das penitenciárias, sempre com maior acento na prevenção especial do que o observado no Direito Penal clássico.

É bem verdade que a prática demonstra o contrário, e os preceitos específicos do *Estatuto da criança e do adolescente* diversas vezes são descumpridos. Entretanto, não é por isso que se negará a adequação político-criminal de um sistema paralelo para buscar a separação e a especificidade devidas.

Outro aspecto distintivo é a criação de uma penalidade peculiar: a advertência. Trata-se de admoestação verbal formal reduzida a termo, cujo caráter simbólico-repressivo constitui uma resposta estatal adequada a injustos penais de menor gravidade, praticados em circunstâncias capazes de fazer presumir que o autor delinuiu ocasionalmente, por irreflexão ou por necessidade de autoafirmação.

O caráter punitivo-afitivo, embora seja inegável, tem natureza substancialmente mais branda do que as penas criminais e representa uma nova alternativa de que se pode lançar mão para atender às demandas relacionadas aos menores.

Mais uma alternativa possível é a substituição das medidas socioeducativas pelas medidas protetivas previstas no artigo 101 do Estatuto. Em verdade, cuida-se de uma hipótese análoga ao perdão judicial do Direito Penal, em que se verificam a autoria e a materialidade da infração, mas se faz a opção político-criminal de não aplicar sanção punitivo-afitiva ao réu. Cabe notar que as medidas protetivas não apresentam caráter afitivo, pois constituem apenas a inclusão em programas de assistência familiar, a requisição de tratamento médico, psicológico, dentre outras providências similares.

Há, nesse mister, duas especificidades principais em relação ao Direito Penal: a primeira é o fato de que, na substituição por medidas de assistência social, o perdão judicial não é puro, como no sistema tradicional, pois há imposição coercitiva das providências de amparo. A segunda é o fato de que, no sistema clássico, o perdão judicial somente existe quando a

lei o prever, nos termos do artigo 107, IX, do Código Penal. No paradigma da responsabilidade juvenil, essa autorização é genérica, para todas as infrações, exatamente como forma de estabelecer um maior âmbito de atuação do julgador em favor do réu.

O mesmo se pode dizer da remissão-perdão, que é o instituto mediante o qual o juiz pode conceder o benefício de excluir o processo contra o réu ou de não aplicar a medida socioeducativa que seria cabível em caso de condenação. Trata-se de hipótese ainda mais similar ao perdão judicial puro do sistema para adultos, com a peculiaridade da autorização legal genérica. Também o membro do Ministério Público pode, ainda na fase extrajudicial, conceder a remissão como forma de excluir o processo, o que constitui outra ampliação da esfera de atuação estatal em favor do acusado.

Todas essas são manifestações palpáveis que justificam a opção político-criminal de estruturar um sistema penal paralelo, específico para os injustos praticados por adolescentes. Embora as medidas tenham forte caráter punitivo-aflitivo e demandem a incidência dos mesmos princípios e garantias do Direito Penal, entende-se que elas constituem respostas mais adequadas e menos gravosas do que a pena criminal, no que se refere aos menores. Ademais, o paradigma juvenil é dotado de algumas adaptações que não se observam no Direito Penal clássico, o que permite um maior grau de realização do princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

7. A EFETIVIDADE NA RESPONSABILIZAÇÃO COMO LASTRO DO SISTEMA: REGRAS DE BEIJING

Há dois esteios que justificam a opção política de excluir o menor da esfera de alcance da pena criminal. O primeiro – já examinado – é a convicção de que um sistema penal paralelo pode tratar com maior especificidade e adequação as necessidades do acusado nessa faixa etária, realizando em maior escala o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e, em última análise, o princípio da dignidade da pessoa humana.

O segundo esteio, por seu turno, é a confiança de que o modelo específico tem capacidade de atender às necessidades sociais originadas com a prática de um injusto penal, reprimindo a conduta adequadamente. Tudo isso se traduz na realização conjunta de todas as finalidades da intervenção punitiva estatal: a prevenção geral positiva, a prevenção geral negativa e a prevenção especial.

Como preconiza Silva Sánchez¹, prevenção geral positiva é o reforço da confiança da população no ordenamento jurídico e na vigência das normas, evitando o sentimento geral de insegurança e de impunidade diante da conduta lesiva perpetrada. Já prevenção geral negativa é a intimidação suficiente no coletivo de autores potenciais, objetivando evitar novas práticas ilícitas. Por fim, prevenção especial é a reinserção social do indivíduo – prevenção especial positiva – ou, ao menos, a sua neutralização potencial durante certo tempo – prevenção especial negativa.

¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La política criminal ante el hecho penalmente antijurídico cometido por un menor de edad*, p. 41.

A finalidade do ordenamento jurídico-penal – seja pela via da pena criminal, seja por um sistema penal paralelo como o da responsabilidade juvenil – é atender equilibradamente a todas essas funções, de modo que elas se limitem umas às outras e garantam uma ingerência do Estado na justa medida do indispensável. É o que preceitua Claus Roxin², ao defender a sua teoria unificadora dialética:

Uma teoria unificadora dialética [...] pretende evitar os exageros unilaterais e dirigir os diversos fins da pena para vias socialmente construtivas, conseguindo o equilíbrio de todos os princípios, mediante restrições recíprocas. [...] A ideia de prevenção geral vê-se reduzida à sua justa medida pelos princípios da subsidiariedade e da culpa, assim como pela exigência de prevenção especial que atende e desenvolve a personalidade. A culpa não justifica a pena por si só, podendo unicamente permitir sanções no domínio do imprescindível por motivos de prevenção geral e enquanto não impeça que a execução da pena se conforme ao aspecto da prevenção especial.

Se o modelo específico juvenil não oferecer resposta suficientemente efetiva diante de uma conduta que gere essas demandas sociais, ele perderá o seu lastro de existência, pois se esvaziará o argumento da falta de necessidade de pena criminal. Com efeito, os movimentos que questionam o sistema juvenil e buscam a redução de seu alcance – mediante a redução da maioridade penal – apenas superficialmente utilizam a ideia de que o amadurecimento do jovem atual é mais rápido do que no passado. A verdadeira força motriz é o sentimento social de impunidade do adolescente e de não atendimento às finalidades do Direito Penal – notadamente, nesse caso, à prevenção geral positiva.

Por isso, é preciso ter em mente que, nas palavras de João Batista Costa Saraiva³, “[...] inimputabilidade não implica impunidade, uma vez que se estabelecem medidas de responsabilização compatíveis com a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento dos agentes”. A ausência de necessidade de pena e de culpabilidade *lato sensu* quanto ao menor apenas

² ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*, p. 44.

³ SARAIVA, João Batista Costa. *O adolescente em conflito com a lei e sua responsabilidade*, p. 130.

significa que ele será isento de responsabilidade penal, mas não exclui a existência de uma responsabilização específica, envolvendo, inclusive, a aplicação de penas análogas às criminais.

São exatamente essas as duas palavras que melhor traduzem os estímulos do modelo juvenil: responsabilização, para atender às demandas sociais advindas da prática de um injusto; e especialização, para realizar esse *munus* da forma mais adequada à condição do jovem, o que representa uma evolução histórica em relação à antiga fase do Direito Penal indiferenciado.

Não é possível descuidar nem de um aspecto nem do outro. De um lado, a falta de especialização é um retrocesso histórico no processo de conquista dos direitos humanos. De outro, a falta de responsabilização faz-se igualmente grave, pois deixa sem solução adequada os conflitos sociais, contribuindo para um clima de instabilidade e de descrença no ordenamento jurídico. Isso tanto pode dar ensejo a chacinas e a movimentos de justiça paralela quanto pode representar o lançamento do menor cada vez mais cedo no Direito Penal, como forma de resposta à sociedade.

Em todos os casos, observa-se grave regressão no processo de conquista dos direitos humanos. Daí por que é fundamental responsabilizar o adolescente de maneira efetiva e sólida, como forma de defesa da sociedade, do próprio modelo juvenil específico e das garantias e avanços por ele trazidos.

Recorrendo à teoria geral do Direito e à própria natureza do comportamento humano, Welzel⁴ define a responsabilidade como o princípio mediante o qual as pessoas devem arcar com as consequências do seu comportamento, na medida de sua compreensão ético-social sobre os atos de conhecimento e escolha.

Na mesma linha, José de Aguiar Dias⁵ define responsabilidade como a situação de quem, tendo violado uma norma, deve suportar as consequências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observância do preceito lhe imponha.

⁴ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*, p. 92. No mesmo sentido, TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 314: “[...] responsabilidade é o princípio segundo o qual as pessoas estão obrigadas a responder pela legitimidade de suas resoluções fáticas, nos limites da respectiva capacidade de compreensão ético-social”.

⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. 1, p. 9.

A responsabilidade penal é, portanto, apenas uma das formas de responsabilização delineadas pelo ordenamento jurídico, juntamente com a civil, a administrativa ou a política, dentre outras.

Nesse contexto é que deve ser compreendida a responsabilidade juvenil, como categoria autônoma e específica que, embora seja distinta da responsabilidade penal, tem funções, formulação e gravidade análogas. A diferença entre elas é basicamente o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, mas isso não deve repercutir em impunidade nem em falta de efetividade quanto às funções do ordenamento jurídico-penal – inclusive no que concerne à referida finalidade de prevenção geral positiva.

Essa convicção encontra pleno lastro na normativa internacional, sobretudo nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, conhecidas como Regras de Beijing. O referido diploma desapegou-se de uma visão tutelar que não correspondia à realidade e trouxe consigo as noções de responsabilização do jovem e de atendimento às necessidades da sociedade, sem, contudo, descuidar dos aspectos atinentes à especialização e às garantias necessárias.

Assim, no item 2.2, as Regras de Beijing definem que “[...] jovem é toda criança ou adolescente que, de acordo com o sistema jurídico respectivo, pode responder por uma infração de forma diferente do adulto”. Note-se a previsão dos dois esteios delineados por uma visão funcionalista racional-teleológica para a sustentação do sistema paralelo juvenil: a ideia de “responder por uma infração” expressa a responsabilização; e a “forma diferente do adulto” denota a especificidade.

O item 2.3, por seu turno, enfatiza novamente a existência de disposições específicas para jovens infratores e determina que esses sistemas juvenis têm a finalidade de: “a) satisfazer às diversas necessidades dos jovens infratores e ao mesmo tempo proteger seus direitos básicos; b) satisfazer às necessidades da sociedade”. Conciliam-se as funções de prevenção especial – consistente na ressocialização do jovem – e de prevenção geral – representada pela estabilização social, pelo combate ao sentimento geral de impunidade, pelo reforço da confiança da população na vigência do ordenamento e pela intimidação de autores potenciais.

É claro que a ressocialização deve ser o foco precípua e, por isso mesmo, foi o primeiro propósito trazido pelo diploma internacional. Contudo, tampouco se podem descuidar as necessidades sociais, pois, se é preciso

proteger o menor dos abusos da sociedade, também é preciso proteger a sociedade do potencial lesivo que permeia a conduta de alguns menores.

Nesse espírito, ao tratar dos princípios que devem nortear a decisão judicial sobre infrações praticadas por adolescentes, o item 17.1 preceitua: “a resposta à infração será sempre proporcional não só às circunstâncias e à gravidade da infração” (culpabilidade *stricto sensu*, que é o limite inultrapassável da pena), “mas também às circunstâncias e às necessidades do jovem” (prevenção especial), “assim como às necessidades da sociedade” (prevenção geral – notas nossas).

Pode-se observar, inclusive, relação com a mencionada teoria unificadora dialética de Roxin, contemplando uma limitação recíproca entre os propósitos de prevenção especial e de prevenção geral e trazendo a reprovabilidade ou a dirigibilidade normativa como limites intransponíveis da pena. É também no sentido de reconhecer as necessidades sociais de responsabilização do menor que se manifesta Annina Lahalle⁶:

Estamos entrando no campo da “responsabilização” e deixando de lado, por um momento, a 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 país⁷. Se, durante vários decênios, o acento foi colocado pelos criminólogos e educadores unicamente na pessoa do menor, na sua reinserção social através de um programa educativo individualizado e baseado mais na sua personalidade [...] do que no ato infracional, há hoje uma tendência que visa não só a uma nova proteção da sociedade, mas, sobretudo, da vítima. As novas orientações criminológicas aconselham os que organizam o tratamento dos menores infratores

⁶ LAHALLE, Annina. *As regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça*, p. 11.

⁷ A autora utiliza um conceito geral de *responsabilidade* – não necessariamente penal – relacionado ao trazido por Welzel, tomando por lastro a capacidade de compreensão ético-social do agente, e não os pressupostos específicos que a política criminal de cada país entende serem cabíveis para configurar a responsabilidade penal. Essa visão permite compreender o fato de que o adolescente, mesmo sendo imputável penalmente, não deixa de receber outra forma de responsabilização. Ele não atende aos pressupostos específicos da responsabilidade penal, mas pode, sim, cumprir o requisito genérico da compreensão ético-social, relativo à responsabilidade em geral.

a despertar neles o senso da responsabilidade pelo ato cometido, pelo prejuízo causado à vítima e pelo direito da sociedade de proteger-se face às novas formas de violência juvenil.

O ordenamento atual prevê três tratamentos jurídicos distintos: a irresponsabilidade absoluta, prevista em relação às crianças; a responsabilidade juvenil, delineada para os adolescentes; e a responsabilidade penal, atinente aos adultos. Daí por que “[...] o estudo de qualquer legislação tem que examinar as duas idades: a da maioridade penal e a da entrada na justiça menoril”.⁸ Trata-se de um processo gradativo, em que a política criminal configura níveis distintos de responsabilização, conforme o desenvolvimento do indivíduo, suas necessidades específicas e as demandas da sociedade diante de todo esse contexto.⁹

O paradigma da responsabilidade juvenil e as preocupações em relação à prevenção geral – notadamente a positiva – são, portanto, uma realidade internacionalmente difundida. Essa busca por efetividade preventivo-geral, em lugar da utópica visão de que “toda medida é aplicada exclusivamente em benefício do menor”, é observada, por exemplo, na declaração de princípios da última lei de responsabilização de menores do Canadá¹⁰, em vigor desde 2002:

Le système de justice pénale pour les adolescents doit être distinct de celui pour les adultes et mettre l’accent sur:

- (i) leur réadaptation et leur réinsertion sociale;
- (ii) une responsabilité juste et proportionnelle, compatible avec leur état de dépendance et leur degré de maturité;
- (iii) la prise de mesures procédurales supplémentaires pour leur assurer un traitement équitable et la protection de leurs droits, notamment en ce qui touche leur vie privée;

⁸ LAHALLE, Annina. *As regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça*, p. 10.

⁹ Cf. SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*, p. 105.

¹⁰ *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* (2002, ch. 1). Disponível em: <http://laws.justice.gc.ca/fr/ShowDoc/cs/Y-1.5/bo-ga:s_3:boga:l_1/fr?page=2&isPrinting=false#codese:3>. Acesso em: 18.06.2008.

(iv) la prise de mesures opportunes qui établissent clairement le lien entre le comportement délictueux et ses conséquences; [...].¹¹

No Brasil, conforme leciona Maria Auxiliadora Minahim¹², defender a inimputabilidade penal para menores de dezoito anos e o tratamento adequado a essa faixa etária não significa negar a necessidade de garantir uma convivência social estável.

Desde que a resposta estatal se limite à justa medida do indispensável, a responsabilização com efetividade, para assegurar a prevenção geral e a especial, é não apenas um meio de atender às necessidades sociais, mas também de manter exequível o próprio sistema diferenciado para menores praticantes de injustos penais – uma conquista histórica quanto aos direitos humanos.

¹¹ Em tradução livre: “O sistema de justiça penal para adolescentes deve ser distinto do atinente aos adultos e se lastreia: (I) na sua readaptação e reinserção social; (II) em uma responsabilidade justa e proporcional, compatível com seu estado de dependência e com seu grau de maturidade; (III) na adoção de procedimentos suplementares que lhes assegurem um tratamento equânime e a proteção de seus direitos, notadamente no que concerne à sua vida privada; (IV) na adoção de medidas oportunas que estabeleçam claramente o liame entre o comportamento delituoso e suas consequências”.

¹² MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Redução da menoridade penal*, p. 42-43.

8. O CONCEITO ANALÍTICO DE ATO INFRACIONAL E O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

O paradigma da responsabilidade juvenil é uma construção paralela ao Direito Penal que foi erigida sobre as mesmas bases principiológicas, embora conte com adaptações pontuais. É com lastro nessa concepção que se há de examinar o conceito de ato infracional, o qual está para o sistema juvenil assim como o instituto do crime está para o Direito Penal.

O artigo 103 do *Estatuto da criança e do adolescente* define que se considera “ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”. O conceito legal demanda cuidadosa análise, para que se compreenda com precisão o seu alcance. A simples leitura deixa claro que há certa dose de identidade entre os elementos formadores de ambos os institutos, mas a questão é saber quais são exatamente esses elementos comuns: quais níveis do conceito analítico de crime – tipicidade, ilicitude e culpabilidade – são aplicáveis também ao ato infracional.

Em outras palavras: ato infracional é conduta humana típica; típica e ilícita; ou típica, ilícita e culpável?

No que tange ao primeiro plano, não há controvérsias. Em vez de descrever as condutas proibidas aos adolescentes, o legislador simplesmente adotou, sem ressalvas, a tipicidade penal, delimitando uma identidade entre ambos os sistemas jurídicos.

Quanto à ilicitude, também ela deve integrar a ideia de ato infracional, pois, caso contrário, estar-se-ia afirmando que um adolescente em legítima defesa poderia ser punido. Considerando que os atos típicos abran-

gidos por alguma causa justificadora são lícitos, bem como que o princípio da legalidade veda a aplicação de pena por comportamentos legais, é imperioso admitir que, para haver ato infracional e medida socioeducativa, a conduta humana há de ser típica e ilícita. Há de ser, pois, um injusto penal.

A questão mais delicada versa sobre a culpabilidade. Em princípio, se todo menor é penalmente inimputável, as suas condutas serão desprovidas de culpabilidade, o que poderia sugerir que não faz sentido falar desse elemento como constitutivo do ato infracional. Entretanto, isso violaria frontalmente o princípio da proporcionalidade e a própria razão de ser do paradigma da responsabilidade juvenil, pois permitiria que menores tivessem tratamento mais rigoroso do que os adultos, sendo punidos por atuações que o Direito Penal clássico não considera crimes.

Assim, não seria razoável admitir que um adolescente agindo em inexigibilidade de conduta diversa – por coação moral irresistível, *verbi gratia* – seja considerado autor de ato infracional e condenado a suportar uma medida socioeducativa.

Por isso, é preciso ultrapassar a inimputabilidade etária e examinar todos os outros componentes, a fim de verificar se aquela conduta, caso praticada por um adulto, constituiria um delito. Se a resposta for negativa, também não será possível afirmar que o menor incorreu em ato infracional.

Nessa linha, Maria Auxiliadora Minahim¹ transpõe para o sistema juvenil o posicionamento de Antolisei e se manifesta pela necessidade de análise das causas excludentes da culpabilidade nos atos típicos e ilícitos praticados por inimputável. É também o posicionamento de João Batista Costa Saraiva²:

Não haverá ato infracional se a conduta não for culpável, excluindo-se do conceito de culpabilidade o elemento biológico da imputabilidade penal [...]. Não haverá culpabilidade e, em consequência, não haverá sanção socioeducativa, quando houver na condu-

¹ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal da emoção*, p. 58.

² SARAIVA, João Batista. *O adolescente em conflito com a lei e sua responsabilidade*, p. 140-142. No mesmo sentido: SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*, p. 79: “[...] trata-se de uma responsabilidade especial dos adolescentes, em que se verifica, a despeito da inimputabilidade, a reprovabilidade e a culpabilidade do adolescente a quem a medida é imposta. Isso porque a imposição da medida socioeducativa guarda profunda semelhança com a aplicação da pena criminal, especialmente pela exigência da legalidade, indícios suficientes de autoria, materialidade e proporcionalidade”.

ta do adolescente erro inevitável sobre a ilicitude do fato (art. 21 do CP); erro inevitável a respeito do fato que configuraria uma discriminante – discriminantes putativas (art. 20, § 1º, do CP); obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico (art. 22, 2ª parte, do CP) e ainda a inexigibilidade de conduta diversa na coação moral irresistível (art. 22, 1ª parte, do CP). [...]. O adolescente jamais poderá ser destinatário de uma medida socioeducativa quando o seu agir, fosse ele penalmente imputável, se fizer insusceptível de reprovação estatal.

A partir de um conceito analítico, portanto, ato infracional é a conduta humana típica, ilícita³ e que seria penalmente culpável, caso o seu autor já tivesse atingido a maioria penal ao tempo da ação. Em outras palavras, é o injusto penal cuja única nota distintiva em relação ao delito é a ausência de imputabilidade do agente, derivada exclusivamente da sua menoridade penal ao tempo da ação.

Com isso, em atenção ao princípio da proporcionalidade, trazem-se para o sistema da responsabilidade juvenil todas as causas exculpantes previstas no Direito Penal tradicional, incluindo-se o juízo de culpabilidade no exame da conduta do menor.⁴ Não há nisso nenhuma contradição quanto

³ Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 159-160: o autor chama a atenção para a conveniência de se utilizar a expressão *ilicitude* em lugar de *antijuridicidade*. Com efeito, considerando que o crime é um ato jurídico – porque descrito pela lei como ensejador de consequências jurídicas – Carnelutti já apontava a incongruência em descrevê-lo como conduta humana típica, antijurídica e culpável. O crime é jurídico por natureza, pois foi instituído pelo próprio ordenamento como um instituto próprio. Sob esse prisma, melhor seria descrevê-lo como ilícito, porque, de fato, ele pertence à categoria dos atos jurídicos ilícitos. Nada obstante tais considerações, há de se considerar também que a expressão antijuridicidade é substancialmente difundida na doutrina – não só na língua portuguesa, mas também na espanhola – e pode ser entendida não como alheio ao jurídico, mas sim como contrário à norma. Daí por que, no presente estudo, utiliza-se tanto uma terminologia quanto a outra.

⁴ Devem-se examinar, inclusive, as próprias causas biopsicológicas de exclusão da imputabilidade e da culpabilidade, tais como as doenças mentais. Afinal, conforme o artigo 112, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, “os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições”. A resposta estatal é, portanto, distinta da medida socioeducativa, embora também contenha inegável caráter punitivo-afetivo, decorrente da restrição ao *status libertatis* do indivíduo. Deverá, portanto, ser revestida das mesmas garantias conferidas aos menores dotados de plena sanidade mental, com a regular aplicação dos princípios norteadores do Direito Penal. Trata-se, pois, de raciocínio análogo ao que doutrinariamente já se elabora para estender as garantias penais às medidas de segurança dos adultos. Quanto à aludida construção doutrinária, cf. FÖPPEL, Gamil. *A função da pena na visão de Claus Roxin*, p.144: “[...] urge que à medida de segurança sejam

ao fato de que todos os atos de adolescentes já são naturalmente inculpáveis, devido à sua inimputabilidade penal.

Cabe lembrar que, partindo de uma visão funcionalista racional-teológica, a inimputabilidade etária apenas exclui a necessidade de pena criminal, por decisão político-criminal. Continua imprescindível, entretanto, analisar a culpabilidade *stricto sensu*, que não atua como fundamento da atuação estatal punitiva, mas sim como garantia, como limite inultrapassável dessa atuação perante o indivíduo. Constitui, assim, expressão do princípio da culpabilidade, segundo o qual não se admite a intervenção aflitiva do Estado com base em uma responsabilidade objetiva, nem tampouco transcendendo os limites da reprovação cabível e do nível de compreensão ético-social do agente.

É o que expressa Gamil Föppel⁵, ao examinar a referida culpabilidade *stricto sensu*: “conquanto não sirva para legitimar o direito de punir, já que representaria uma ideia flagrantemente retributiva, a culpabilidade serve para limitá-lo”. Também clara é a lição de Jorge de Figueiredo Dias⁶:

Segundo aquele princípio [da culpabilidade], não há pena sem culpabilidade, e a medida da pena não pode em caso algum ultrapassar a medida da culpabilidade. A verdadeira função da culpabilidade [*stricto sensu*] no sistema punitivo reside efetivamente numa incondicional *proibição de excesso*; a culpabilidade não é *fundamento* da pena, mas constitui o seu *limite inultrapassável*: o limite inultrapassável de todas e quaisquer considerações ou exigências preventivas – sejam de prevenção geral positiva de integração ou antes negativa de intimidação, sejam de prevenção especial positiva de socialização ou antes negativa de segurança ou de neutralização. [*nota nossa*].

O ato infracional requer, pois, para sua configuração, o exame das categorias de tipicidade, ilicitude e culpabilidade, com plena aplicação do

dadas as mesmas garantias atribuídas à pena, por decorrência dos princípios da intervenção mínima, subsidiariedade e proporcionalidade [...]”.

⁵ FÖPPEL, Gamil. *A função da pena na visão de Claus Roxin*, p. 81.

⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*, p. 134.

princípio da culpabilidade e dos demais princípios do Direito Penal em favor do menor a que se imputa a prática de um injusto.

O referido princípio, por seu turno, atua não apenas para excluir a aplicação de qualquer medida socioeducativa quando for ausente a reprovabilidade à conduta do agente, como também para condicionar a dosimetria da sanção. Assim, um adolescente de dezessete anos geralmente não deve sofrer a mesma reprimenda de outro aos treze, ainda que a conduta seja a mesma. A compreensão ético-social é distinta, e, por conseguinte, também a reprovabilidade o será. Por força do princípio da culpabilidade como critério de dosimetria, o ato que, para um, chegue a ensejar uma internação, frequentemente para o outro só deverá resultar em liberdade assistida ou providência congênere.

9. A PROPORCIONALIDADE COMO BASE: CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA E DIRETRIZES DE RIAD

É preciso manter sempre em foco que o paradigma da responsabilidade juvenil se insere em um processo histórico de conquista de direitos humanos no tratamento de jovens praticantes de atos típicos e ilícitos. Esse processo se iniciou com a fase de Direito Penal indiferenciado, que se, por um lado, tinha a desventura de não conferir um tratamento específico aos menores, por outro, geralmente terminava por lhes proporcionar as garantias delineadas para os adultos, na medida em que o Direito Penal era um só para todos.

Buscando a humanização na resposta estatal a essa faixa etária e o atendimento às suas necessidades específicas, a fase tutelar instituiu modelos próprios e chamou a atenção para o propósito socializador e para a política de prevenção especial positiva. Como forma de consolidar as conquistas e de firmar o distanciamento em relação ao sistema penal para adultos, terminou-se por negar até mesmo a necessidade de garantias, o que constituiu o grande ponto vulnerável dessa fase de evolução histórica.

Por fim, adveio o paradigma da responsabilidade juvenil, cuja proposta na conquista de direitos humanos busca promover certo equilíbrio entre as fases que o precederam, desenvolvendo alguns aspectos favoráveis de cada uma delas. Quanto à etapa tutelar, procura-se o incremento dos mecanismos de tratamento específico, visando a uma maior realização do princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e, através

dele, do princípio da dignidade da pessoa humana. Quanto à etapa de Direito Penal indiferenciado, por seu turno, pretende-se assegurar aos menores praticantes de injustos as mesmas garantias do Direito Penal, porque a resposta estatal inegavelmente envolve caráter punitivo-aflitivo análogo ao das penas criminais.

Poder-se-ia lembrar aqui, portanto, o conhecido modelo de desenvolvimento filosófico que Hegel apresentou como tese-antítese-síntese. Se a etapa do Direito Penal indiferenciado constituiu a tese, a fase tutelar representou a sua antítese, contrapondo-se aos elementos inadequados e buscando a evolução e a máxima consolidação de suas conquistas. Ao fazer isso, entretanto, também se excedeu em certa medida, negando pontos que seriam necessários para chegar ao equilíbrio – no caso, a aplicação integral dos princípios e garantias do Direito Penal. Finalmente, buscou-se a síntese entre ambas as propostas, com um modelo intermediário que procure o equilíbrio, retomando e conciliando as conquistas de cada etapa.

O desafio é concretizar essa síntese em ampla medida. É não abrir mão do tratamento específico, mas assegurar que o modelo peculiar não seja nunca mais gravoso para o menor do que o Direito Penal tradicional seria para o adulto. A efetividade na responsabilização é vital para a sustentação do paradigma e dos próprios direitos por ele conquistados, mas cabe sempre manter os olhos fitos na proporcionalidade em relação ao Direito Penal, para que a pouca idade não se torne, paradoxalmente, a desventura do réu. Nas palavras de Karyna Sposato¹, o essencial “é garantir que essa via alternativa de responsabilização não seja mais severa e aguda do que a via tradicional que se pretende evitar”.

Em todas as situações examinadas, é preciso realizar o exercício mental de verificar quais seriam as consequências jurídicas do injusto, caso o agente fosse adulto. Será esse o limite máximo da atuação punitivo-aflitiva estatal em relação ao adolescente.

O microsistema específico juvenil somente pode ser invocado para, em benefício do réu e de sua condição peculiar, reduzir o gravame da resposta estatal ou adaptá-la às necessidades específicas daquela faixa etária. Ainda que por vezes o texto legal sugira o contrário, a interpretação sistêmica e a ponderação de interesses hão de atuar no sentido de fazer prevalecer o Direito Penal como limite máximo do sistema juvenil.

¹ SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*, p. 81.

É também por esse lastro que se norteia o regramento internacional. João Batista Costa Saraiva² ressalta que “a regra da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança não admite que se dê ao adolescente em conflito com a lei tratamento legal mais desfavorável do que se dá ao adulto”. E conclui o autor: “a norma tem de ser inversa, o tratamento mais favorável há de ser o do adolescente, ou, ao menos, a igualdade de tratamento”.

A referida Convenção³ toma como premissa básica em seu preâmbulo o fato de que são assegurados às crianças, *prima facie*, todos os direitos já conquistados em relação aos adultos. Apenas se fala em uma proteção especial, um tratamento para fornecer patamar mais elevado de direitos e garantias, de modo a atender à condição específica do adolescente. *In verbis*:

Os Estados Partes da presente Convenção,

[...]

Reconhecendo que as Nações Unidas proclamaram e acordaram na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos pactos internacionais de direitos humanos que toda pessoa possui todos os direitos e liberdades neles enunciados, sem distinção de qualquer natureza, seja de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição;

[...]

Recordando que, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, as Nações Unidas proclamaram que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais;

[...]

Acordam o seguinte. [...]

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é, pois, o patamar mínimo do qual se parte. A normativa específica para crianças surge apenas em seguida, para adicionar os direitos específicos.

² SARAIVA, João Batista. *O adolescente em conflito com a lei e sua responsabilidade*, p. 142.

³ Ratificada no Brasil pelo Decreto nº 99.710, de 21 de dezembro de 1990.

Nessa toada, o artigo 37, alínea b⁴, da aludida Convenção sobre os Direitos da Criança assegura o princípio da legalidade e do devido processo legal, bem como o artigo 40⁵ salvaguarda também as garantias da presunção de inocência, do contraditório e ampla defesa, da não obrigatoriedade de produzir provas contra si mesmo, dentre outras.

Na mesma linha, as Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil – as chamadas Diretrizes de Riad – deixam clara a relação de proporcionalidade que deve reger o sistema juvenil, preconizando, em seu item 54:

Com o objetivo de impedir que se proceda à estigmatização, à vitimização e à incriminação dos jovens, deverá ser promulgada uma legislação pela qual seja garantido que todo ato que não seja considerado um delito, nem seja punido quando cometido por um

⁴ Art. 37: [...] b) Toda criança privada da liberdade será tratada com a humanidade e o respeito que merece e com a dignidade inerente à pessoa humana, levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais.

⁵ Art. 40: 1. Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpada de ter infringido as leis penais de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor e a fortalecer o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade. 2. Nesse sentido, e de acordo com as disposições pertinentes dos instrumentos internacionais, os Estados Partes assegurarão, em particular: a) que não se alegue que nenhuma criança tenha infringido as leis penais, nem se acuse ou declare culpada nenhuma criança de ter infringido essas leis, por atos ou omissões que não eram proibidos pela legislação nacional ou pelo direito internacional no momento em que foram cometidos; b) que toda criança de quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse de ter infringido essas leis goze, pelo menos, das seguintes garantias: I) ser considerada inocente enquanto não for comprovada sua culpabilidade conforme a lei; II) ser informada sem demora e diretamente ou, quando for o caso, por intermédio de seus pais ou de seus representantes legais, das acusações que pesam contra ela, e dispor de assistência jurídica ou outro tipo de assistência apropriada para a preparação e apresentação de sua defesa; III) ter a causa decidida sem demora por autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial, em audiência justa conforme a lei, com assistência jurídica ou outra assistência e, a não ser que seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, levando em consideração especialmente sua idade ou situação e a de seus pais ou representantes legais; IV) não ser obrigada a testemunhar ou a se declarar culpada, e poder interrogar ou fazer com que sejam interrogadas as testemunhas de acusação bem como poder obter a participação e o interrogatório de testemunhas em sua defesa, em igualdade de condições; V) se for decidido que infringiu as leis penais, ter essa decisão e qualquer medida imposta em decorrência da mesma submetidas a revisão por autoridade ou órgão judicial superior competente, independente e imparcial, de acordo com a lei; VI) contar com a assistência gratuita de um intérprete caso a criança não compreenda ou fale o idioma utilizado; VII) ter plenamente respeitada sua vida privada durante todas as fases do processo.

adulto, também não deverá ser considerado um delito, nem ser objeto de punição quando for cometido por um jovem.

Por certo, a interpretação há de ser extensiva, em se tratando de norma assecuratória de direitos fundamentais. Com isso, as Diretrizes constituem uma limitação ao poder punitivo estatal como um todo: não vedam apenas que o jovem seja punido em hipóteses nas quais o adulto não o seria, mas também que o adolescente receba qualquer tipo de resposta estatal mais intensa e gravosa do que a aplicável ao adulto em semelhantes condições.

9.1 A convenção sobre os direitos da criança como norma de *status* supralegal, os demais argumentos dogmáticos para a extensão das garantias penais e o contexto geral do sistema da responsabilidade juvenil

A Convenção sobre os Direitos da Criança não é uma mera recomendação. É um tratado internacional celebrado e ratificado pelo Brasil, em vigor como norma cogente no ordenamento pátrio.

Como sabido, os acordos devidamente ratificados pelo Chefe de Estado, após aprovação do Congresso Nacional, têm, em geral, *status* equiparável às leis federais, e os conflitos advindos entre as normas internacionais e as internas serão resolvidos pelos critérios usuais de cronologia e especialidade, ante a inexistência de superioridade hierárquica entre elas. Há, entretanto, duas exceções, aqui expostas sinteticamente, por não ser este o escopo principal do presente estudo.

Primeiro, no que concerne a tratados sobre direitos humanos, aprovados em dois turnos de votação, em ambas as Casas do Congresso, por três quintos de seus membros, o *status* será de emenda constitucional (norma constitucional derivada), consoante inovação legislativa inculpada no art. 5º, §3º, da CF, pela EC 45/2004.

Segundo, quanto aos tratados sobre direitos humanos que não tenham sido aprovados por esse quórum ou que tenham sido apreciados anteriormente à vigência da EC 45/2004, grande polêmica se formou na doutrina.

Houve quem entendesse, à semelhança de Francisco Rezek⁶, que todos esses tratados de direitos humanos anteriores à EC 45/2004 teriam sido recepcionados com *status* de emenda. Aplica-se, aqui, a linha de raciocínio de que, se a nova redação do art. 5º da CF conferiu aos mencionados acordos a posição de normas constitucionais derivadas, esse caráter automaticamente deveria ser observado também em relação aos preceitos anteriores. Utiliza-se como exemplo o fenômeno ocorrido com o CTN, que, embora tenha sido aprovado como lei ordinária, foi recepcionado pela CF/88 como lei complementar, em razão de ter a nova Carta estabelecido que as normas gerais em matéria tributária seriam reguladas por lei complementar.

Contra essa argumentação, contudo, levantou-se o fato de que o art. 5º, §3º, da CF, não determinou que *todos* os tratados de direitos humanos teriam natureza formal de emenda ou que essa matéria seria *necessariamente* tratada por norma constitucional derivada. Se assim fosse, realmente haveria recepção dos acordos anteriores com esse *status*, sem maiores questionamentos, tal como ocorreu, *mutatis mutandis*, com o CTN. Ocorre que a EC 45/2004 estabeleceu um regime dúplice, em que os tratados sobre direitos humanos *poderiam ser* internalizados como normas constitucionais derivadas, caso atendessem a uma condição *constitutiva*: a aprovação no Congresso com quórum e procedimento de emenda constitucional.

Como visto, remanesce a possibilidade de o tratado ser aprovado com procedimento menos rigoroso e, nessa hipótese, quer parecer que o seu *status* não poderá ser o de emenda. Então, se nem todos os tratados *futuros* sobre direitos humanos terão caráter de norma constitucional derivada, não é tão simples afirmar que todos os acordos *passados* ostentarão essa posição. Os parâmetros da recepção de normas pré-constitucionais, portanto, não se aplicam perfeitamente a este caso.

Diante dessas peculiaridades, houve, ainda, quem defendesse que os tratados anteriores sobre direitos humanos não teriam sido recebidos como formalmente constitucionais, mas integrariam o rol das normas materialmente constitucionais, dada a relevância do seu conteúdo. Foi a posição do Ministro Celso de Mello, dentre outros eminentes defensores da tese.

Com efeito, é bastante sólido o entendimento de que as normas sobre direitos humanos, ao lado das que regulam a organização do Estado e a separação dos poderes, compõem o que se chama de bloco de constitucio-

⁶ REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 103.

nalidade em sentido material, dada a relevância da matéria versada para a própria sustentação do Estado Democrático de Direito.

Entretanto, também é sedimentado que, para fins de resolução dos conflitos de validade entre normas jurídicas, não se considera o caráter *materialmente* constitucional dos preceitos, mas sim o *status formal* de cada comando. Assim, na prática, para fins de solução de antinomias formais, não é suficientemente efetivo afirmar-se simplesmente que uma regra ou princípio tem conteúdo materialmente constitucional, pois isso, *de per si*, não a fará prevalecer sobre as demais leis ordinárias.

Em face dessas inquietações, um terceiro grupo de doutrinadores preconizou que não se poderia falar em nenhuma diferenciação entre esses tratados de direitos humanos anteriores à EC 45 e os demais acordos, pois a reforma constitucional de 2004 somente surtiria efeitos *ex nunc*, não alcançando os documentos internacionais ratificados em tempos pretéritos.

Pesa contra essa corrente o fato de ser ela a menos eficiente de todas na defesa aos direitos humanos, o que vulnera o princípio da máxima efetividade – insculpido no art. 5º, §2º, da CF – e o princípio da prevalência dos direitos humanos – adotado como baliza essencial no art. 4º da CF.

Nesse contexto, terminou por prevalecer no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que os tratados de direitos humanos aprovados pelo Congresso anteriormente à EC 45/2004 apresentam *status* supralegal. Trata-se de uma solução intermediária, em que não se lhes confere caráter de emenda constitucional, porém se lhes reconhece supremacia formal sobre todas as demais espécies legislativas primárias, tais como leis ordinárias, leis complementares, leis delegadas ou medidas provisórias.

Foi essa a conclusão do Pretório Excelso no RE 466.343/SP, em que se adotou o caráter supralegal da Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual, por não prever a prisão do depositário infiel, derogou todas as estipulações nesse sentido que hajam sido feitas no ordenamento jurídico interno.

Tecnicamente, não se pode falar que esse é um controle de constitucionalidade, mas sim um controle de convencionalidade ou supralegalidade, pois não se adota como parâmetro um preceito constitucional, e sim uma convenção internacional com caráter supralegal.

Ademais, tampouco se pode afirmar que o tratado *revogue* as normas legais com ele incompatíveis, pois somente preceitos de igual densidade revogam uns aos outros (lei revoga lei, medida provisória revoga medida provisória e assim sucessivamente). Um tratado não pode revogar uma lei,

mas, gozando de *status* supralegal, suspende-lhe a eficácia e afasta a sua aplicação, *derrogando-a*.

À parte desses esclarecimentos pontuais, o que interessa, realmente, é que o tratado de direitos humanos, ainda quando não aprovado com quórum de emenda constitucional, prevalece, formal e materialmente, sobre todas as demais normas infraconstitucionais no ordenamento jurídico pátrio.

Fixadas tais premissas, cumpre notar que a Convenção sobre os Direitos da Criança, à perfeita semelhança da Convenção Americana de Direitos Humanos, também é um tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Brasil em data anterior à promulgação da EC 45/2004 e, por esse motivo, há de se revestir de *status* supralegal, aplicando-se-lhe o entendimento abraçado pelo STF no RE 466.343/SP.

Com isso, a previsão basilar de proporcionalidade, segundo a qual o menor nunca pode ter tratamento mais desvantajoso do que o adulto em semelhantes condições, tem automaticamente o condão de afastar quaisquer preceitos legais internos que ainda prevejam punições ou procedimentos não revestidos das mesmas garantias oferecidas aos adultos.

De igual forma, essa norma internacional também serve como fonte supralegal de colmatação de lacunas, a fim de que, mesmo em face de eventual silêncio do regramento específico, incidam todas as garantias e proteções do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

Cuida-se, portanto, de um poderoso argumento dogmático para embasar a extensão das garantias penais ao sistema juvenil.

Ao lado dele, há ainda outro, sustentado pelo STF no HC 88.788/SP. A Corte Suprema entendeu, no mencionado acórdão, ser cabível a aplicação das principais garantias penais ao sistema punitivo juvenil, tomando como sustentação o art. 12 do Código Penal, segundo o qual “as regras gerais deste código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”. Na oportunidade, esclareceu-se que, embora os atos infracionais não sejam crimes, eles partem da tipificação estabelecida no Código Penal e no sistema penal clássico, motivo pelo qual incidiria, analogicamente, a previsão do referido art. 12.

Esse é um entendimento seguramente menos incisivo do que o concernente à supralegalidade da Convenção sobre os Direitos da Criança, tendo em vista que o Código Penal tem caráter apenas legal, enquanto a convenção, como exposto, tem *status* supralegal. Nada obstante, são argumentos que se somam, motivo pelo qual um em nada prejudica o outro.

De todo modo, o que realmente importa é que a natureza das medidas socioeducativas e o grau de afluência do sistema penal paralelo da responsabilidade juvenil são os maiores fundamentos para a incidência das garantias penais e processuais penais, e os lastros dogmáticos, quando bem interpretados, devem também conduzir a essa conclusão.

De modo geral, verifica-se que a especificidade no regramento, a efetividade na responsabilização e o juízo de proporcionalidade nas garantias são as três regras basilares da normativa internacional e interna do paradigma da responsabilidade juvenil.

Este modelo, para se consolidar como conquista evolutiva no cenário de direitos humanos e como sistema penal paralelo apto a fornecer as respostas estatais cabíveis, deve adotar por foco uma combinação de quatro objetivos essenciais interlimitantes: (a) a ressocialização do agente, como prevenção especial; (b) a intimidação dos agentes potenciais, como prevenção geral negativa; (c) a estabilização social e reforço da confiança social no ordenamento jurídico, como prevenção geral positiva; e (d) a salvaguarda de todas as garantias do Direito Penal, como pressuposto de validade de todo o sistema, inclusive com lastro no *status* supralegal da Convenção sobre os Direitos da Criança. É exatamente o que leciona Silva Sánchez⁷:

El sistema de reacciones penales contra hechos antijurídicos cometidos por menores de dieciocho años debe satisfacer, por un lado, las necesidades de resocialización; por otro lado, las de intimidación de los autores potenciales, en general, y de los autores potenciales pertenecientes a esa franja de edad, en particular; en tercer lugar, las necesidades de confianza de la sociedad en el normal funcionamiento del sistema jurídico; y en fin, las exigencias de salvaguarda de los derechos individuales y las garantías del sujeto.⁸

⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La política criminal ante el hecho penalmente antijurídico cometido por un menor de edad*, p. 45.

⁸ Em tradução livre: "O sistema de reações penais aos fatos antijurídicos cometidos por menores de dezoito anos deve satisfazer, por um lado, as necessidades de ressocialização; por outro lado, as de intimidação dos autores potenciais, em geral, e dos autores potenciais pertencentes a esta faixa etária, em particular; em terceiro lugar, as necessidades de confiança da sociedade no normal funcionamento do sistema jurídico; e, por fim, as exigências de salvaguarda dos direitos individuais e das garantias do sujeito".

A partir dos mencionados objetivos, emerge a aplicabilidade dos princípios e garantias do Direito Penal, como limites intransponíveis da atuação punitivo-aflitiva estatal, visando à prevalência das garantias individuais e à concretização das finalidades de prevenção geral e especial, mas sem perder de vista a efetividade na responsabilização.

São esses os pilares e as balizas que devem legitimar e traçar as bases do sistema penal paralelo da responsabilidade juvenil.

10. DE LEGE FERENDA: FUNCIONALISMO RACIONAL-TELEOLÓGICO E SUFICIÊNCIA

O paradigma da responsabilidade juvenil subsiste entre extremos. De um lado, ainda vigoram os resquícios de uma visão tutelar paternalista, negando tanto o evidente caráter punitivo-aflictivo das medidas socioeducativas quanto o próprio fato de que menores precisam ser efetivamente responsabilizados por seus atos. Como consequência dessa percepção, observa-se atualmente uma aplicação inadequada dos institutos do paradigma, suprimindo-se diversas garantias do Direito Penal e tornando o microsistema específico, muitas vezes, paradoxalmente mais gravoso do que o regime para adultos.

No outro polo, situa-se o movimento que considera o paradigma demasiado leniente com a violência juvenil e reclama por um tratamento mais rigoroso em relação a adolescentes praticantes de ilícitos. O clamor pela redução da maioridade penal é apenas a face declarada desse modo de pensar, que também alimenta os recorrentes grupos de extermínio de menores e tantos outros mecanismos paraestatais de corrigir a suposta impunidade associada à violência juvenil.

De regra, a razão parece não assistir aos extremos. Quanto ao entendimento remanescente do modelo tutelar, já se expôs a sua inadequação. O caráter repressivo das medidas socioeducativas não é uma questão de discurso teórico, e sim de realidade fática. É inquestionável que privar a liberdade de um menor – seja a finalidade pedagógica, socializadora ou qualquer outra – é uma punição revestida do maior gravame que o Estado

atual admite como resposta a injustos penais: a restrição ao *status libertis*. Diante dessa constatação, não resta outro caminho razoável senão aplicar os princípios e garantias do Direito Penal. É o que leciona João Batista da Costa Saraiva¹:

Este sistema, quer se goste, quer não se goste, tem um conteúdo aflitivo, pois é inegável que, do ponto de vista objetivo, a privação de liberdade decorrente do internamento faz-se tão ou mais aflitiva do que a pena de prisão do sistema penal. Basileu Garcia ensinava que o elemento fundante do conceito de pena seria seu caráter de aflitividade. [...] Se em uma definição realista o direito penal se caracteriza pela capacidade efetiva – legal e legítima – de produzir sofrimentos reais, sua impugnação ali onde a sanção de privação de liberdade existe e se aplica constitui uma manifestação intolerável de ingenuidade ou o regresso sem dissimulação ao festival de eufemismo que era o direito de menores.

Já a segunda linha de raciocínio – que alimenta o clamor por respostas mais gravosas aos injustos perpetrados por adolescentes – tem como sustentação dois argumentos precípuos: a suposta impunidade do agente no paradigma da responsabilidade juvenil e a alegação de que o desenvolvimento psicológico do jovem de hoje, por se dar mais rapidamente, precisaria ser acompanhado pela redução da maioridade penal. Tampouco essa concepção mostra-se pertinente, uma vez que nenhum dos seus dois lastros justificativos corresponde à realidade.

Como visto², o fato de que um adolescente com dezessete, dezesseis ou até quinze anos possa ter a compreensão do caráter ilícito dos fatos que pratica não vulnera em nada o paradigma da responsabilidade juvenil.

Isso porque a fixação de um tratamento jurídico-penal distinto para determinada faixa etária não se baseia na artificial suposição de que todas as pessoas daquela idade são incapazes de ter a correta percepção dos injustos perpetrados e, portanto, de sofrer a repressão cabível por seus atos.

¹ SARAIVA, João Batista Costa. *O adolescente em conflito com a lei e sua responsabilidade*, p. 135 e 138.

² Cf. Capítulo 5.

A rigor, consoante expõe Silva Sánchez³, os estudos de psiquiatria forense indicam que a maioria dos indivíduos pode atingir o correto entendimento sobre a ilicitude dos seus atos a partir dos doze ou quatorze anos, e nem por isso se sustentará a redução da maioridade penal até esse limiar.

O regramento específico de menores não se explica pelo modelo da culpabilidade exclusivamente como juízo de reprovação e pela suposta imaturidade do indivíduo, mas sim por uma visão funcionalista racional-teleológica do Direito Penal.

Sob esse prisma, o motivo essencial de existência do paradigma da responsabilidade juvenil é a convicção de que, mesmo havendo consciência do ilícito por parte do adolescente e reprovabilidade à sua conduta, o ordenamento jurídico pode atender às finalidades da intervenção punitiva – prevenção geral e especial – de modo mais adequado e menos gravoso do que a pena criminal. Nas palavras de Roxin⁴, “como el Derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, solo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener um éxito suficiente”.⁵

Trata-se do modelo de culpabilidade da necessidade de pena. Assim, o argumento capaz de vulnerar o paradigma não é o suposto amadurecimento do adolescente e nem a reprovabilidade à sua conduta. É, sim, a suposta insuficiência desse sistema paralelo para atingir as finalidades de prevenção geral positiva e negativa e prevenção especial. Daí por que a afirmação da impunidade do adolescente se revela como a mais importante dentre todas as aventadas. É a única que – caso realmente verificada – poderia justificar a remessa do agente ao Direito Penal de adultos.

Praticado um injusto, revela-se uma situação de extrema instabilidade social que demanda a realização de três funções básicas pelo Direito: (a) prevenção geral positiva, que é a reafirmação da confiança da população no

³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La política criminal ante el hecho penalmente antijurídico cometido por un menor de edad*, p. 41-42.

⁴ ROXIN, Claus. *Derecho penal*, p. 65-66.

⁵ Em tradução livre: “Como o Direito Penal possibilita as mais gravosas de todas as intromissões estatais na esfera de liberdades do cidadão, somente se pode fazê-lo intervir quando outros meios menos severos não prometam obter êxito suficiente”. Não por acaso, a afirmação amoldar-se perfeitamente ao princípio da intervenção mínima. É que o modelo da culpabilidade como necessidade de pena visa justamente a trazer a subsidiariedade do Direito Penal para o âmago da própria teoria do delito, determinando que o agente não seja nem ao menos declarado autor de um crime se essa declaração não for pautada na estrita necessidade de intervenção da pena criminal para solução do conflito social existente.

ordenamento jurídico violado, combatendo o sentimento geral de impunidade e promovendo a estabilização social; (b) prevenção geral negativa, que é a intimidação de autores em potencial quanto à prática daquelas condutas delituosas; e (c) prevenção especial, que é a ressocialização do autor do fato.

Todas essas demandas – inclusive o combate à impunidade e o clamor comunitário por uma responsabilização efetiva – são legítimas e advêm da própria gravidade da conduta, quer tenha sido ela praticada por uma pessoa de quinze anos ou por um adulto. O Direito não tem a faculdade de ilusoriamente negá-las, mas apenas de organizá-las e de buscar a sua concretização da forma mais racional possível. Nas palavras de Hassemer⁶:

Existem lesões que as pessoas causam a outras intencionalmente ou por negligência; existem pessoas que sofrem essas lesões; existem pessoas que observam isto tudo. E existem padrões socialmente configurados de reação individual e social à criminalidade. A melhor crítica ao Direito Penal não pode modificar nenhuma destas circunstâncias. Ela pode simplesmente agir de modo que a Política Criminal e a Justiça Penal usem racionalmente estas circunstâncias.

O paradigma da responsabilidade juvenil é um meio de atender às referidas exigências de modo mais adequado do que a pena criminal, considerando a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, característica dos agentes na faixa etária abrangida. Ocorre que todo sistema específico somente tem razão de existir se apresentar desempenho melhor do que o sistema geral na persecução do conjunto das finalidades a serem alcançadas, ou seja, se for mais funcional do que o modelo genérico.

Então, o ponto fundamental a ser analisado sobre a suficiência ou não do referido paradigma é a sua comparação com o Direito Penal, para verificar até que ponto o sistema paralelo é capaz de atender às mesmas funções que genericamente seriam da pena criminal, só que de forma mais adequada.

Se essas finalidades, conjuntamente consideradas, forem cumpridas em maior escala pelo sistema paralelo e por suas medidas socioeducativas, justifica-se a inimputabilidade etária. Nessa hipótese, como preconiza a Es-

⁶ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*, p. 293.

cola Funcionalista Racional-Teleológica, a inexistência de culpabilidade *lato sensu* do agente (ou, precisamente, de responsabilidade penal, na nomenclatura de Roxin) deriva do fato de que não é necessária para atingir os fins do Direito a declaração de que aquele autor praticou um crime, bem como a sua inserção no sistema penal tradicional.

Ao contrário, caso seja verificado que o modelo clássico tem desempenho mais efetivo na concretização da prevenção geral e especial, realmente pode ser preciso rever o instituto da inimputabilidade etária e a ausência de culpabilidade do menor⁷, pois cairá por terra o argumento funcionalista da falta de necessidade de pena. Daí a relevância de se examinarem os aspectos relativos a cada uma das finalidades estatais.

10.1 O caráter punitivo e o cotejo quanto à prevenção geral negativa

O primeiro mito a ser desfeito é o de que não há punição no sistema juvenil, o que supostamente favoreceria não apenas a prática dos ilícitos por menores, mas também a utilização de adolescentes por adultos, como instrumentos para a concretização de crimes – sobretudo o tráfico de drogas.

As medidas socioeducativas são verdadeiras penas, pois representam sanções heterogêneas de caráter punitivo-aflitivo pela prática de atos típicos e ilícitos⁸. O fato de essas penas serem não criminais – porque aplicadas em um sistema penal paralelo – não elide o forte potencial repressivo que as permeia. Genericamente, as providências são bastante similares ao próprio Direito Penal, uma vez que envolvem privação total ou parcial de

⁷ Registre-se a existência de algumas linhas argumentativas que se opõem à redução da maioria penal utilizando o fundamento de que a inimputabilidade etária aos dezoito anos seria uma garantia individual constitucional e, portanto, uma cláusula pétreia. Conforme esse entendimento, seria impossível, em quaisquer hipóteses, a ampliação do âmbito de alcance da pena criminal sobre o paradigma da responsabilidade juvenil. Em que pese a relevância da discussão e a grande solidez desse argumento, o presente estudo não adentrou essa linha, considerando que o tema ora examinado não é a redução da maioria penal, *de per se*, e sim a análise de suficiência do paradigma da responsabilidade juvenil para atender às demandas sociais relacionadas ao fenômeno punitivo, desde uma perspectiva funcional-teleológica. Assim, em lugar de examinar se a ampliação do espectro de abrangência do Direito Penal é possível, do ponto de vista formal-constitucional, ora se verifica se essa seria uma alteração útil, funcional, diante do contexto normativo representado pelo sistema juvenil.

⁸ Cf. Capítulo 4.

liberdade, bem como outras medidas alternativas, a exemplo da prestação de serviços à comunidade ou da obrigação de reparar o dano.

Assim, quanto à natureza das respostas estatais e a sua aptidão genérica para a intimidação, o paradigma da responsabilidade juvenil não é excessivamente brando. Do contrário, o próprio Direito Penal também o seria, porque tanto um sistema quanto o outro têm o mesmo limite máximo quanto ao tipo de atuação: o cerceamento ao *status libertatis*.⁹

Ademais, pretender a redução da maioridade penal sob o fundamento de que adolescentes são utilizados por adultos para a perpetração de injustos é um evidente contrassenso. Somente há atuação de menores como instrumentos porque existem adultos não alcançados pelo sistema penal clássico que funcionam como mandantes dos referidos crimes.

Se a finalidade de prevenção geral intimidatória repercutisse adequadamente quanto ao mandante, inexistiria o aliciamento do adolescente para a atividade delituosa. O problema maior, então, é de efetividade do próprio Direito Penal clássico, e certamente não se resolve isso sobrecarregando ainda mais o sistema com a remessa de mais autores para o seu espectro de alcance. Como aponta João Batista Costa Saraiva¹⁰:

Se questão for de eficácia de sistema, por que o mandante (de regra “pior” do que o executor direto) não é responsabilizado? Aliás, reprimindo o mandante, exclui-se a demanda. [...] O Estatuto oferece amplos mecanismos de responsabilização destes adolescentes infratores, e o que se tem constatado, em não raras oportunidades, é que, enquanto o coautor adolescente foi privado de liberdade, julgado e sentenciado, estando em cumprimento de medida, seu parceiro imputável muitas vezes sequer teve seu processo em juízo concluído, estando frequentemente em liberdade.

A bem da verdade, em média, apenas dez por cento dos crimes são praticados por adolescentes, enquanto os restantes noventa por cento são empreendidos por adultos.¹¹ Em relação aos crimes mais graves, como o

⁹ No que tange à quantidade de pena relacionada a essa privação de liberdade, examinar-se-á a matéria no item seguinte.

¹⁰ SARAIVA, João Batista Costa. *A idade e as razões*, p. 79-80.

¹¹ O jornal *Zero Hora* divulgou pesquisa revelando exatamente esses percentuais em relação à criminalidade na Grande Porto Alegre. Cf. SARAIVA, João Batista Costa. *A idade e as razões*, p. 80.

homicídio, a proporção permanece a mesma, como leciona Karyna Batista Sposato¹², pautada em estudos do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente.

Assim, do ponto de vista da prevenção geral negativa, é absurdo supor que o Direito Penal para adultos é mais efetivo do que o paradigma da responsabilidade juvenil na finalidade de evitar a ocorrência de novos ilícitos.

Se a pena criminal não tem sido um meio significativamente eficaz para impedir a criminalidade entre os adultos, inexistente motivo para imaginar que o seria entre os adolescentes. Ademais, quanto aos delitos já perpetrados, a falta de pessoal para proceder às investigações, o excesso de ocorrências e as naturais dificuldades de se chegar a um culpado – que já são responsáveis pelas conhecidas cifras negras do crime no sistema para adultos, levando à impunidade – só tendem a se agravar, caso seja aumentada a esfera de atuação desse modelo.

Em síntese, quando o foco de análise é a efetividade na prevenção de ilícitos, não há razão para estender aos adolescentes o sistema geral, que já vem demonstrando consideráveis mostras de insuficiência quanto aos adultos, exatamente em virtude da sobrecarga. No dizer de João Batista Costa Saraiva¹³, “a crise no sistema de atendimento a adolescentes infratores privados de liberdade no Brasil só não é maior do que a crise no sistema penitenciário, para o qual se pretende transferir os jovens infratores de menos de dezoito anos”.

10.2 Prevenção geral positiva e alguns ajustes possíveis

A intimidação dos agentes potenciais constitui apenas um dos aspectos que precisam ser observados para discutir a suficiência do paradigma da responsabilidade juvenil. Também existe a necessidade de prevenção geral positiva, ou seja, tutela da confiança social no ordenamento jurídico e realização do sentimento geral de justiça diante da prática de uma conduta deletéria como é o injusto penal.

Ao menos em relação àquele percentual dos delitos cujos autores foram levados aos Tribunais, é preciso viabilizar que a resposta do Estado seja proporcional e eficientemente aplicada. Por um lado, isso envolve não

¹² SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito penal juvenil*, p. 30.

¹³ SARAIVA, João Batista Costa. *O adolescente em conflito com a lei e sua responsabilidade*, p. 135.

punir além do devido e nem tampouco sem a observância de todas as garantias cabíveis. Contudo, também representa a necessidade de que a medida não seja demasiado branda e nem se perca em um formalismo excessivo que termine por tornar o sistema repressivo inócuo.

Quanto ao paradigma da responsabilidade juvenil, a premissa básica – acerca da qual não se há de transigir – é a aplicabilidade dos princípios do Direito Penal, tendo em vista o grande potencial aflitivo do modelo específico. É bem verdade que as garantias trarão consigo o natural aumento na duração do processo, o que constitui um custo necessário para salvaguardar os direitos fundamentais. Entretanto, devem-se adotar os cuidados pertinentes para que essa maior duração, associada ao regime prescricional aplicado, não se torne um óbice demasiado gravoso ao exercício do poder sancionatório estatal na realidade prática.

Daí exsurge a premência de se estabelecer um regramento específico quanto à prescrição no sistema juvenil, de modo a evitar distorções e a contemplar, de forma equilibrada, tanto o direito do acusado à estabilidade e à segurança jurídica, quanto a demanda legítima do Estado por um prazo razoável para apurar o injusto.

É certo que, enquanto permanece o silêncio legislativo, os conflitos sociais continuam a existir, e é preciso solucioná-los. Por isso, revela-se genericamente adequada a Súmula 338 do Superior Tribunal de Justiça, determinando a incidência da prescrição penal sobre a pretensão para imposição de medidas socioeducativas.

Nada obstante, isso em nada diminui a necessidade de regramento legislativo próprio, pois as diversas peculiaridades do sistema punitivo juvenil – a baixa idade dos réus, as diferentes sanções, o maior interesse estatal na flexibilização da resposta estatal, dentre tantas outras especificidades – não estão suficientemente contempladas por uma transposição acrítica do sistema geral para o contexto dos atos infracionais.

Em certos casos, a prescrição penal representa tratamento demasiado gravoso; em outros, demasiado leniente. Tanto em uma hipótese quanto na outra, a nota central é a distorção gerada pela aplicação de um sistema que foi concebido para adultos a adolescentes com necessidades próprias e substancialmente distintas.

É preciso analisar a perspectiva de criação de um regime com prazos próprios, causas interruptivas e suspensivas peculiares, enfim, é preciso completar a Lei nº 8.069/90, que, embora tenha previsto sanções próprias,

não cuidou de estabelecer os parâmetros normativos para a aplicação dessas sanções.

À parte disso, a preocupação com a efetividade e com a proporcionalidade também deve nortear a fixação do limite etário máximo para incidência das medidas socioeducativas. De acordo com o artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.069/90, o referido limite é de vinte e um anos. Ademais, o artigo 121, § 5º, estabelece que, no cumprimento da medida de internação, a liberação é compulsória a essa idade.

Os dispositivos mostram-se inadequados, por violação ao princípio da culpabilidade e descumprimento da finalidade de prevenção geral positiva. Como visto, o grau máximo de punição alcançável no paradigma da responsabilidade juvenil é representado pela privação de liberdade em regime fechado, pelo período de até três anos. Após, é obrigatória a cessação da medida de internação, mas pode haver a continuidade da resposta estatal mediante a providência de semiliberdade, que corresponde ao regime semiaberto do sistema penal clássico. Com isso, cumpre-se, nos casos mais graves e de menor sucesso quanto à ressocialização do agente, um total de seis anos em restrição de liberdade.

Isso se aplica ao caso de um menor condenado aos doze anos, e ele poderá hipoteticamente ser submetido a medidas socioeducativas até os dezoito. Igualmente, se o fato ilícito e a condenação ocorrerem aos quinze anos, o cumprimento da resposta estatal poderá se estender até os vinte e um. Contudo, paradoxalmente, se o injusto e a condenação ocorrerem meses antes dos dezoito anos – exatamente quando a reprovabilidade da conduta é maior, porque já há elevado grau de compreensão e de formação da personalidade – a resposta estatal somente poderá atingir o máximo de três anos, porque a liberação é compulsória aos vinte e um anos de idade.

Esse é um dos substanciais argumentos utilizados – não sem lógica – para defender a redução da maioridade penal. Com efeito, justamente na faixa etária em que os ilícitos se avolumam em gravidade e reprovabilidade, e a estabilização social faz-se mais necessária, o âmbito de alcance da resposta estatal é menor. Trata-se, ademais, de flagrante desproporcionalidade em relação aos adolescentes mais jovens, que, mesmo com menor consciência ético-social, terminam por ser submetidos a regime mais rígido.

Quanto aos indivíduos que praticam ilícitos graves – como homicídio qualificado ou estupro, por exemplo –, às vésperas de completarem dezoito anos, a insuficiência da resposta estatal faz-se clara e ameaça a subsistência

de todo o paradigma juvenil. Por certo, essa é uma hipótese extrema, mas também dos extremos há de se ocupar o Direito. Na medida em que certos conflitos não possam ser resolvidos adequadamente pelo sistema juvenil, todo ele passa a sofrer críticas e a suportar a pecha da ineficácia, o que somente alimenta os movimentos de ampliação do âmbito de alcance do Direito Penal clássico, em detrimento do princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Assim, mostra-se pertinente a ampliação do limite etário máximo de cumprimento das medidas socioeducativas, alterando-se os artigos 2º, parágrafo único, e 121, § 5º, da Lei nº 8.069/90. Em lugar de vinte e um anos, pode a lei passar a prever a faixa de vinte e quatro anos, a fim de que seja possível – considerando-se hipoteticamente a condenação aos dezoito – o cumprimento máximo de três anos de internação e de outros três de semiliberdade.

É lógico que isso gera um contrassenso, pois se observarão adultos cumprindo medidas que foram idealizadas para adolescentes. Sem embargo, esse é um custo necessário que deriva da premência de garantir uma resposta efetiva para fatos praticados na fase de transição entre a menoridade e a maioridade penais.

O aludido contrassenso, inclusive, já existe atualmente, pois não há nenhuma distinção do ponto de vista jurídico entre um adulto de vinte anos e outro de vinte e quatro. O cumprimento da sanção, nesses casos extremos, deverá ocorrer em estabelecimento próprio, apartado dos indivíduos mais jovens; porém, atendido esse pressuposto, a alteração ora proposta viabiliza respostas estatais um tanto mais adequadas, efetivas e proporcionais perante os injustos praticados.

Por fim, outra questão a merecer exame é a possibilidade de aumento do limite máximo de três anos a que atualmente se vincula a medida de internação. Nesse mister, é preciso inicialmente compreender o substancial gravame de se passar três anos em regime fechado de privação de liberdade. A título de comparação, cabe lembrar que, no sistema penal para adultos, é direito subjetivo do réu, caso não apresente mau comportamento no cumprimento da pena, a progressão de regime após o decurso de um sexto do período da condenação.

Assim, em condições normais, para que um adulto passe três anos em regime fechado – que é o análogo à internação –, ele há de ter sido condenado a nada menos que dezoito anos de reclusão.

O paradigma da responsabilidade juvenil não é, pois, demasiado lenitivo. Ele apenas foi mais claro e explícito na expressão de suas sanções do que o Direito Penal para adultos, que terminou por adotar o clamor e a simbologia de penas com durações mais elevadas, contrabalançadas pelos mecanismos da progressão de regime e do livramento condicional.

Mesmo assim, a elevação do limite de três anos é mais um aspecto que poderia ser abstratamente colocado à disposição do sistema juvenil como meio de garantir a sua efetividade no cumprimento das finalidades de prevenção geral. Caso se constatasse uma insuficiência nessa esfera, uma possibilidade seria a elevação do lapso temporal para até quatro anos, *exempli gratia*.

Ressalte-se, entretanto, que qualquer estipulação superior a cinco anos já se revelaria irrazoável, pois, para adultos, o período máximo de cumprimento de pena é de trinta anos. Adotando-se esse número como parâmetro para estabelecer uma relação abstrata entre o artigo 75 do Código Penal e o artigo 121, §5º, da Lei nº 8.069/90, a fração de um sexto à qual corresponderia o regime fechado resultaria em, no máximo, cinco anos.¹⁴

O fato é que esta última alteração não parece – ao contrário das propostas quanto à prescrição e à elevação do limite máximo de vinte e um anos para aplicação de medidas – uma mudança necessária em termos de efetividade e de prevenção geral positiva. Trata-se, apenas, de mais uma

¹⁴ Existem dois pontos dignos de nota quanto a este raciocínio. Primeiro, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica em considerar que o limite de trinta anos, previsto no artigo 75 do Código Penal, não deve ser aplicado no cálculo dos benefícios executórios, como a progressão de regime. O cálculo de um sexto, para adultos, toma por base a efetiva pena aplicada ao agente, e não o limite máximo de trinta anos. Nesse sentido é o HC 35.537/SP (Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03.06.2004, DJ 28.06.2004, p. 380). Isso, contudo, deriva de uma opção do legislador penal, que houve por bem tomar como referência no artigo 75 o tempo integral de cumprimento da pena, e não o tempo de execução em regime fechado. Já no sistema juvenil, a opção política foi dispor diretamente sobre o período do regime fechado e, nesse contexto, parece razoável utilizar a proporção determinada para a progressão – um sexto – a fim de estabelecer uma relação abstrata entre o artigo 75 do Código Penal e o artigo 121, § 5º do *Estatuto da criança e do adolescente*. O segundo ponto a ser esclarecido versa exatamente sobre essa proporção de um sexto. A rigor, ela não é a única utilizada no Direito Penal quanto aos cálculos para progressão de regime. A Lei nº 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos – estipulou como requisito para obter o benefício o cumprimento mínimo de dois quintos da pena, se o réu for primário, ou de três quintos, se for reincidente (artigo 2º, § 2º, com redação atribuída pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007). Contudo, tendo em vista as sonoras críticas à referida Lei dos Crimes Hediondos – vista pela maioria da doutrina como uma expressão do Direito Penal Máximo ou do que Moccia denominou *fenômeno da perene emergência* –, considerase mais prudente não estender os critérios daquele diploma às ponderações que se fazem sobre o paradigma da responsabilidade juvenil. Cf. MOCCIA, Sergio. *Emergência e defesa dos direitos fundamentais*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 7, n. 25, p. 74-75, jan.-mar. 1999.

opção, de mais um argumento para reafirmar a suficiência do paradigma da responsabilidade juvenil, sob o prisma funcionalista. Com isso, afastam-se os mitos da impunidade e da não responsabilização ao adolescente, que em nada contribuem para a salvaguarda dos direitos peculiares a essa faixa etária

Note-se, ademais, que todas as referidas modificações não representam um enrijecimento arbitrário do sistema, porque estão ligadas de forma indissociável ao aumento de garantias trazido pela profunda analogia com o Direito Penal clássico.

A partir do momento em que se adota o princípio da proporcionalidade como pedra de toque do sistema juvenil – não permitindo que o adolescente tenha tratamento mais gravoso do que o adulto –, isso se reflete na aplicação de todos os princípios do Direito Penal, tais como a individualização da pena, a estrita legalidade, dentre outros.

Assim, a sentença passa a ter o dever de limitar, caso a caso, o tempo de internação – em lugar da indeterminação que costuma vigorar. A própria internação, por seu turno, tem o seu âmbito de alcance bastante reduzido, pois se torna aplicável apenas nas hipóteses básicas em que, se tratando de adulto, não haveria possibilidade de suspensão condicional da pena ou de substituição por pena restritiva de direitos.

Tudo isso tende à fixação de parâmetros objetivos para o sistema juvenil, minorando o âmbito de subjetividade judicial no fenômeno punitivo – ao menos naquilo que possa prejudicar o réu. Desde que se faça acompanhar por essa preocupação objetivadora e proporcional, a busca pela responsabilização efetiva é um valor tão importante no sistema juvenil quanto a própria especificidade das medidas. Afinal, se o tratamento peculiar é a razão de existência do paradigma, a responsabilização eficiente é o seu principal meio de sustentação. Nas palavras de Silva Sánchez¹⁵:

Por lo que hace a la prevención general positiva, [...] la comunidad puede comenzar a sentir miedo y a perder la confianza en el sistema jurídico si tiene la percepción de que las medidas eventualmente aplicables a estos sujetos son insuficientes, son débiles, o son puramente simbólicas. [...] Así pues, la renuncia a la pena en estos casos, si se pretende mantener

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La política criminal ante el hecho penalmente antijurídico cometido por un menor de edad*, p. 45.

el efecto integrador del sistema penal, exigirá una determinada configuración de las medidas que haga realmente innecesária, em términos de prevención general positiva, la imposición de la pena [criminal].¹⁶

Conclui o autor¹⁷, especificamente sobre o limite de dezoito anos para a imputabilidade penal, a partir de uma visão funcionalista:

Hay buenas razones para situar en los dieciocho años la frontera de la culpabilidad, como categoría sistemática del Derecho Penal, o mejor dicho, de la responsabilidad penal a los efectos de la imposición de una pena convencional de adultos. Ahora bien, situar en los dieciocho años la frontera de la responsabilidad penal plena tiene obviamente una serie de condiciones. En primer lugar, que las medidas aplicables [...] han de ser unas medidas adecuadas y adaptadas a las peculiaridades psicológicas y criminológicas de esta franja. En segundo lugar, la prevención general negativa y la prevención general positiva, así como las garantías individuales, exigen que [...] se pueda imponer una pena diferente: pena juvenil [...].¹⁸

Toda a construção teórica, enfim, tem o propósito de garantir a sustentação de um modelo que apresente respostas estatais mais adequadas e específicas do que a pena criminal, só que com as garantias do Direito Pe-

¹⁶ Em sentir medo e a perder a confiança no sistema jurídico se tiver a percepção de que as tradução livre: “Quanto à prevenção geral positiva, [...] a comunidade pode começar a medidas eventualmente aplicáveis a estes autores são insuficientes, frágeis ou puramente simbólicas. [...] Assim, a renúncia à pena [clássica] nesses casos, se pretender manter o efeito integrador do sistema penal, exigirá uma determinada configuração das medidas que faça realmente desnecessária, em termos de prevenção geral positiva, a imposição da pena [criminal]”.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 47.

¹⁸ Em tradução livre: “Há boas razões para situar nos dezoito anos a fronteira da culpabilidade, como categoria sistemática do Direito Penal, ou melhor dizendo, da responsabilidade penal para efeitos de imposição de uma pena convencional de adultos. Contudo, situar aos dezoito anos a fronteira da responsabilidade penal plena tem obviamente uma série de condições. Em primeiro lugar, [...] as medidas aplicáveis [...] devem ser adequadas e adaptadas às peculiaridades psicológicas e criminológicas desta faixa etária. Em segundo lugar, a prevenção geral negativa e a prevenção geral positiva, assim como as garantias individuais, exigem que [...] se possa impor uma pena diferente: pena juvenil [...]”.

nal, ante o franco reconhecimento do caráter punitivo-aflitivo das medidas juvenis. *In verbis*¹⁹:

Por fin, un sistema configurado en estos términos es quizá el que mejor satisface las exigencias de los derechos individuales del sujeto. [...] En efecto, en orden a una efectiva resocialización del individuo, es preferible el sometimiento del mismo a una serie de medidas educativas, sujetas a todas las garantías del Estado de Derecho [...].²⁰

É claro que, no plano prático, a efetividade encontra seus embargos. O aparelho estatal se mostra quase sempre inapto a investigar a maioria dos injustos, a tramitar com celeridade os processos e a executar as medidas cabíveis de forma adequada. Esse, no entanto, é um problema que se revela ainda mais grave no campo da pena criminal, e por isso não pode servir como argumento para deslegitimar o paradigma da responsabilidade juvenil perante o Direito Penal tradicional.

O fundamental é compreender que, abstratamente considerado, o sistema juvenil apresenta todos os meios de atender às funções que seriam da pena criminal, mediante uma responsabilização rigorosa do adolescente praticante de injustos, porém com maior atenção ao princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Não hão de subsistir os mitos da impunidade e da brandura excessiva, e as distorções existentes no ordenamento serão mais bem resolvidas pela reforma de alguns dispositivos legais do que pela deliberada descrença no modelo específico, em nome de um Direito Penal máximo, injustificável sob o prisma racional-teleológico do funcionalismo.

A rigor, a tendência da sociedade em clamar sempre por respostas mais gravosas aos atos infracionais praticados por adolescentes – sem atentar para a real eficiência e necessidade das alterações propostas – guarda alguma relação com a leitura crítica do fenômeno denominado por Jakobs como direito penal do inimigo.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La política criminal ante el hecho penalmente antijurídico cometido por un menor de edad*, p. 46 e 52.

²⁰ Em tradução livre: “Por fim, um sistema configurado nesses termos é talvez o que melhor satisfaça as exigências dos direitos individuais do sujeito. [...] Com efeito, visando a uma efetiva ressocialização do indivíduo, é preferível a imposição a uma série de medidas educativas, sujeitas a todas as garantias do Estado de Direito [...]”.

O indivíduo comum tende a enxergar-se, a todo momento, como vítima potencial do crime; jamais como autor. Surge para a sociedade uma constante dicotomia: “nós” e “eles”, “eu” e “o outro”, vítima potencial e autor potencial. Para o primeiro grupo – “nós” –, sempre há demandas por um Direito repleto de liberdades, o chamado direito penal do cidadão, focado em todas as garantias inerentes ao conceito de pessoa. Já os componentes do segundo grupo – os praticantes dos delitos que nós acreditamos nunca perpetrarmos – passam a ser analisados muito mais como focos de perigo do que como sujeitos de direitos, e por isso queremos suprimir-lhes uma série de garantias e agravar-lhes as sanções, em nome da busca incessante por segurança.²¹

O problema é que, em um Estado Democrático, o Direito é – ou ao menos deve ser – igualmente eficaz e vigente para todos os grupos sociais. Não se pode incidir na chamada *not me fallacy*, a falácia de que os crimes são praticados por outra espécie de pessoas que não nós.²² O nível de garantias defendidas para o praticante de qualquer injusto deve guardar relação com o nível que o cidadão comum desejaria para si, caso fosse objeto de uma acusação ou autor de um ilícito. O intérprete deve submeter a esse crivo de equilíbrio todas as suas considerações genéricas quanto ao modo de tratar acusados ou condenados, sob pena de sua tese não resistir aos primeiros exames de coerência.

Por outro lado, também é preciso evitar que um desmedido emaranhado de garantias termine por inviabilizar a responsabilização e a rigorosa punição do autor, pois as demandas legítimas daqueles que viram seus bens jurídicos violados e da sociedade em geral são tão importantes e vitais quanto a própria necessidade de garantia ao acusado.

Em conclusão – e de forma algo simplista –, parece razoável que o intérprete realize um juízo de ponderação entre dois extremos. De um lado, para fugir à *not me fallacy* e à busca irreflexiva pelo direito penal do inimigo para o outro, deve-se ter em conta o grau de garantias que cada componente da sociedade gostaria de ter, caso fosse acusado de um crime. De outro lado, para escapar dos discursos descompromissados com a efetividade do

²¹ Cf. GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, n. 56, p. 82 e 93, 2005; “O direito penal do inimigo otimiza proteção de bens jurídicos, o direito penal do cidadão otimiza esferas de liberdade. [...] De um ponto de vista semântico, o direito penal do inimigo é o tipo ideal de um direito penal que não respeita o autor como pessoa, mas que almeja neutralizá-lo como fonte de perigo”.

²² *Ibid.*, p. 104.

Direito na repressão a injustos penais, há de se levar em consideração o nível de garantias que cada um de nós consideraria pertinente para o autor de um delito contra nossos bens jurídicos mais relevantes.

É o meio-termo entre esses dois extremos que se deve buscar na solução dos conflitos sociais e na interpretação do ordenamento. Caso contrário, ou se tende a um incoerente Direito Penal máximo, ou se termina por recair em um demagógico formalismo desvinculado da prática.

10.3 A prevenção especial e o contraste da realidade

Acerca da execução de medidas socioeducativas no Estado de São Paulo – que abriga aproximadamente sessenta por cento dos adolescentes em cumprimento de medidas no país –, Karyna Batista Sposato²³ relata:

Localizada no Complexo Brás, a Unidade de Atendimento inicial (UAI) cumpre a função de iniciação dos adolescentes no sistema, não só por sua destinação como unidade de chegada e triagem, mas principalmente por suas condições. [...] Em razão da superlotação – como já assinalado, a unidade possui 62 vagas e atualmente abriga 500 internos – os adolescentes não têm nenhuma atividade pedagógica, escolar ou de lazer. Passam o dia todo ociosos e sob normas rígidas de comportamento.

Na chegada, têm suas cabeças raspadas, recebem roupas da unidade: calção azul, camiseta branca e chinelos. Para se deslocar, devem manter as mãos para trás e a cabeça baixa, e qualquer movimento deve ser precedido de um pedido de autorização. As visitas duram em média 15 minutos. Durante as refeições, os adolescentes são obrigados a rezar. E os banhos duram em torno de dois minutos. A unidade é a recordista em doenças de pele, escabiose e tuberculose. [...]

Já no Complexo do Tatuapé, [...] após tentativas de fugas ou rebeliões, recorre-se ao “repique”: um grupo de funcionários munidos de paus e canos de ferro agride os adolescentes seminus. A “recepção”

²³ SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*, p. 167-168.

corresponde a um corredor polonês formado por monitores, que, também armados com ferros, correntes e pedaços de pau, recebem os adolescentes transferidos. Marcas de escoriações, equimoses, hematomas e queimaduras de cigarros são visíveis em vários adolescentes nessas unidades.

Não há como deixar de mencionar o Complexo de Franco da Rocha. [...] Uma hora do dia é destinada ao banho de sol. As 23 horas restantes são voltadas à ociosidade. As duas principais unidades do Complexo de Franco da Rocha [...] já atingiram o número de 28 rebeliões somente no ano de 2003. Ambas possuem ordem judicial de fechamento.

A realidade se faz paradoxal, ante a própria razão de existência do paradigma da responsabilidade juvenil. Como visto, o sistema juvenil somente faz sentido por sua especificidade no tratamento jurídico-penal do adolescente, visando a uma maior eficiência na ressocialização, ou seja, na prevenção especial positiva. Não fosse por isso, inexistiria motivo para tantas construções teóricas ao longo da História voltadas à inaplicabilidade da pena criminal e à separação entre jovens e adultos.

No plano da norma, as disposições peculiares são muitas. A Lei nº 8.069/90 torna obrigatória a realização de atividades culturais durante o cumprimento das medidas socioeducativas, cujo regramento é amplamente orientado para a reintegração social. Os direitos individuais conferidos ao adolescente objetivam garantir que a execução das sanções ocorra em um ambiente propício à dignidade da pessoa humana, e o sistema penal paralelo destinado aos jovens apresenta uma conformação pontualmente distinta do Direito Penal clássico, fazendo prevalecer a função de prevenção especial sobre todas as demais.

Quando os dispositivos são aplicados, realmente há significativas possibilidades de ressocialização, considerando a maior fluidez que permeia a personalidade dos indivíduos nessa faixa etária, ainda em constante desenvolvimento. Como assevera João Batista Costa Saraiva²⁴, com base em projetos desenvolvidos na cidade de Porto Alegre, “em um índice de 70% a 80% dos jovens adequadamente atendidos nas medidas socioeducativas

²⁴ SARAIVA, João Batista Costa. *A idade e as razões*, p. 81-82.

que lhes são impostas obtêm-se plenas condições e uma completa integração social ao final”.

Nada obstante, dentre todos os pontos sensíveis do sistema juvenil, é exatamente na execução das medidas socioeducativas que se observam as maiores violações a direitos fundamentais, aos propósitos do sistema juvenil e às disposições legais. A insuficiente construção de unidades provoca superlotação e, por conseguinte, não realização de atividades educativas. O ócio, por seu turno, impede a ressocialização e aumenta a tensão entre os internos, o que é controlado pelos monitores com truculência e agressão. A equação resume o estado de muitas das unidades de internação no país.

Por certo, também não é reduzindo a maioria penal e ampliando o âmbito de alcance da pena criminal que se resolvem estes problemas. O sistema para adultos é ainda mais sobrecarregado; as violações a direitos, ainda mais recorrentes; e o potencial educativo, ainda menor.

Os propósitos da atuação estatal já estão delineados: prevenção geral positiva, prevenção geral negativa e, sobretudo, prevenção especial. O sistema juvenil é o que se apresenta mais funcional e estruturalmente adequado para a persecução dessas finalidades. Os mecanismos legais – com a realização dos ajustes cabíveis – são potencialmente eficazes e atendem aos modernos preceitos do Direito Penal, bem como às tendências do Direito Internacional acerca do tema. Não é com mais leis nem com soluções salvacionistas ou meramente simbólicas que se melhorará o contexto.

Resta apenas o principal: transformar palavras em fatos. Porque, como ensina Carlos Drummond de Andrade²⁵, “as leis não bastam; os lírios não nascem da lei”.

²⁵ ANDRADE, Carlos Drummond de. Nosso tempo. In: _____. *Poesia completa e prosa*. Rio de Janeiro: J. Aguilar, 1973, p. 144.

11. CONCLUSÃO

O tratamento jurídico-penal conferido aos injustos praticados por adolescentes é um fenômeno cultural, social e historicamente condicionado, que tem relação imediata com a teoria do delito e com a visão preponderante acerca do Direito Penal.

Assim, após um movimento evolutivo de tese e antítese envolvendo a fase do Direito Penal indiferenciado e a etapa tutelar, atualmente vigora o paradigma da responsabilidade juvenil, caracterizado pelo reconhecimento de um caráter punitivo-aflitivo imanente às medidas socioeducativas e pela aproximação, no plano da norma, quanto aos princípios e às garantias penais.

Na esfera interpretativa, contudo, ainda se observam diversos resquícios do modelo tutelar, omitindo-se direitos ao adolescente acusado de praticar ilícitos, a partir da alegação de que a atuação estatal sobre ele tem função pedagógico-educativa, e não retributiva. A posição revela-se incoerente, uma vez que a definição do regime jurídico aplicável ao sistema juvenil não emana das suas finalidades presumivelmente benéficas, mas sim da natureza jurídica das medidas imponíveis e do grau da afetação potencialmente gerada às liberdades individuais.

Quanto à natureza jurídica, há de se definir ontologicamente a medida socioeducativa como a sanção heterogênea aflitiva incidente em razão do descumprimento dos preceitos primários das normas penais por um adolescente. Trata-se de pena não criminal, inserida no que pode ser chamado de sistema penal paralelo da responsabilidade juvenil. Já quanto ao

grau de invasividade do sistema, verifica-se a possibilidade, inclusive, de privação total de liberdade, tal como se dá no Direito Penal tradicional.

Em face de tamanho potencial interventivo do Estado, é inconcebível negar a esse modelo paralelo todas as garantias e princípios historicamente conquistados em defesa do particular.

Constata-se, tendo em vista a referida natureza jurídica da sanção e a gravidade da atuação estatal, que o adolescente é responsabilizado, punido por sua conduta. Em contrapartida, cabe lembrar que, no campo da teoria do delito, ele é inimputável e, por conseguinte, inculpável, consoante determinam a Constituição Federal e o Código Penal.

Analisa-se, então, uma contradição aparente: de um lado, a inimputabilidade etária e a inculpabilidade; de outro, a responsabilização, a reprovabilidade, a aplicação de uma pena não criminal e a consequente necessidade de garantias.

A resolução da perplexidade, alcançando uma teoria que explique e concilie todos esses aspectos, passa pela alteração na compreensão tradicional da culpabilidade exclusivamente como juízo de reprovação. Nessa linha, aplica-se o modelo da culpabilidade vinculada à necessidade de pena, com lastro no funcionalismo racional-teleológico.

Adotados esses pressupostos teóricos, compreende-se que a inimputabilidade etária e a inculpabilidade do menor não representam que ele seja necessariamente incapaz de compreender o caráter ilícito dos fatos e de se determinar perante esse entendimento. Tampouco significam que o adolescente não possa sofrer certo grau de reprovação por seus atos e, por conseguinte, ser punido – como, de fato, é.

A inimputabilidade etária expressa, sim, a opção político-criminal de excluir do âmbito de alcance da pena clássica os indivíduos pertencentes a certa faixa de idade, por existir solução mais adequada para o conflito social advindo de seus ilícitos.

A partir do momento em que a medida socioeducativa realize de modo mais específico e menos gravoso todas as finalidades preventivas gerais e especiais que seriam da pena criminal, verifica-se ausente a necessidade de pena, elemento essencial da chamada culpabilidade *lato sensu*. Para isso, entretanto, o caráter aflictivo surge como característica imanente da sanção juvenil. Daí tornar-se indispensável a incidência dos princípios penais, a fim de que a solução supostamente menos invasiva e mais apro-

priada não se torne paradoxalmente um meio de potencializar o fenômeno punitivo e de suprimir garantias ao réu.

Essa construção teórica e a conciliação com a teoria do delito têm por intuito justificar a decisão política de manter um sistema específico para jovens, com pontuais – porém significativas – adaptações em relação ao Direito Penal clássico. A especificidade é, sem embargo, apenas um dos lastros sobre os quais se sustenta o sistema juvenil. Outro deles é a responsabilização.

Para viabilizá-la, lança-se mão do conceito de ato infracional, compreendido analiticamente como a conduta humana típica, ilícita, e que seria penalmente culpável caso o seu autor já tivesse atingido a maioridade penal ao tempo da ação. Em outras palavras, é o injusto penal cuja única nota distintiva em relação ao crime é a ausência de imputabilidade do agente, derivada exclusivamente da sua menoridade penal no momento da conduta.

Trazem-se para o sistema específico todas as causas exculpantes previstas no Direito Penal tradicional, bem como se inclui o juízo de culpabilidade (*stricto sensu*) no exame da conduta do menor – o que é plenamente compatível com o referido modelo teórico da necessidade de pena.

Nesse mister, tanto na responsabilização quanto nas garantias, a proporcionalidade há de ser a linha mestra do paradigma da responsabilidade juvenil, impedindo que o menor receba tratamento mais severo do que o dispensado a um adulto em situação análoga. Ainda que o texto legal, por vezes, sugira o contrário, a interpretação sistêmica e a ponderação de interesses não de atuar no sentido de fazer prevalecer o Direito Penal como limite máximo do sistema juvenil. Cuida-se de um terceiro lastro do paradigma: a proporcionalidade das garantias.

Assim, a especificidade no regramento, a efetividade na responsabilização e o juízo de proporcionalidade nas garantias são as regras basilares no tratamento jurídico-penal conferido aos injustos perpetrados por adolescentes.

À luz dessa visão sistêmica do paradigma da responsabilidade juvenil, mostra-se possível realizar breve incursão quanto aos clamores sociais pela expansão do âmbito de alcance da pena criminal, mediante redução da maioridade penal. A partir de uma análise funcional-teleológica, só haveria sentido em se empreender a referida alteração jurídica caso o sistema penal

para adultos se mostrasse mais eficiente do que o modelo específico na concretização das finalidades de prevenção geral e especial.

Não é, entretanto, o que se observa. O exame da realidade fática evidencia que os verdadeiros problemas do paradigma não encontram resposta na simbólica e salvacionista transição para o Direito Penal, cujo cenário prático é ainda mais crítico.

É certo que o sistema juvenil realmente demanda alguns ajustes, tais como o aumento do limite máximo etário para cumprimento das medidas socioeducativas e a instituição de um regramento expresso quanto à prescrição. Entretanto, de modo geral, caso se adote uma adequada postura interpretativa – pautada nos lastros da especialidade, da responsabilização e da proporcionalidade de garantias –, o paradigma da responsabilidade revela-se normativamente apto a disciplinar o tratamento jurídico-penal dos ilícitos praticados por adolescentes.

Em essência, equilíbrio é o que se há de buscar: entre os clamores da sociedade por proteção e os direitos do acusado; entre o modelo estrutural teórico de culpabilidade e as modernas concepções teleológicas do Direito Penal; entre as necessidades peculiares do adolescente e a legítima demanda por sua responsabilização; e, sobretudo, entre as previsões da lei e a perturbadora realidade fática que se pretende alterar.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. *Comentários ao Estatuto da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Aidê, 1991.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRADE, Carlos Drummond de. Nosso tempo. In: _____. *Poesia completa e prosa*. Rio de Janeiro: J. Aguilar, 1973.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARATTA, Alessandro. Comentários ao artigo 120 do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1956.

BARREIRA, Wilson. *Comentários ao Estatuto da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____; BRAZIL, Paulo Roberto Grava. *O direito do menor na nova constituição*. São Paulo: Atlas, 1989.

BARROSO FILHO, José. *Ato infracional: sentenças e normas pertinentes*. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, 1998.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 11. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

BERGALLI, Roberto. Comentários ao artigo 117 do Estatuto da criança e do adolescente. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e Sociais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de direito penal: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

_____. *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOAVENTURA, Edivaldo M. *Metodologia da pesquisa: monografia, dissertação, tese*. São Paulo: Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Ed.UnB, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-lei/Del3689Compilado.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 out. 1969. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del1001.htm>>. Acesso em: 1 jul. 2008.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui a Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 3 de jul. 2008.

_____. Lei nº 9.099/95, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 1 jul. 2008.

BRASIL. Lei nº 8.429/92, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos no caso de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 03 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. Lei nº 8.069/90, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689 – Código de Processo Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 23 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 1 jul. 2008.

_____. Lei nº 7.210/84, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 3 de jul. 2008.

_____. Lei nº 6.697/79, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 out. 1979, Seção 1, p. 14945.

CANADÁ. *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* (2002, ch. 1). Disponível em: <http://laws.justice.gc.ca/fr/ShowDoc/cs/Y-1.5/boga:s_3::boga:l_1/fr?page=2&isPrintin g=false#codese:3>. Acesso em: 18 jun. 2008.

CARNELUTTI, Francesco. *Princípios del proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

CAVALLIERI, Alyrio (Org.). *Falhas do Estatuto da criança e do adolescente: 395 objeções*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CHAVES, Antônio. *Comentários ao Estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: Ltr, 1994.

Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente (Brasil). Resolução nº 46, de 29 de outubro de 1996. Regulamenta a execução da medida socioeducativa de internação, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8069/90. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/comissoes/cndh/res46.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2008.

Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente (Brasil). Resolução nº 47, de 05 de dezembro de 1996. Regulamenta a execução da medida socioeducativa de semiliberdade, a que se refere o art.120 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8069/90. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sedh/ct/conanda/resolu%C3%A7%C3%B5esnova/resolu%20de%201996,%20DOU%20de%2008.01.97.PDF>>. Acesso em: 1 jul. 2008.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Comentários aos artigos 121 e 122 do Estatuto da criança e do adolescente. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Comentários ao artigo 123 do Estatuto da criança e do adolescente. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. v. 1.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984.
- FÖPPEL, Gamil. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GARCIA, Émerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- GARCÍA MENDEZ, Emílio. Adolescente y responsabilidad penal: un debate latinoamericano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 48, p. 229-245, 2004.
- _____. Comentários ao artigo 122 do estatuto da criança e do adolescente. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, n. 56, p. 80-112, 2005.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: Parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.
- ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madrid: Marcial Ponz, 1997.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LAHALLE, Annina. *As regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de menores*. São Paulo: [s.l.], 1989. Trabalho apresentado no I Encontro Nacional de Promotores de Justiça e Curadores de Menores.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIMA, Miguel Moacyr Alves. Comentários ao artigo 115 do Estatuto da criança e do adolescente. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da Criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Comentários ao artigo 116 do Estatuto da criança e do adolescente. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LUBISCO, Nídia Maria Lienert; VIEIRA, Sônia Chagas. *Manual de estilo acadêmico: monografias, dissertações e teses*. 2. ed. Salvador: EDUFBA, 2003.

MACHADO NETO, Antônio Luís. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1966.

MARQUES, José Frederico. *Elementos do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

_____. *Tratado de direito penal: propedêutica penal e norma penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1964.

MESTIERI, João. *Teoria elementar do direito criminal: parte geral*. Rio de Janeiro: J. Mestieri, 1990.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal da emoção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. *Menor: sujeito de uma tutela jurídica especial*. Salvador: EDUFBA, 1983.

- MINAHIM, Maria Auxiliadora. Redução da menoridade penal: o falso canto da sereia. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, n. 10, p. 33-44, 2002.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MOCCIA, Sergio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 7, n. 25, p. 74-75, jan.-mar. 1999.
- MOUSNIER, Conceição. *O ato infracional à luz da Constituição Federal, do Estatuto da criança e do adolescente e das regras mínimas de Beijing*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1991.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- NUVOLONE, Pietro. *O sistema do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Diretrizes das Nações Unidas para prevenção da delinquência juvenil: diretrizes de Riad*. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/documentos_internacionais/id103.htm>. Acesso em: 3 jul. 2008.
- _____. *Regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça, da infância e da juventude: regras de Beijing*: UNCIEF. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/documentos_internacionais/id102.htm>. Acesso em: 3 jul. 2008.
- _____. *Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. Fundo das Nações Unidas para a Infância*. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/documentos_internacionais/id109.htm>. Acesso em: 3 jul. 2008.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. Aplicando o ECA: felicidade e perversão sem limites. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 14. n. 58, p. 15-28, 2006.

ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 46, p. 46-72, 2004.

_____. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SARAIVA, João Batista. *Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. O adolescente em conflito com a lei e sua responsabilidade: nem abolicionismo penal nem direito penal máximo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 47, p. 77-85, 2004.

_____. A idade e as razões: não ao rebaixamento da imputabilidade penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, n. 18, p. 123-145, 1997.

SILVA, José Luiz Mônico da. *Estatuto da criança e do adolescente: comentários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. La política criminal ante el hecho penalmente antijurídico cometido por un menor de edad. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n. 13, p. 38-53, 1996.

SPOSATO, Karyna Batista. Culpa e castigo: modernas teorias da culpabilidade e os limites ao poder de punir. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, n. 56, p. 33-59, 2005.

_____. *O direito penal juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SPOSATO, Karyna Batista. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

- TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- _____. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- VALENTE, José Jacob. *Estatuto da criança e do adolescente: apuração do ato infracional à luz da jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- VIDAL, Luís Fernando Camargo de Barros. A irresponsabilidade penal do adolescente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, n. 18, p. 87-92, 1997.
- WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Barcelona: Ariel, 1964.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____ et al. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

COLOFÃO

| | |
|-------------------|--|
| Formato | <i>17 x 24 cm</i> |
| Tipologia | <i>Book Antiqua</i> |
| Papel | <i>Alcalino 75 g/m² (miolo) Cartão Supremo 300 g/m² (capa)</i> |
| Impressão | <i>Setor de Reprografia da EDUFBA</i> |
| Capa e Acabamento | <i>Cian Gráfica</i> |
| Tiragem | <i>300</i> |

ISBN 978-85-212-6907-8



9 788523 208578