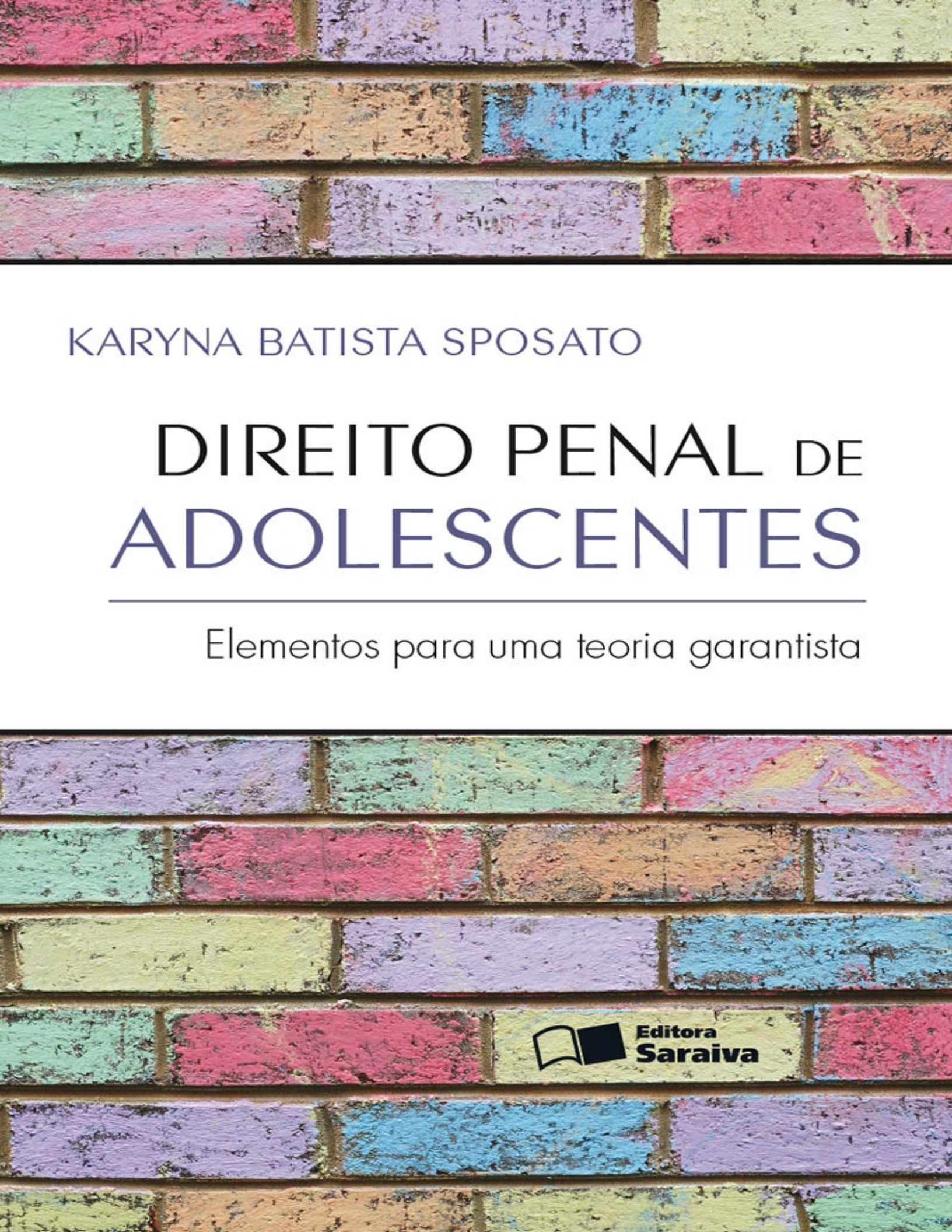


The background of the book cover is a close-up photograph of a brick wall. The bricks are painted in various colors including pink, purple, blue, green, and yellow, with some areas showing the original brown brick texture. The colors are arranged in horizontal bands.

KARYNA BATISTA SPOSATO

DIREITO PENAL DE ADOLESCENTES

Elementos para uma teoria garantista



**Editora
Saraiva**

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [Le Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de oferecer conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O [Le Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: [LeLivros.link](#) ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados [neste link](#).

"Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não mais lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade poderá enfim evoluir a um novo nível."





Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP CEP
05413-909 PABX: (11) 3613 3000 SACJUR: 0800 055 7688 de 2ª a 6ª, das
8:30 às 19:30

E-mail: saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse: www.editorasaraiva.com.br/direito

Filiais

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro Fone: (92) 3633-4227 – Fax:
(92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas Fone: (71) 3381-5854 / 3381-
5895 Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro Fone: (14) 3234-
5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga Fone: (85) 3238-2323 /
3238-1384 Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 – Setor de Indústria e

Abastecimento Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951 Fax: (61)
3344-1709 – Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto Fone: (62) 3225-
2882 / 3212-2806 Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro Fone: (67) 3382-3682 – Fax:
(67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha Fone: (31) 3429-8300 – Fax:
(31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos Fone: (91) 3222-9034
/ 3224-9038 Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho Fone/Fax: (41)
3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista Fone: (81) 3421-4246 –
Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro Fone: (16) 3610-5843 –
Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel Fone: (21)
2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos Fone/Fax: (51) 3371-4001 /
3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda Fone: PABX (11) 3616-3666 –
São Paulo

ISBN 978-85-02-20637-3

Sposato, Karyna Batista

Direito penal de adolescentes : elementos para uma teoria garantista / Karyna Batista Sposato. – São Paulo : Saraiva, 2013.

Bibliografia.

1. Direito penal - Brasil 2. Menor - Responsabilidade penal - Brasil I. Título.
CDU-343.5(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito penal juvenil 343.5(81)

Diretor editorial Luiz Roberto Curia

Gerente de produção editorial Lígia Alves

Assistente editorial Olívia de Quintana Figueiredo Pasqualeto

Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria

Produtor multimídia William Paiva

Arte, diagramação e revisão Know-how Editorial

Serviços editoriais Camila Artioli Loureiro, Kelli Priscila Pinto,
Surane Vellenich e Tatiana dos Santos Romão

Capa Mayara Enohata

Produção eletrônica Know-how Editorial

Data de fechamento da edição: 25-7-2013

Dúvidas?

Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

KARYNA BATISTA SPOSATO

Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo. Professora Titular III do Curso de Direito da Universidade Tiradentes (UNIT), ministrando as disciplinas: Direito Penal, Criminologia, Direito da Criança e do Adolescente e Direitos Humanos. Professora pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Tiradentes (UNIT). Pesquisadora do CNPq e pesquisadora colaboradora do Instituto de Tecnologia e Pesquisa (ITP). Consultora Nacional do UNICEF (Fundo das Nações Unidas pela Infância) em matéria de justiça da infância e juventude. Ex-diretora executiva do escritório brasileiro do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD).

DIREITO PENAL DE ADOLESCENTES

Elementos para uma teoria garantista

2013



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

Maria Auxiliadora Minahim

Trecho retirado da obra *Direito penal da emoção* – a inimputabilidade do menor, 1992, p. 118.

À memória de meu pai, Nicodemo Sposato Neto, e de minha irmã, Daniele.

A minha mãe, Ivone,

por acreditar sempre.

A Gabriel e José Mário,

por tudo.

Agradecimentos

Este trabalho, apresentado originalmente como tese de doutoramento no Programa de Pós-graduação em Direito/Doutorado da Universidade Federal da Bahia, não teria se realizado não fossem o apoio e o incentivo de muitas pessoas, a quem devo minha especial e sincera gratidão.

À Professora Maria Auxiliadora Minahim, por suas instigantes contribuições, inquietações e valiosos direcionamentos, que fizeram toda a diferença para o desenvolvimento deste trabalho.

Meu agradecimento de sempre ao professor Emilio Garcia Mendez, pela referência intelectual e ética que representa em minha trajetória acadêmica e sua inestimável contribuição para a ciência do direito em matéria de adolescentes. Ao professor Miguel Cillero Bruñol, pela disponibilidade e interlocução sobre o tema tão pouco ainda explorado. Ao professor José Eduardo Faria, que, mesmo à distância, com sua obra sempre se fez presente, e ao professor Francisco Muñoz Conde, ícone e referência no estudo do Direito Penal e da Criminologia.

Aos professores do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Alessandra Rapassi Marcarenhas Prado e Sebastian Borges de Albuquerque Mello, pelas significativas sugestões ao trabalho e questões suscitadas por ocasião da banca de qualificação. E ao professor Sérgio Salomão Shecaira, que, desde a orientação de minha dissertação de mestrado na Universidade de São Paulo, é grande incentivador para a continuidade dos meus estudos na temática do Direito penal juvenil.

À minha família, o reconhecimento de que este caminho somente foi trilhado em nome dos ensinamentos e do projeto de vida que me foi oportunizado; aos meus avós, Joaquim Baptista (*in memoriam*) e Elza Collino, pela presença marcante e determinante em minha infância e formação.

Às amigas Bianca Carlos de Souza Maas, Karla dos Santos Ramos e Denise Vitale, pois cada uma a seu modo foi fonte de incentivo, perseverança e entusiasmo para a realização deste estudo, ora publicado.

A Autora

Prólogo

KARYNA BATISTA SPOSATO o UN SÍSIFO FELIZ

La cuestión de los adolescentes infractores posee una relevancia que está lejos de ser obvia o evidente. Se trata de su carácter contaminante negativo sobre el conjunto de las políticas sociales. Es la experiencia histórica concreta la que demuestra que quienes no la resuelven adecuadamente acaban comprometiendo, en el peor de los sentidos el conjunto de las políticas para la infancia.

El brillante texto de Karyna Batista Sposato, *Direito penal de adolescentes*: elementos para una teoría garantista, que aquí tengo el orgullo y la honra de prologar, está destinado a la difícil tarea de construir una dogmática penal en este campo. Este libro se inscribe de pleno derecho en una rica tradición iniciada por juristas de la talla de João Batista Costa Saraiva y Afonso Armando Konzen, entre muchos otros.

Se trata, como se señaló, de una complicada tarea que se enfrenta a tres problemas de diversa naturaleza. En el plano cultural, al intento desesperado de la vieja cultura “tutelar” que se aferra a una desesperada lucha por la sobrevivencia. Esto, a través del desarrollo de nuevas versiones corporativistas que encuentran en el “neomenorismo” actual un punto de confluencia y, sobre todo, de resistencia a la consideración de los adolescentes como verdaderos sujetos de derechos y responsabilidades. En el plano de la política social, al creciente uso de instrumentos penales encubiertos como herramienta privilegiada de la “asistencia” social. Me refiero especialmente al uso bastardo de la privación de libertad como forma de política social reforzada para enfrentar uno de los mas graves problemas sociales actuales. Los jóvenes pobres que en las periferias urbanas no estudian ni trabajan. Por último, y se trata aquí del aspecto sobre el que menos se ha reflexionado, en el plano jurídico penal propiamente dicho. Me refiero a la indiferencia, cuando no al rechazo liso y llano, de la dogmática penal de adultos a considerar con seriedad la cuestión de la dogmática penal adolescente. Justo es reconocer, en ese páramo conceptual y en esa renuncia a la coherencia, a la excepción que representan tres figuras significativas del derecho penal. Me refiero al jurista chileno Juan Bustos, a la enorme figura de Luigi Ferrajoli y, en el Brasil, a un gran jurista todavía poco

conocido en el resto de la región como es Sérgio Salomão Shecaira.

Es en este contexto de la indiferencia y de un “sentido común” inclinado a las “soluciones simples” de la “crueldad bondadosa” que emana del neomenorismo que debe valorarse el enorme esfuerzo de Karyna Sposato.

No faltará quien denomine a la tarea realizada y por realizar de jóvenes juristas brasileños como la autora de este libro como un verdadero trabajo de Sísifo. Se trata en todo caso de un esfuerzo similar al del desarrollo de la teoría y la práctica democrática acosada por mesianismos y autoritarismo varios. Quien lea o relea con alguna atención el maravilloso y clásico trabajo de Albert Camus (“El Mito de Sísifo”), encontrará escondida entre sus mejores líneas una olvidada frase que afirma que: “es necesario imaginarse un Sísifo feliz”.

San José, Costa Rica, septiembre de 2012.

Emilio Garcia Mendez

Prefácio

KARYNA BATISTA SPOSATO ou UM SÍSIFO FELIZ

A questão dos adolescentes infratores possui uma relevância que está longe de ser óbvia ou evidente. Trata-se de seu caráter negativo e contaminante sobre o conjunto das políticas sociais. É a experiência histórica concreta que demonstra que aqueles que não a resolvem adequadamente acabam por comprometer, no pior dos sentidos, o conjunto das políticas para a infância.

O brilhante texto de Karyna Batista Sposato, *Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista*, que aqui tenho o orgulho e a honra de prefaciá-lo, está destinado à difícil tarefa de construir uma dogmática penal neste campo. Este livro se inscreve de pleno direito numa rica tradição iniciada por juristas do porte de João Batista Costa Saraiva e Afonso Armando Konzen, dentre muitos outros.

Trata-se, como se assinalou, de uma complicada tarefa que enfrenta a três problemas de natureza distinta. No plano cultural: a tentativa desesperada da velha cultura “tutelar” por sua sobrevivência. Isso, através do desenvolvimento de novas versões corporativistas que encontram no “neomenorismo” atual um ponto de confluência e sobretudo de resistência à consideração dos adolescentes como verdadeiros sujeitos de direitos e responsabilidades. No plano da política social: a crescente utilização de instrumentos penais encobertos como ferramenta privilegiada de “assistência” social. Refiro-me especialmente ao uso bastardo da privação de liberdade como forma de política social reforçada para enfrentar um dos mais graves problemas sociais atuais. Os jovens pobres que nas periferias urbanas não estudam nem trabalham. Por último, e correspondente ao aspecto de menor reflexão até o momento, no plano jurídico penal propriamente dito. Refiro-me à indiferença e inclusive à recusa veemente da dogmática penal de adultos de considerar com seriedade a questão da dogmática penal adolescente. Justo é reconhecer, nesse marasmo conceitual e nessa renúncia à coerência, a exceção que representam três figuras significativas do direito penal. Refiro-me ao jurista chileno Juan Bustos Ramirez, à enorme figura de Luigi Ferrajoli e, no Brasil, a um jurista ainda pouco conhecido no resto da região, como Sérgio Salomão Shecaira.

Neste contexto de indiferença e de um “senso comum” inclinado às “soluções simples” da “crueldade bondadosa” que emana do neomenorismo, é que se deve valorizar o enorme esforço de Karyna Sposato.

Não faltará quem denomine a tarefa realizada e ainda por realizar de jovens juristas brasileiros, como a autora deste livro, como um verdadeiro trabalho de Sísifo. Trata-se em todo caso de um esforço similar ao do desenvolvimento da teoria e da prática democrática, acuada por messianismos e autoritarismos vários. Quem ler ou reler com alguma atenção o maravilhoso e clássico trabalho de Albert Camus (“O Mito de Sísifo”) encontrará escondida entre suas melhores linhas uma esquecida frase que assim afirma: “é necessário imaginar-se como um Sísifo feliz”.

San Jose da Costa Rica, setembro de 2012.

Emilio Garcia Mendez

Sumário

[Agradecimentos](#)

[Prólogo](#)

[Prefácio](#)

[Apresentação](#)

[PARTE I — Sistema e Estrutura do Modelo de Justiça Penal Juvenil Brasileiro](#)

[Notas Introdutórias](#)

[1 — Configuração do Direito Penal de Adolescentes no Brasil](#)

[1.1 A democratização brasileira e a Constituição Federal de 1988](#)

[1.2 O Estatuto da Criança e do Adolescente e o direito penal de adolescentes](#)

[1.2.1 O conceito de ato infracional](#)

[1.2.2 Distinção entre medidas de proteção e medidas socioeducativas](#)

[1.3 Conclusões preliminares](#)

[2 — Modelos de Responsabilidade Penal de Adolescentes e a Regulação da Justiça Penal de Menores de Idade no Brasil](#)

[2.1 Modelo punitivo ou etapa penal indiferenciada](#)

[2.2 Modelo de proteção ou etapa tutelar](#)

2.3 Modelo educativo ou de bem-estar

2.4 Modelo de responsabilidade ou etapa garantista

2.5 Modelo misto

2.6 Dificuldades para o reconhecimento de um modelo puro no sistema de justiça juvenil brasileiro

2.6.1 Da negação da natureza penal

2.6.2 Indeterminação das medidas aplicadas

2.6.3 Recusa à imputabilidade

2.7 Conclusões preliminares

3 — Ambiguidades do Modelo de Responsabilidade do ECA: ausência de garantias e amplo arbítrio judicial

3.1 Primeiros esclarecimentos

3.2 Interpretação do Estatuto e padrão decisório no direito penal de adolescentes

3.3 Discurso jurídico e implicações para o sistema penal juvenil brasileiro

3.4 Conclusões preliminares

PARTE II — Fundamentos da Responsabilidade Penal de Adolescentes

Notas Introdutórias

4 — Elementos Pressupostos da Responsabilidade Penal de Adolescentes

4.1 O direito penal juvenil ou o direito penal de adolescentes

4.2 O conceito material de ato infracional

4.3 A natureza jurídica da medida socioeducativa

4.4 Inimputabilidade penal etária e menoridade penal

4.4.1 Considerações iniciais

4.4.2 Sobre a imputabilidade

4.4.2.1 Capacidade de ação

4.4.2.2 Capacidade de dever

4.4.2.3 Capacidade de pena

4.4.2.4 Capacidade de entender e querer

4.4.2.5 Capacidade de compreender a ilicitude do fato e de atuar conforme esta compreensão

4.4.2.6 Capacidade de motivação

4.4.3 Conceitos e fundamentos da imputabilidade

4.5 Considerações preliminares

5 — Culpabilidade e Responsabilidade Penal Juvenil

5.1 Introdução ao conceito normativo de culpabilidade

5.2 Modernas teorias da culpabilidade

5.2.1 Responsabilidade e finalidades preventivas em Claus Roxin

[5.2.2 Funcionalismo e fidelidade ao direito em Gunther Jakobs](#)

[5.2.3 Responsabilidade e proporcionalidade em Winfried Hassemer](#)

[5.2.4 Motivação e combinação entre dogmática e política criminal em Francisco Muñoz Conde](#)

[5.3 Considerações sobre a culpabilidade](#)

[6 — Tendências Político-criminais em Matéria de Responsabilidade Penal de Adolescentes](#)

[6.1 Considerações gerais](#)

[6.2 Diferenças relativas à idade penal](#)

[6.3 O debate da redução da idade penal no Brasil](#)

[6.3.1 Impedimentos constitucionais à redução da idade penal](#)

[6.3.2 Da inconstitucionalidade das propostas de redução da idade penal e violação da constituição material](#)

[Conclusões](#)

[Apêndice 1 — Referências Marcos de idade de responsabilidade penal na história jurídica brasileira](#)

[Apêndice 2 — Quadro sinótico](#)

[Apêndice 3 — Idade de responsabilidade penal juvenil em diferentes países \(Tabela comparativa\)](#)

Apresentação

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

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

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

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

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

O terceiro capítulo, que encerra essa parte, discute questões de interpretação,

especificamente relacionadas à imposição da medida mais severa do Sistema, qual seja, a internação, demonstrando que a prevalência de argumentos extrajurídicos e a textura aberta de alguns dispositivos legais exigem uma formulação dogmática mais consistente.

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

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

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

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

Desse modo, ganha especial relevância o aprofundamento no tema da culpabilidade em suas mais modernas abordagens com vistas a aprofundar a delimitação conceitual da inimputabilidade penal etária. Sendo assim, o quinto capítulo, denominado Culpabilidade e Responsabilidade Penal Juvenil, discute a culpabilidade a partir de seus dois grandes atributos conforme a doutrina contemporânea: a fundamentação da pena e seu limite, destacando suas repercussões sobre a responsabilidade penal de adolescentes.

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

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

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

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

PARTE I

Sistema e Estrutura do Modelo de Justiça Penal Juvenil Brasileiro

Notas Introdutórias

O objetivo central de oferecer elementos para uma Teoria da Responsabilidade de Adolescentes exige preliminarmente destacar que uma teoria serve ou deve funcionar como sistema conceitual^[1], destinado a fornecer tanto as normas metodológicas para a adequada produção de um saber, como as categorias gerais desse modelo de conhecimento.

No campo do Direito e da Filosofia do Direito, muitos autores^[2] já trabalharam a ideia de teoria^[3] ou sistema conceitual. Como esclarece Tercio Sampaio Ferraz Jr.^[4], o pensamento sistemático, sobretudo no começo do século XVII, em estreita conexão com o problema da certeza na discussão teológica, foi transposto da teoria da Música e da Astronomia para a Teologia, para a Filosofia e para a Jurisprudência. Nesse sentido, uma Teoria Geral acaba por corresponder a uma ordem teleológica de princípios e enunciados gerais, capaz de elevá-los ao grau máximo de generalização útil e condensá-los indutivamente a partir do confronto de diversos ramos a ela subjacentes.

No dizer de Canaris, o papel do conceito de sistema é justamente traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica, sendo que a ideia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, nomeadamente do princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para a generalização^[5]. Assomam-se outros postulados, tais quais a segurança jurídica, a estabilidade e a continuidade da legislação como razões para o Direito ordenar-se como sistema, e não para vir a ser uma multiplicidade inabarcável de normas singulares, desconexas e em demasiado fácil contradição umas com as outras.

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

Direito penal de adolescentes, como campo próprio do Direito e subsistema do Direito Penal.

Fato é que tal questão referente à aplicação e execução de medidas socioeducativas destinadas a adolescentes autores de ato infracional não encontra a atenção devida no campo do Direito e menos ainda do Direito Penal. Por força de uma tradição tutelar[6], desenhou-se ao longo da história do Direito da Criança e do Adolescente uma suposta autonomia da matéria de responsabilização dos menores de idade, afastando de sua interpretação os princípios processuais-penais de garantia[7] e, de igual maneira, dificultando qualquer reflexão de natureza dogmática e/ou político-criminal acerca das consequências e da natureza da intervenção penal sobre os adolescentes.

Como se a matéria infracional existisse em total divórcio do saber penal, ao longo da história do Direito penal juvenil[8] procurou-se ocultar a influência das diferentes correntes da ciência penal. Contudo, muito embora o estudo da temática careça de elementos de conexão, não se pode negar que, à medida que determinadas visões se consolidavam no Direito penal de adultos, naturalmente influenciariam as teses e as doutrinas justificantes da aplicação de sanções a adolescentes autores de infração penal, por mais que se desejasse negar e afastar tal realidade dos procedimentos e da construção teórica específica.

Como é possível constatar ao longo da história, envolvidas em um discurso de assistência e educação, as sanções aplicadas aos adolescentes, denominadas medidas socioeducativas, operaram e ainda operam um exercício do poder punitivo sobre os adolescentes e jovens, muitas vezes mais agudo e desmedido que qualquer outro[9].

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

Se, de um lado, a experiência brasileira denota, em termos legislativos, o abandono do Menorismo[10], com a ratificação da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e a adoção do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90; de outro, as práticas institucionais padecem com a persistência de uma lógica tutelar e correcional em seus procedimentos.

Fala-se aqui não só dos programas de execução das medidas sancionatórias ou socioeducativas, mas também de igual modo do funcionamento do Sistema de Justiça (Judiciário, Ministério Público e Defensorias).

A imposição de medidas socioeducativas como antídoto à situação de vulnerabilidade[11] do adolescente reflete a resistência em superar o paradigma das legislações de menores, ou seja, a chamada Doutrina da Situação Irregular, fundada numa ideologia tutelar, terapêutica e higienista. Vale dizer que a situação irregular legitimou durante mais de seis décadas uma intervenção[12] estatal, não raro violenta, no estado perigoso sem delito, verificável dentre os menores de idade.

E não seria exagerado observar que na atualidade, após mais de 22 anos de entrada em vigor da Lei n. 8.069/90, no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) permanece vivo um direito penal do autor[13] nos procedimentos da Justiça da Infância e Juventude em matéria infracional.

Um adolescente infrator representa no imaginário coletivo o *portador do mal*, o *portador da violência*. Norbert Lechner discute as reações à violência e à delinquência, apontando sua dimensão como reflexo dos medos ocultos ou interiores de uma sociedade. Ele pondera que provavelmente nenhuma representação do imaginário coletivo seja tão funcional como a interpretação da delinquência juvenil, que resulta emblemática – por sua irracionalidade e imprevisibilidade[14]. O impacto social dos fatos delituosos cometidos por adolescentes e sua forte repercussão pública, que em muitas ocasiões, excedem os marcos de proporcionalidade em relação à preocupação com a criminalidade adulta, à corrupção, ao comércio ilícito de drogas e outras expressões de violência que afetam nossa sociedade, pode se explicar pela falta de discussão das reais causas da violência e, também – por que não dizer? –, pela busca de um bode expiatório[15].

Ao que tudo indica, esta é a realidade que se constata não só na interpretação da norma nos juizados especializados, fóruns da infância e juventude, mas com igual intensidade na execução das medidas impostas no âmbito dos programas governamentais e unidades de internação do atual chamado *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE*[16] brasileiro.

As medidas socioeducativas, aplicadas muitas vezes sem a observância do devido processo legal e do contraditório, constituem uma ferramenta de reforço da exclusão a que muitos ou a esmagadora maioria dos adolescentes estão expostos. A ironia é que no momento de sua imposição, as medidas

socioeducativas se sustentam num discurso compensatório, já que os adolescentes envolvidos com a prática de infrações penais sempre revelam, em alguma fase de suas vidas, direitos negligenciados, desde famílias problemáticas, violência doméstica, baixa escolaridade, defasagem escolar, precária inserção no mercado de trabalho, abandono e vivência institucional em abrigos ou vivência de rua. Desse modo, a medida acaba se definindo em razão de uma condição do adolescente e afastando-se da análise do ato infracional praticado, no que concerne à sua legalidade, à autoria e, sobretudo, à proporcionalidade da resposta sancionatória.

Paradoxalmente, a execução da medida reforça a mesma negligência já conhecida por parte dos jovens, quando não aperfeiçoa a segregação por intermédio de práticas de violência, humilhação e constrangimentos[17].

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

Trata-se daquilo que Francisco Muñoz Conde caracteriza como uma redução do Estado Social e um aumento do Estado Policial, penal e penitenciário[18]. No caso dos adolescentes, predomina forte resistência em reconhecer que as chamadas medidas socioeducativas são em verdade sanções jurídico-penais; é dizer, são penas.

Consequentemente, a delimitação da natureza e da finalidade da medida socioeducativa, o conceito de ato infracional e as discussões sobre imputabilidade, culpabilidade e menoridade penal situam-se como os elementos basilares para esboçar a teoria que se pretende. Partindo do pressuposto que a medida socioeducativa tem natureza penal, uma vez que representa o exercício do poder coercitivo do Estado e implica necessariamente uma limitação ou restrição de direitos ou de liberdade, de uma perspectiva estrutural qualitativa, não difere das penas. Isso porque cumpre o mesmo papel da pena no controle social formalizado, possuindo finalidades e conteúdo similares.

Destaque-se que a medida socioeducativa, assim como a pena o é, deveria condicionar-se ao princípio da legalidade, haja vista que o Estatuto da Criança e do Adolescente utilizou como técnica a *tipificação delegada*, ou seja, a aplicação dos tipos penais de adultos para definir as infrações do sistema de justiça juvenil.

Desse modo, reforça-se o entendimento da medida socioeducativa como espécie de sanção penal, uma vez que representa a resposta do Estado diante de um ato infracional[19] praticado por adolescentes e revela a mesma seleção das condutas antijurídicas que se exerce para a imposição de uma pena.

Perante o exposto, evidencia-se que as medidas socioeducativas e sua execução não se dissociam, portanto, da política criminal. E revestem-se de uma feição extremamente importante, pois constituem o sistema formalizado de controle penal sobre a adolescência[20], subsistema do sistema penal.

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

Ou seja, se a legalidade é pressuposto necessário para a aplicação de uma pena segundo a fórmula clássica *Nulla poena el nullum crimen sine lege*, também o é para a imposição de uma medida socioeducativa[21].

O catálogo de fatos puníveis aos adolescentes nunca poderá ser mais amplo que o dos adultos, mas sim se recomenda que seja mais restrito. As razões para postular essa descriminalização primária para adolescentes decorrem de sua situação particular diante do Estado e suas normas. Essa é a posição decorrente de uma *Teoria do Sujeito Responsável* formulada por Bustos Ramirez e Hormazábal Malarée, que concebe a discussão de responsabilidade com relação a uma pessoa determinada em um marco social concreto.

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

Consequentemente, o Estado somente pode exigir responsabilidade pelo comportamento antinormativo se disponibilizou todos os elementos necessários para que a resposta fosse conforme a norma. Esclarecem ainda os autores, que

todas as garantias próprias do direito penal de adultos devem ser asseguradas ao adolescente e, de acordo com o princípio do interesse superior da criança ou adolescente e o dever de proteção do Estado, tais garantias devem ser ainda superiores, de forma a impedir qualquer prejuízo ao seu desenvolvimento e formação[22]. Mas essa talvez seja uma discussão demasiado sofisticada para o nosso sistema que sequer se reconhece penal.

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

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

Como leciona Mary Beloff[23], a partir da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, os adolescentes são responsáveis pelos delitos que cometem de maneira específica. A responsabilidade é justamente o ponto de partida da abordagem que considera o jovem como sujeito de direito. É decorrência do direito a ser como é e também do direito a ser responsável pelo que faz. Sendo assim, no marco da Convenção, ser sujeito de direitos significa que crianças e adolescentes são titulares dos mesmos direitos de que gozam todas as pessoas e mais direitos específicos que decorrem da condição de pessoa que está crescendo, em desenvolvimento. Nem meia pessoa, nem pessoa incompleta, menos ainda incapaz; simplesmente se trata de uma pessoa que está em fase de intenso desenvolvimento, uma vez que as pessoas são pessoas completas em cada momento de seu crescimento.

Essa concepção coloca em xeque o conceito de inimputabilidade aplicado aos menores de idade, historicamente concebido como ausência de responsabilidade. Tomando o conceito de inimputabilidade do Código Penal Brasileiro e sua interpretação, permanece em termos doutrinários o critério biopsicológico que pode ser traduzido em desenvolvimento biológico (maturidade/imaturidade) e desenvolvimento psicológico (saúde mental). Para os menores de 18 anos, o art. 27 do Código Penal brasileiro declara a inimputabilidade, fundada exclusivamente na causa etária. Como ensina Alberto Silva Franco, o déficit de idade, por si só, faz da pessoa um inimputável[24].

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

Portanto, a discussão não se encerra em incorporar as garantias de direito penal de adultos aos adolescentes. Não se pretende que os Estados Nacionais reconheçam crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e então os tratem como adultos, e sim que os tratem como pessoas em desenvolvimento. O desafio, portanto, é maior e mais complexo; não basta aplicar o direito penal tradicional aos adolescentes; é preciso que o direito penal juvenil se consolide como tal e seja mais benigno que o direito penal^[25].

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

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

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

O primeiro passo nessa empreitada é reconhecer e compreender a configuração do Direito penal de adolescentes preconizado pelo Estatuto da

Criança e do Adolescente, em consonância com os princípios constitucionais e fundamentais do Estado Democrático de Direito.

1 O vocábulo “sistema” também é empregado por Tercio Ferraz Jr. para designar uma ordem complexa, dotada de estrutura interna e cujos elementos se diferenciam entre si, mas se unificam pelos objetivos comuns (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988).

2 A exemplo de Karl Larenz, cujo legado se traduz em reconhecer que a ideia de sistema consubstanciou na ciência jurídica uma herança da doutrina de Direito natural. Em suas palavras: “O Sistema significa aqui, portanto, muito mais do que mera clareza ou facilidade de domínio de uma certa matéria: significa a única maneira possível por que o espírito cognoscente consegue assegurar-se da verdade: o critério da racionalidade intrínseca, como exigência imprescindível da verdadeira cientificidade” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gublbekian, 1997, p. 21). E de Coing, que também teceu considerações sobre o sistema jurídico, compreendido como teoria quando equivalente a uma soma de princípios racionais. Aliás, para ele, a hipótese fundamental de toda Ciência é a de que uma estrutura racional, acessível ao pensamento, domine o mundo material e espiritual (COING apud CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gublbekian, 2008, p. 14).

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

4 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*, op. cit.

5 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, op. cit., passim.

6 A tradição tutelar aqui mencionada corresponde à consolidação da Etapa Tutelar do Direito penal juvenil, que se realizou a partir de uma profunda interferência das áreas da Medicina, da Psicologia e da Assistência na construção normativa dos Códigos de Menores e na construção do trinômio Periculosidade-Menoridade-Pobreza. Emilio Garcia Mendez, ao recuperar as atas do Primeiro Congresso Internacional de Menores, realizado em Paris em junho de 1911, esclarece-nos os objetivos e fundamentos que nortearam a criação das Justças de Menores, evidenciando seu matiz penal e repressivo e a fixação da categoria sociopenal do Menor para designar as crianças e adolescentes abandonados, pervertidos ou em perigo de sê-lo: “Hoje me sinto muito feliz de poder transmitir uma fé profunda ao futuro dos tribunais para crianças. Tenho a certeza de que em alguns anos todos os países civilizados os terão completamente organizados. Esses tribunais se transformarão, em todas as partes, em centros de ação para a luta contra a criminalidade juvenil. Não somente ajudando-os a recuperar a infância decaída, mas também a preservar a infância em perigo moral. Esses tribunais poderão transformar-se, além disso, em auxiliares da aplicação das leis escolares e das leis do trabalho. Em torno deles se agruparão as obras admiráveis da iniciativa privada, sem as quais a ação dos poderes públicos não pode ser eficaz. Ao mesmo tempo que mantêm a repressão indispensável, subministrarão uma justiça iluminada, apropriada aos que devem ser julgados. Serão, ao mesmo tempo, a melhor proteção da infância abandonada e culpável e a salvaguarda mais eficaz da sociedade”. Discurso proferido na sessão de abertura do Congresso, pelo deputado e membro da Academia Francesa, Paul Deschanel. A mentalidade dominante entendia que o “abandono moral e material constituía-se em um passo para a criminalidade”. Alerta-nos ainda, o autor, que, seguramente sob o manto da proteção, não foram

poucos os casos de simulações e acusações de crianças para que a ação protetora do Estado pudesse se realizar em seu benefício, em franca ocultação da realidade punitiva exercida sobre crianças e adolescentes. Caracterizada basicamente pelo despojamento de todas as garantias formais do processo penal em nome da proteção-repressão, a Etapa Tutelar promove, através da união do Direito com a Assistência Social, uma “Nova Justiça” e o saneamento moral da sociedade (GARCIA MENDEZ, Emilio. *Infância e cidadania na América Latina*. São Paulo: Hucitec/IAS, 1998).

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

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

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

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

11 Dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) na pesquisa *Mapeamento da situação das unidades de execução de medida socioeducativa de privação de liberdade ao adolescente em conflito com a lei* (2006) demonstraram que quanto aos quesitos escolaridade, ocupação e rendimento, a maior parte dos adolescentes privados de liberdade no Brasil não frequentava a escola quando praticou o delito (51%) e não trabalhava (49%), sendo que, entre os que trabalhavam, cerca de 40% exerciam ocupações no mercado

informal. Em relação ao grau de instrução, observou-se que 89% dos adolescentes internados não concluíram o ensino fundamental, apesar de se encontrarem em uma faixa etária (16 a 18 anos) equivalente à do ensino médio.

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

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

[14](#) LECHNER, Norbert. *Los patios interiores de la democracia: subjetividad y política*. 2. ed. México/DF: Fondo de Cultura Económica, 1995.

[15](#) Winfried Hassemer trabalha com a chamada Teoria do Bode Expiatório para demonstrar que, no que tange à ideia de reprovação presente nas sanções e disseminada no senso comum, a sociedade afetada pelo mal o projeta sobre a pessoa individual, e acaba por desejar que esta seja afastada ou expulsa. A identificação de um bode expiatório resulta, portanto, de um mecanismo psicossociológico diante do crime e da violência (SPOSATO, Karyna Batista. Culpa e castigo: modernas teorias da culpabilidade e limites ao poder de punir. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 56, set./out. 2005. São Paulo: RT).

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

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

[18](#) MUÑOZ CONDE, Francisco. As reformas da parte especial do direito penal espanhol em 2003: da tolerância zero ao direito penal do inimigo. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas – RECJ*. Disponível

em: <<http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp>>. Acesso em: 2 jan. 2005.

[19](#) Na letra do Estatuto da Criança e do Adolescente, precisamente no art. 103, descreve-se o ato infracional como toda conduta equivalente a crime ou contravenção penal.

[20](#) Se o Direito penal representa o sistema de controle social formalizado, tomando as lições de Zaffaroni, naquilo que é específico, o Direito penal juvenil representa o mesmo controle formalizado dirigido especialmente aos adolescentes.

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

[22](#) BUSTOS RAMIREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid: Trotta, 2004.

[23](#) BELOFF, Mary. Responsabilidad penal juvenil y derechos humanos. *Revista Justicia y Derechos del Niño*, Buenos Aires: UNICEF, n. 2, 2001.

[24](#) FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui (Coords.) *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 1, 6. ed. São Paulo: RT, 1997. v. 1, t. t.

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

1

Configuração do Direito Penal de Adolescentes no Brasil

Este capítulo procura descrever a construção normativa da responsabilidade penal do adolescente no Brasil, com base no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e a partir da democratização brasileira e da constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente.

1.1 A democratização brasileira e a Constituição Federal de 1988

Com a democratização e a posterior promulgação da Constituição Federal de 1988, tem início uma nova etapa do Direito penal de adolescentes[26], intitulada Garantista, em face de efetivas garantias que são incorporadas aos procedimentos de apuração da responsabilidade dos menores de idade, bem como à execução das medidas judiciais impostas.

Em primeiro lugar, é forçoso reconhecer que a Constituição brasileira de 1988 é uma das representantes do que se conhece por constitucionalismo dirigista ou de caráter social, iniciado com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919[27], com forte influência do modelo alemão do segundo pós-guerra, assim como da Constituição portuguesa, adotada depois da derrubada do regime salazarista, nos anos 1970.

Como toda Constituição social, estabelece obrigações positivas para o Estado na área social, buscando regulamentar as atividades econômicas, assim como configurando órgãos para a implementação de suas políticas públicas, que podem inclusive constituir agentes econômicos diretos[28].

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

Com a participação intensa da sociedade civil, jamais verificada antes na história do país, e também sob forte influência corporativa, a Constituição de

1988 se configurou num compromisso entre os diversos setores articulados que detinham, naquele momento, parcelas de poder.

Pode-se ver, como adverte Oscar Vilhena Vieira, um compromisso maximizador, através do qual distintos setores lograram alcançar a constitucionalização de seus interesses substantivos. Consequentemente, efeitos colaterais são produzidos por essa intensa constitucionalização; dentre eles, o próprio envelhecimento precoce do texto constitucional[29]. Se de um lado é garantida a rigidez e, portanto, também a perenidade a uma infinidade de assuntos e temas, de outro, quando as circunstâncias se modificam e é quase inevitável não pensar numa mudança na Constituição.

Em outro sentido, pondera Luís Roberto Barroso que, a despeito da compulsão reformadora, a Constituição brasileira vem consolidando um verdadeiro sentimento constitucional e absorvendo graves crises políticas dentro do quadro de legalidade constitucional, talvez no campo dos direitos da infância e juventude esta visão seja a que mais se aproxima do cenário atual[30].

Fato é que a Constituição Federal de 1988 inaugura um novo paradigma, de dupla dimensão: comprometimento com a efetividade de suas normas; e desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional[31]. Em outras palavras, tal paradigma permite reconhecer sua força normativa, o caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, superando a concepção anterior de ser a Constituição apenas um conjunto de aspirações políticas e uma convocação à atuação dos Poderes Públicos.

Como ensina Luís Roberto Barroso, essas transformações alteraram significativamente a posição da Constituição na ordem jurídica brasileira. Um dos efeitos mais visíveis foi a perda de preeminência do Código Civil mesmo no âmbito das relações privadas, em que se formaram diversos microssistemas (consumidor, criança e adolescente, locações, direito de família)[32]. E assim como sucedeu na Alemanha, após a Segunda Guerra, a Lei Fundamental brasileira passou ao centro do sistema jurídico.

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

Esse fenômeno de ler e apreender toda a ordem jurídica através da lente da Constituição foi denominado por Gomes Canotilho como *filtragem*

constitucional, na medida em que todos os institutos, inclusive do direito infraconstitucional, são reinterpretados pela ótica constitucional com o objetivo de consagrar os valores enunciados na Constituição[33]. E ainda que o constitucionalismo, por si só, não seja capaz de sanar todos os problemas sociais, não se pode negar sua importante contribuição.

A Constituição Federal de 1988 traduz para a realidade brasileira a ideia de neoconstitucionalismo[34] e de constitucionalização de distintos ramos infraconstitucionais do Direito. Daí ser considerada uma Constituição material[35], que funciona como limite ou garantia e ao mesmo tempo como norma diretiva fundamental[36]. Evidentemente, a constitucionalização não é absoluta, mas comporta diferentes graus ou estágios de implementação, e pode-se adotar como chave de leitura a premissa do *constitucionalismo dos direitos*, a partir da consideração de que os direitos e liberdades fundamentais vinculam todos os poderes públicos e originam direitos e obrigações, não se resumindo a meros princípios programáticos.

Assim sendo, princípios, diretrizes e valores que se fazem presentes no texto constitucional de 1988 revelam essa perspectiva. Nas palavras de Luis Prieto Sanchís, não há problema jurídico que não possa ser constitucionalizado, e isso significa que devemos descartar a existência de um mundo político separado da ou imune à influência constitucional[37].

O art. 5º da CF/1988, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, demonstra inequivocamente a constitucionalização de diversos ramos infraconstitucionais, com especial importância aos efeitos limitadores produzidos no *ius puniendi* do Estado[38], pois, se de um lado a Constituição Federal é a primeira manifestação legal da política penal de um Estado, de outro é ela que confere maior racionalidade ao sistema.[39]

Nas palavras de Raúl Zafaronni, o estatuto político do Estado é a primeira manifestação legal da política penal. E não são poucas as abordagens que revelam a inegável relação entre a Constituição, o poder punitivo e o Direito penal. Pelo menos quatro formas de diálogo entre a Constituição e o Direito Penal podem ser por ora explicitadas: a Constituição como estrutura fundante do Direito Penal e do poder punitivo, a Constituição como fonte do Direito Penal, a Constituição como filtro do Direito Penal e, por fim, a Constituição como fator de evolução para a ciência penal[40].

Na primeira perspectiva, da Constituição como estrutura fundante, destaca-se o posicionamento do penalista italiano Nuvolone[41], segundo o qual as

Constituições, a exemplo da Constituição italiana, contêm princípios fundamentais de caráter penal, além do fato de que sua articulação no tocante aos direitos de liberdade reflete necessariamente na lei penal. Para ele, é possível identificar normas da Constituição que dizem respeito à formulação do preceito primário do ponto de vista objetivo e subjetivo; e normas referentes aos preceitos secundários e, portanto, pertinentes à matéria das sanções.

Como fonte do Direito Penal, a Constituição é considerada o primeiro e privilegiado terreno de nascimento e de desenvolvimento da atenção aos princípios constitucionais informadores do Direito Penal, sobretudo por que, em matéria penal, a lei assume um significado maior do que em qualquer outro ramo jurídico; de outra parte, não é exagero dizer que o Direito Penal funda-se na Constituição, pois suas normas ou são formalmente constitucionais ou são autorizadas ou delegadas por outras normas constitucionais. Destaque-se que a atual configuração do Direito penal de adolescentes tem como fonte a norma constitucional que define a idade de imputabilidade penal plena e autoriza aos menores de idade a aplicação das regras da legislação especial, no caso específico, o Estatuto da Criança e do Adolescente[42].

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

Em síntese, como também leciona Maurício Antônio Ribeiro Lopes, há uma autêntica formatação do Direito Penal pela Constituição e sua força normativa, de forma a impedir que o Direito Penal seja legislado com a mesma flexibilidade com que se legisla ordinariamente sobre outras matérias infraconstitucionais[43].

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

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

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à

profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

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

O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

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

II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III – garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;

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

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

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

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

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

Como já assinalado, a constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil é operada pela Carta Constitucional de 1988, que adota de forma clara e taxativa um sistema especial de proteção aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Esse sistema tem sua raiz na conformação dos direitos elencados nos arts. 227 e 228 da CF/1988 como direitos humanos e, conseqüentemente, como manifestações da própria dignidade humana, que é o fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro[44].

De fato, a mudança de paradigma e a introdução de um novo Direito da Criança e do Adolescente no ordenamento brasileiro encontram suas origens na ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança em 1989[45], na Campanha Criança e Constituinte e logo na entrada em vigor da própria Constituição. Esse processo de alteração jurídica e social possui um enorme

significado, o qual Emilio Garcia Mendez definiu como a conjunção de três coordenadas fundamentais: infância, lei e democracia[46].

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

O primeiro, já externado por Luigi Ferrajoli, de que não só a democracia garante a luta pelos direitos, mas também, e fundamentalmente, a luta pelos direitos garante a democracia[47]; o segundo, a capacidade de o Direito influenciar a política social, a partir da relação entre a condição jurídica e a condição material da infância; e, por último, mas não menos importante, a descoberta empírica de que os problemas da infância são problemas da democracia[48].

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

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

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

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

adolescentes, que, possuindo o mesmo *status* jurídico, gozam da mesma gama de direitos fundamentais, independentemente da posição que ocupam na sociedade[49].

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

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

Aquilo que é particular de crianças e adolescentes encontra-se descrito no § 3º do art. 227 da CF/1988[50], já detalhado neste item. Para Martha de Toledo Machado, estes direitos especiais configuram direitos da personalidade infanto-juvenil.

Já no tocante ao tratamento repressivo a condutas antissociais ou ilícitas de menores de 18 (dezoito) anos de idade, a norma constitucional, portanto, reforçou o dispositivo do art. 27 do CP/1940 adotando a presunção absoluta de inimputabilidade aos menores de 18 anos. O direito à inimputabilidade penal e os direitos à excepcionalidade e brevidade na privação de liberdade são direitos individuais e, como tais, considerados cláusulas pétreas da Constituição[51].

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

Não por acaso, dois anos após a Constituição, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 13-7-1990, entra em vigor instrumentalizando os mandamentos constitucionais da prioridade absoluta por meio do que se convencionou chamar de “Doutrina Jurídica da Proteção Integral”, que por sua

vez, corresponde a uma síntese do pensamento do legislador constituinte a partir de garantias substanciais e processuais destinadas a assegurar os direitos consagrados.

É inegável, desse modo, a relação intrincada entre a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Contemporâneos ao consenso na comunidade das nações acerca da necessária proteção especial às crianças e adolescentes, ambos caracterizam-se pelo forte teor programático de suas disposições[52].

Assim sendo, as disposições da Lei n. 8.069/90 demonstram com clareza a influência dos princípios fixados pela Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, que de modo uníssono traduzem a afirmação histórica dos direitos humanos. No caso de crianças e adolescentes, o reconhecimento da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento é uma decorrência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana.

O processo de constitucionalização da normativa da criança e do adolescente operou substantivas transformações, a começar pela superação da categoria de minoridade, como desqualificação e inferiorização de crianças e jovens, agora em condições de igualdade perante a lei, e a incorporação do devido processo legal e dos princípios constitucionais como norteadores das ações dirigidas à infância e, ao mesmo tempo, limites objetivos ao poder punitivo sobre adolescentes autores de infração penal.

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

A proteção integral deve ser concebida como a doutrina jurídica que sustenta todo atual Direito brasileiro da Criança e do Adolescente. Seu significado está em reconhecer que todos os dispositivos legais e normativos têm por finalidade proteger integralmente as crianças e os adolescentes em suas necessidades específicas, decorrentes da idade, de seu desenvolvimento e de circunstâncias materiais. A proteção integral, no entanto, deve se materializar por meio de políticas universais, políticas de proteção ou políticas socioeducativas[53], conforme a necessidade. Trata-se de um princípio norteador que deve obter implementação concreta na vida das crianças e dos adolescentes sem qualquer distinção.

Como argumenta Martha de Toledo Machado, muito embora a tendência majoritária da doutrina seja identificar apenas três grandes princípios – quais

sejam, a proteção integral, o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e a prioridade absoluta –, parece emergirem do processo de constitucionalização do Direito da Criança, cinco princípios gerais: a) princípio da proteção integral; b) princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento; c) princípio da igualdade de crianças e adolescentes; d) princípio da prioridade absoluta; e e) princípio da participação popular na defesa dos direitos de crianças e adolescentes[54].

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

Resta incontestado que todo o processo de constitucionalização da matéria revogou a arcaica concepção tutelar do menor em situação irregular, estabelecendo que a criança e o adolescente são sujeitos de direitos, e não mais objetos da norma, remodelando, conseqüentemente, a Justiça da Infância e da Juventude[55] e abandonando o conceito de menoridade como subcategoria da cidadania.

A substituição do Código de Menores de 1979 pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, consolidou uma verdadeira revolução paradigmática, uma revolução cultural, considerando que as piores atrocidades contra a criança foram cometidas numa época em que, em nome do “amor”, reinavam os ideais de messianismo, de subjetivismo e de discricionariedade, conforme assinala Garcia Mendez: “Tratava-se (e trata-se ainda), sobretudo, de eliminar as ‘boas’ práticas ‘tutelares e compassivas’. (...) Tratava-se (e trata-se ainda) de substituir a má, porém também a ‘boa vontade, nada mais – mas também nada menos – pela justiça”[56].

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

Ora, o adolescente – pessoa entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade –, quando autor de conduta contrária à lei penal, deverá responder a um procedimento para apuração de ato infracional, sendo passível, se comprovadas a autoria e a materialidade do ato, de aplicação de uma medida socioeducativa

prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente. A criança (pessoa com até doze anos de idade incompletos), ao praticar ato contrário à lei penal ficará sujeita à aplicação de uma medida protetiva, também prevista no referido Estatuto, e conforme a necessidade, porém sem sua submissão a processo de apuração de responsabilidade.

Alguns autores, a exemplo de Martha de Toledo de Machado, advertem que prevalece uma boa dose de ambiguidade em razão da redação dos arts. 105 e 112 do Estatuto, uma vez que se autoriza a imposição de medida de proteção à criança que praticar crime, atribuindo subliminarmente um caráter sancionatório a essa classe de medidas em franco desvirtuamento de sua natureza. Por outro lado, quando o art. 112 refere que medidas de proteção podem ser aplicadas em decorrência da prática de atos infracionais por adolescente, reforça-se ainda mais a confusão conceitual[57]. Acrescenta ainda a autora:

A interpretação desvirtuada do art. 112, que leva a concluir que as medidas socioeducativas teriam caráter protetivo, a qual, também com bastante frequência, tem levado à limitação de incidência do contraditório e da ampla defesa. Ou ainda à aplicação de medidas socioeducativas em hipótese em que elas não seriam necessárias, sob o ângulo do interesse social pela paz pública, com prejuízos às cláusulas da inimizabilidade penal garantista, da excepcionalidade e brevidade na privação de liberdade[58].

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

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

Por essa razão, diz-se Garantista a etapa inaugurada com a adoção do Estatuto da Criança e do Adolescente que, nas palavras de Emilio Garcia Mendez, tem uma dupla caracterização[59]: respeito rigoroso pelo império da lei, próprio das democracias constitucionais baseadas na perspectiva de direitos humanos hoje normativamente estabelecidos, e a existência de mecanismos e instituições idôneas e eficazes para a realização efetiva dos direitos consagrados.

Para Luigi Ferrajoli, o Estado Constitucional de Direito é um novo modelo de

direito e de democracia[60], e, por isso, o garantismo, define o autor, é a outra cara do constitucionalismo, na medida em que lhe correspondem a elaboração e a implementação das técnicas de garantia idôneas para assegurar o máximo grau de efetividade dos direitos constitucionalmente reconhecidos. Além disso, sua concepção do paradigma democrático conduz à garantia de todos os direitos, não somente os direitos de liberdade, mas também os direitos sociais. Garantia que se estabelece também diante de todos os poderes, não só dos poderes públicos, mas também dos poderes privados, e em terceiro lugar, garantia em todos os níveis, doméstico e internacional[61].

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

Em seguida, merece menção o art. 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que reproduz a norma constitucional da inimputabilidade e as disposições do art. 26 do Código Penal: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei”. E o parágrafo único assinala ainda que, para os efeitos da lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.

Observa-se, portanto, que da combinação das disposições retrocitadas decorre a delimitação da responsabilidade penal juvenil fixada aos 12 (doze) anos – idade de início – e compreendida na faixa etária de 12 (doze) a 18 (dezoito) anos, destacando-se ainda que será a idade do agente no momento do cometimento do ato aquela considerada para fins de responsabilidade penal.

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

1.2.1 O conceito de ato infracional

Em face do princípio da legalidade, a definição de ato infracional, ao remeter-se à conduta descrita como crime, está diretamente relacionada à atribuição da pena pelo direito penal comum[62]. Resulta claro e evidente que a existência do ato infracional restringe-se às hipóteses legais aptas a sancionar o adulto[63].

Adotou-se, portanto, técnica de tipificação delegada, pois tudo o que é considerado crime para o adulto também é em igual medida considerado para o adolescente. Ao adolescente, contudo, imputa-se a mesma responsabilidade em face do crime ou da contravenção penal[64], em que pesem as diferenças substantivas entre essas duas espécies de delito.

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

Resulta que o ato infracional somente existe se houver figura típica que o preveja. O ambíguo desvio de conduta, que no Código de Menores sustentava-se sob a égide do art. 2º, não é mais suficiente para legitimar o exercício do poder punitivo sobre adolescentes. Conforme sublinha Saraiva, exclui-se, no modelo de responsabilidade atual, a ideia do ambíguo “desvio de conduta”; vazio de conteúdo típico[65], a imposição de uma medida socioeducativa somente é admitida, portanto, se a conduta atribuída ao adolescente corresponder a uma das condutas típicas extraídas do ordenamento penal positivo.

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

O conceito de tipo, do qual deriva a tipicidade, foi introduzido por Belling na dogmática penal[66] apresentando pelo menos três abordagens: a) o tipo como descrição do comportamento proibido, integrado por todas as suas características – subjetivas, objetivas, descritivas e normativas; b) o tipo de injusto como descrição da lesão do bem jurídico, compreendendo os fundamentos positivos da tipicidade (descrição do comportamento proibido) e os fundamentos negativos da antijuridicidade (ausência de causas de justificação); e c) o tipo de garantia (tipo em sentido amplo) vinculado à realização da função político-criminal atribuída ao princípio da legalidade, compreendendo todos os pressupostos da

punibilidade: além dos caracteres do tipo de injusto (tipicidade e antijuridicidade), também os caracteres da culpabilidade como fundamentos de reprovação do autor pela realização do tipo de injusto.

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

Portanto, a conduta do adolescente configura ato infracional quando possui tipicidade[67]. Sendo a tipicidade corolário do princípio da legalidade, Cézaro Roberto Bittencourt, em seu Tratado de Direito Penal[68], reforça ainda que o tipo exerce função limitadora e individualizadora de condutas humanas penalmente relevantes. É a relevância penal decorrente da previsão típica do ato infracional que autoriza a imposição de uma medida socioeducativa como resposta quando haveria a pena criminal para o adulto.

Consequentemente, o adolescente, segundo as regras do Estatuto e da Constituição, jamais poderá ser destinatário de uma medida socioeducativa quando seu agir se fizer insuscetível de reprovação estatal[69]. Aliás, é pacífico o entendimento na doutrina estrangeira de que o adolescente não pode ser punido em situação na qual o adulto não seria, acrescentando-se ainda que, mesmo quando autorizada a reprovação, não pode o adolescente ser punido mais severamente do que o adulto em idêntica situação delitiva. Aflora, portanto, que todas as causas de exculpação, bem como todas as causas de extinção da punibilidade, devem ser observadas quando da prática da infração por um adolescente, tema este que será melhor e mais profundamente analisado no decorrer deste trabalho.

No tocante à antijuridicidade da conduta praticada como elemento que permite vincular a ação do sujeito ao desrespeito da ordem jurídica, é imperioso considerar que para o ato infracional será também a antijuridicidade a marca distintiva de demonstração da relevância penal ou infracional, pois ainda que nem toda conduta antijurídica seja delito, todo delito contém antijuridicidade, na medida em que representa uma quebra à ordem jurídica e ao direito positivo.

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

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

e culpável[70] (punível/reprovável).

Adota-se de plano, neste trabalho, o contributo de Claus Roxin que considera perfeitamente admissível a culpabilidade do adolescente, inclusive admitindo o autor que os adolescentes sejam jurídico-penalmente responsáveis e, para tanto, distinguindo conceitualmente culpabilidade de responsabilidade[71].

Em não havendo tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade no que se refere à reprovabilidade da conduta praticada, não há que se falar em imposição de medida socioeducativa.

A culpabilidade[72], por sua vez, é o aspecto que estabelece a conexão necessária entre a ação e o sujeito. Os elementos que integram a culpabilidade, tais como a reprovabilidade da conduta e a consciência da ilicitude, são imprescindíveis para a existência do ato infracional. A verificação da culpabilidade é o que confere legitimidade à imposição de uma medida em prejuízo de outra, ou seja, a análise da culpa individual é o que permite a escolha da medida mais adequada ao caso concreto.

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

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

Conclui-se preliminarmente que o conceito de ato infracional parte, portanto, da mesma seleção de condutas tipificadas na definição de crime e contravenção penal, na medida em que tais figuras representam contrariedade à ordem jurídica em sentido amplo, afetando bens jurídicos determinados em sentido estrito.

Ademais, adstrito ao princípio da legalidade, o conceito de ato infracional exige que a imposição de medida socioeducativa seja fundamentada na prática de conduta típica, antijurídica e culpável.

1.2.2 Distinção entre medidas de proteção e medidas socioeducativas

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

Como já delineado, a partir da entrada em vigor do ECA, em 1990, a

legislação brasileira fixou a responsabilidade penal juvenil aos 12 (doze) anos. A criança, conforme leciona Amaral e Silva, estando abaixo dessa idade, fica isenta de responsabilidade, devendo ser encaminhada ao Conselho Tutelar e podendo ser submetida a medidas protetivas com intervenção administrativa no seio da família, submetendo-se pais e responsáveis a restrições e penas impostas pela Justiça, a depender do caso[73].

As medidas de proteção estão reguladas pelo art. 98 do ECA:

As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I. Por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II. Por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III. Em razão de sua conduta.

Na opinião de Edson Seda[74], nesse dispositivo encontra-se o coração do Estatuto, pois tal artigo rompe com a doutrina da situação irregular, ao definir com precisão em que condições são exigíveis as medidas de proteção[75], identificando-se com clareza a responsabilidade da família, do poder público e da sociedade de modo geral. Ou seja, situações de risco pessoal ou social não recaem mais sobre crianças e adolescentes, mas incumbem aos familiares e às autoridades públicas na prestação de obrigações positivas que garantam seus direitos reconhecidos.

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

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

Assoma-se que a separação entre crianças e adolescentes e a fixação da responsabilidade penal juvenil, iniciando-se aos 12 (doze) anos no ordenamento jurídico brasileiro, favorecem a necessária distinção entre proteção e socioeducação[76].

As medidas socioeducativas descritas no art. 112 distinguem-se das demais em face de seu caráter penal sancionatório. Sua condição de existência não está no adolescente e em suposta situação vivenciada por ele, mas na prática anterior

de ato definido como crime ou contravenção penal; sendo este seu pressuposto de existência.

Conforme enfatiza Maria Carmen Gómez Rivero, os pressupostos da intervenção penal, de um lado, e, de outro, as consequências que decorrem do delito representam os dois extremos que marcam o princípio e o fim de um figurado trajeto com o qual se pode simbolizar a presença do Direito penal. Com o primeiro se marca seu ponto de partida; com o segundo, a forma como se concretiza a intervenção penal. São as linhas que traçam o *se* e o *como* da resposta penal diante do delito cometido por adolescente[77].

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

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

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

Com relação à intensidade e à extensão das consequências previstas ante a prática da infração penal, deve-se observar que a chamada medida socioeducativa tem evidente natureza penal, representa o exercício do poder coercitivo do Estado, implicando necessariamente uma limitação ou restrição de direitos ou de liberdade. De uma perspectiva estrutural qualitativa, não difere das penas, pois cumpre igualmente o mesmo papel de controle social que elas, possuindo iguais finalidades[78] e idêntico conteúdo.

É o que se confirma na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, ao referir expressamente as finalidades de repressão e prevenção ao crime[79]; ou seja, as finalidades preventiva geral e especial se apresentam na medida socioeducativa, uma vez que levam em conta o delito cometido e

fundamentam-se na responsabilidade ética do delinquente. Com todas as características de coerção penal, as medidas socioeducativas procuram evitar a prática de novos atos infracionais por adolescentes e, sobretudo, diminuir a vulnerabilidade do adolescente ao sistema de controle penal, por meio da oferta de um conjunto de serviços e políticas sociais[80].

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

No caso dos adolescentes, diferentemente dos adultos, o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento impõe que a prevenção especial das medidas se realize por intermédio de projetos educativos e pedagógicos, em atendimento às necessidades pessoais e ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários de cada jovem[81]. Dessa forma, a medida socioeducativa é espécie de sanção penal, visto que representa a resposta do Estado diante do cometimento de um ato infracional, praticado por adolescente, e revela a mesma seleção de condutas antijurídicas que se exerce para a imposição de uma pena[82].

A prevenção especial, delimitada pelo princípio de condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, tem por objetivo evitar a reincidência e, com efeito, impedir a vulnerabilidade dos adolescentes ao sistema de controle social e à marginalização.

Poder-se-ia afirmar, também, que, para o alcance de tais objetivos, a medida socioeducativa lança mão de um conteúdo estratégico correspondente à educação[83]. Tal afirmação permite concluir que o Direito penal juvenil do Estatuto da Criança e do Adolescente encontra-se em sintonia inequívoca com os preceitos que o Estado Social e Democrático de Direito impõe ao Direito Penal. Em primeiro lugar, pela atribuição à pena da função de prevenção de delitos. Em segundo, pela rejeição explícita às exigências ético-jurídicas de retribuição ao mal causado. E, por fim, pela limitação à incidência do Direito Penal estritamente aos casos de necessária proteção dos cidadãos[84].

Tais características do Direito penal juvenil traduzem as disposições e princípios que compõem as Regras de Beijing[85]. O item 17.1 é definido como o rol de princípios norteadores do funcionamento do Sistema de Justiça Juvenil para os Estados no âmbito das Nações Unidas:

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

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

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

1.3 Conclusões preliminares

Ainda que muitos outros aspectos da normativa da Criança e do Adolescente tenham passado à margem desta introdução, para o objetivo deste estudo, qual seja a delimitação de elementos para uma Teoria da Responsabilidade Penal de adolescentes à luz do ordenamento jurídico brasileiro, em especial do Estatuto da Criança e do Adolescente, já é possível indicar as principais alterações ocasionadas pela superação das legislações menoristas, que, dado seu viés tutelar e discricionário, impediam qualquer possibilidade de conceber os adolescentes como sujeitos de um devido processo legal e passíveis de responsabilidade.

A superação da categoria de Menoridade, como desqualificação e inferiorização de crianças e jovens, agora em condições de igualdade perante a lei, a incorporação do devido processo legal e dos princípios constitucionais como limites objetivos ao poder punitivo sobre jovens e o caráter predominantemente educativo das sanções aplicáveis denotam que o Estatuto da Criança e do Adolescente transladou as garantias do Direito Penal ao terreno do Direito penal juvenil ou de adolescentes^[86], favorecendo, dada sua essência, invocar e construir as bases de um Direito penal juvenil mínimo.

Em outras oportunidades, já defendi que o primeiro passo para a configuração de um Direito penal juvenil mínimo^[87] e, portanto, em consonância com os princípios constitucionais e fundamentais do Estado Democrático de Direito está

no reconhecimento de que os adolescentes, compreendidos entre a faixa etária de 12 a 18 anos são responsáveis ante o cometimento de qualquer conduta equiparada a crime ou contravenção penal.

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

²⁶ Para um aprofundamento histórico acerca do tratamento penal dispensado aos menores de 18 anos no Direito Brasileiro, desde o Brasil colônia até a legislação atual, ver THOMPSON, Augusto F. G. *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro*. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1982; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: RT, 2008; PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru: Jalovi, 1980; PINHO, Ruy Rebello. *História do direito penal brasileiro – período colonial*. São Paulo: Edusp, 1973; MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal da emoção – a inimizabilidade do menor*. São Paulo: RT, 1992; GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2002; PASSETTI, Edson. Crianças carentes e políticas públicas. In: DEL PRIORI, Mary (Org.). *História das crianças no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2000; RIZZINI, Irene. *O século perdido – raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Universitária Santa Úrsula/Amais, 1997; GARCIA MENDEZ, Emilio. Breve histórico dos direitos da criança e do adolescente. In: FIGUEIROA, Ana Cláudia (Coord.). *Da situação irregular às garantias processuais da criança e do adolescente*. São Paulo: CBIA/Cedeca-ABC, 1994; GOMIDE, Paula. *Menor infrator a caminho de um novo tempo*. Curitiba: Juruá, 1990; e SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*. São Paulo: RT, 2006.

²⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A globalização e o direito – realinhamento constitucional*, 2006. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/oscarvilhena/vilhena_unidir.htm>. Acesso em: 10 fev. 2011.

²⁸ Conforme define a maioria dos autores, a gênese do Constitucionalismo Social pode ser aferida nos movimentos sociais das revoluções mexicana de 1910 e russa de 1917 e se constitui paulatinamente como uma postura diferenciada do Estado em face dos indivíduos, pelo princípio da não neutralidade e da intervenção no domínio econômico em ordem à consecução de uma sociedade menos desigual (SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006).

²⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A globalização e o direito – realinhamento constitucional*, op. cit.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3208>>. Acesso em: 11 maio 2011a.

³¹ Sobre os temas, ver BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; e BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2001b.

³² BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, op. cit., 2002.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

³⁴ A compreensão do neoconstitucionalismo como um modelo de Estado de Direito nos conduz a reconhecer três paradigmas ao longo da história constitucional: (a) o Direito Pré-moderno, (b) o Estado Legislativo de Direito e (c) o Estado Constitucional de Direito. Como esclarece Ferrajoli, o Estado de Direito nasce com a forma do Estado Legislativo de Direito, com a afirmação do princípio da legalidade como critério exclusivo de identificação do Direito válido e até mesmo existente, independentemente de sua valoração como justo. Nesse cenário, a experiência deixa de ser jurisprudencial e se submete à lei e ao princípio da legalidade como únicas fontes de legitimação. Portanto, mais voltada à forma que ao conteúdo. Uma segunda mudança se processa com a subordinação da legalidade a Constituições rígidas através de uma específica jurisdição de legitimidade. A possível divergência entre Constituição e legislação confere um papel não só exclusivamente explicativo como também crítico e projetivo em relação a seu próprio objeto. Paralelamente se altera o papel da jurisdição com a subordinação de lei aos princípios constitucionais, o que equivale a introduzir uma dimensão substancial não só nas condições de validade das normas como também na natureza da democracia. Importa reconhecer ainda que ambos os modelos – Estado Legislativo de Direito e Estado Constitucional – passam por uma crise que afeta o princípio da

legalidade e tem por gênese, por exemplo, a inflação legislativa e a disfunção da linguagem legal, resultado de uma política que degradou a legislação à administração e dilapidou a distinção entre ambas as funções, tanto no terreno das fontes como dos conteúdos. Um segundo aspecto a ser observado se relaciona com a confusão de fontes normativas e com a incerteza em torno das competências, sobretudo pelo desenvolvimento de um Direito comunitário jurisprudencial incerto, pela regressão ao pluralismo e à superposição dos ordenamentos que foram próprios do Direito Pré-moderno. Expressões como princípio da legalidade e reserva de lei têm, nesse novo contexto, cada vez menos sentido. Além disso, o processo de integração mundial que chamamos de globalização pode ser visto como um vazio de Direito público produzido da ausência de limites, regras e controle diante da força, tanto dos Estados, com maior potencial militar, como dos grandes poderes econômicos privados. De acordo com Gerardo Pisarello, há uma distinção analítica importante entre os conceitos de “mundialização” e “globalização”. Poder-se-ia inclusive, segundo ele, falar de mundialização e mundializações, no plural, para designar os progressivos e complexos processos de internacionalização de forças sociais e produtivas que operam, não sem contradições e com distinta intensidade, no capitalismo. O conceito de globalização, diferentemente, deveria ser utilizado apenas como ideologia destinada a justificar a extensão do capital a distintos âmbitos geográficos sob as regras e o interesse de poderes privados e, portanto, sem regulações públicas democráticas. Como vimos, o chamado neoconstitucionalismo pretende se caracterizar, entre outros aspectos, essencialmente pela incorporação de valores e orientações políticas no ordenamento, especialmente, no que toca à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais

[35](#) Muitos autores, na esteira dos ensinamentos de Ricardo Guastini, denominam Constituição material o conjunto de princípios imutáveis nas Constituições rígidas.

[36](#) FIORAVATI, M., 2003 apud SANCHÍS, Luis Prieto, 2007. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

[37](#) SANCHÍS, Luis Prieto. *El constitucionalismo de los derechos*, op. cit.

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

[39](#) SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: RT, 2002.

[40](#) Como muito bem aponta Maurício Antônio Ribeiro Lopes, há quase uma coincidência histórica entre os marcos das modernas ciências penal e constitucional: a herança iluminista, frutos que são de um movimento racionalista e libertador. Por outro lado, é curioso, conforme assinala o autor, que a maior parte das Constituições recentemente promulgadas transmita visões neoliberais e sustente um discurso de lei e ordem que, ao incentivar iniciativas criminalizadoras, contrasta com o garantismo iluminista (LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Teoria constitucional do direito penal*. São Paulo: RT, 2000).

[41](#) NUVOLONE, Pietro. *O sistema do direito penal*. Tradução Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: RT, 1981, p. 38.

[42](#) “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”, conforme o art. 228 da CF/1988.

[43](#) RIBEIRO LOPES, Maurício Antônio. *Teoria constitucional do direito penal*, op. cit., p. 31.

[44](#) MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri: Manole, 2003.

[45](#) A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança é fruto de dez anos de trabalhos da Assembleia

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

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

[47](#) FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001.

[48](#) SPOSATO, Karyna Batista, *O direito penal juvenil*, op. cit., p. 55.

[49](#) MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*, op. cit.

[50](#) “§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I – idade mínima de catorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III – garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola; IV – garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V – obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade; VI – estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII – programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.”

[51](#) O tema da natureza de cláusula pétrea da idade penal juvenil fixada na Constituição Federal de 1988 será objeto de análise pormenorizada em seção subsequente deste trabalho.

[52](#) SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*, 2006, op. cit., p. 58.

[53](#) A construção didática do Sistema de Garantias da Infância e Adolescência elaborada pelo juiz Leoberto Narciso Brancher é elucidativa. As políticas públicas destinadas à infância e adolescência podem ser agrupadas em três segmentos distintos: (a) políticas básicas (art. 4º, ECA): saúde, alimentação, habitação, educação, esporte, lazer, profissionalização e cultura; (b) políticas de proteção especial (arts. 23, parágrafo único, 34, 101 e 129, ECA): orientação, apoio e acompanhamento temporários, regresso escolar, apoio sociofamiliar/manutenção de vínculo, necessidades especiais de saúde, atendimento a vítimas de maus-tratos, tratamento da drogadição, renda mínima familiar, guarda subsidiada e abrigo; e (c) políticas socioeducativas (arts. 112 e 129, ECA): prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida,

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

[54](#) MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*, op. cit., p. 411.

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

[56](#) GARCIA MENDEZ, Emilio. Evolución histórica del derecho de la infancia: Por que una historia de los derechos da la infancia? In: ILANUD/ABMP/SEDH/UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006, p. 17.

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

[58](#) MACHADO, Martha de Toledo. Sistema especial de proteção da liberdade do adolescente na Constituição Brasileira de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente. In: ILANUD/ABMP/SEDH/UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006, p. 115.

[59](#) GARCIA MENDEZ, Emilio. Evolución histórica del derecho de la infancia: por que una história de los

derechos da la infância? In: ILANUD/ABMP/SEDH/UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*, op. cit., p. 17.

[60](#) FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel. *Teoria del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

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

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

[63](#) SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*, op. cit., p. 89.

[64](#) As contravenções penais estão definidas no Decreto-lei n. 3.688, de 03 de outubro de 1941. Podem ser consideradas como uma espécie do gênero delito, ao lado do crime.

[65](#) SARAIVA, João Batista Costa. *Direito penal juvenil – adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002a, p. 33.

[66](#) Conforme descreve Cirino dos Santos em Direito penal – parte geral. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 105.

[67](#) A tipicidade é elemento estudado por muitos autores, sendo que na esteira das considerações de Figueiredo Dias, o tipo apresenta-se, antes de tudo, como tipo de garantia – também por vezes chamado, tipo legal de crime, isto é, o conjunto de elementos que a lei tem de referir para que se cumpra o conteúdo essencial do princípio *nulum crimen, nulla poena sine lege*. Trata-se de um conjunto de elementos que se distribuem pelas categorias da ilicitude, da culpa e da punibilidade (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal – Parte geral – t. I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. 1. ed. brasileira/2. ed. portuguesa. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 284).

[68](#) BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

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

[71](#) ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general*. Madrid: Civitas, 2003, t. I: Fundamentos. La estructura de la teoria del delito, p. 847 e ss.

[72](#) A discussão da culpabilidade aplicada ao Direito penal juvenil será objeto de aprofundamento no Capítulo 5 deste trabalho.

[73](#) AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. O Estatuto da Criança e do Adolescente e sistema de responsabilidade penal juvenil ou o mito da inimputabilidade penal. In: ILANUD/ABMP/SEDH/UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006, p. 55.

[74](#) SEDA, Edson. *Das medidas de proteção*. In: CURY, Munir (Coord.) *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Comentários jurídicos e sociais. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 316.

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

[76](#) A política socioeducativa possui algumas peculiaridades que não podem ser desconsideradas. Destina-se ao indivíduo adolescente e corresponde ao conjunto de ações que, realizadas no âmbito do poder público, dirigem-se ao adolescente que tenha praticado um delito. Em síntese, as medidas socioeducativas e seus respectivos programas de execução (socioeducação) destinam-se a adolescentes que tenham infringido a lei, e não a todos os adolescentes. Por isso, a medida socioeducativa é a resposta sancionatória do Estado quando o autor de um delito é adolescente. Nesse sentido, ela representa uma sanção jurídico-penal, que cumpre, tal qual as penas, o papel de controle social, procurando evitar a prática de novos atos infracionais por adolescentes e, ao mesmo tempo, diminuir a vulnerabilidade do próprio adolescente, autor de ato infracional, ao sistema tradicional de controle. Busca-se alcançar tais objetivos por intermédio dos programas socioeducativos que, através da oferta de um conjunto de serviços e políticas sociais, devem favorecer alternativas de reinserção social (SPOSATO, Karyna Batista. *Passo a passo da municipalização – guia de orientações para a municipalização das medidas socioeducativas em meio aberto*. Documento Técnico. Brasília: UNICEF, 2007).

[77](#) GOMEZ RIVERO, Maria Carmen. Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor. In: *Revista Semanal Técnico-Jurídica de Derecho Penal. Actualidad Penal*, Madrid: La Ley n. 9, 2001, p. 163.

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

[79](#) Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal – Lei n. 7.209/84.

[80](#) As lições de Mir Puig reforçam nossa conclusão quanto à existência de um Direito penal juvenil: “No

Estado Democrático, o Direito Penal não deve somente defender-se da maioria dos delinquentes, mas também há de respeitar a dignidade do delinquente e buscar oferecer-lhe alternativas ao seu comportamento criminal” (MIR PUIG, Santiago. *funcion de la pena y teoria del delito en el estado social y democrático de derecho*. 2. ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1982, p. 34).

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

[82](#) Miguel Polaino Navarrete assevera que tal seleção de condutas antijurídicas demonstra o Direito como um resultado da Política. Em se tratando da tipificação de delitos, esta adquire o caráter de política criminal (Polaino Navarrete, Miguel. *El bien jurídico en el derecho penal*. Sevilla: Editorial Católica Española – Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974, p. 115).

[83](#) Frasseto, Flávio Américo. *Pela necessidade de uma doutrina do processo de execução de medidas socioeducativas*. Relatório do 19º Congresso Brasileiro de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude. Belém/Pará, 2001.

[84](#) Mir Puig, Santiago. *función de la pena y teoria del delito en el estado social y democrático de derecho*. 2. ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1982.

[85](#) Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça, da Infância e da Juventude (Regras de Beijing) 1985. Primeira parte – Princípios gerais; item 4-1. Responsabilidade penal.

[86](#) Confirma esta percepção a regra do art. 152 do ECA: “Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente”.

[87](#) Ver SPOSATO, Karyna Batista. Princípios e garantias para um direito penal juvenil mínimo. In: ILANUD/ABMP/SEDH/UNFPA (Orgs). *justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*, op. cit., p. 247.

Modelos de Responsabilidade Penal de Adolescentes e a Regulação da Justiça Penal de Menores de Idade no Brasil

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

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

2.1 Modelo punitivo ou etapa penal indiferenciada

A chamada **Etapa Penal Indiferenciada** do Direito penal juvenil, ou Modelo Punitivo ou Penitenciário, guarda correspondência com a Escola Clássica do Direito Penal. Como assinala Vasquez González, no direito espanhol, com base nos Códigos Penais retribucionistas do século XIX^[88], crianças eram consideradas como “adultos em miniatura” e, por isso, submetidas às mesmas regras que os adultos, sendo a única diferenciação a adoção de circunstâncias atenuantes na aplicação das penas.

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

Portanto, de modo geral os Códigos Penais do século XIX adotavam uma presunção *iure et de iure* de exclusão da responsabilidade criminal para uma primeira idade, fixada aos sete anos. Na Espanha[89], isso foi disciplinado pelo Código Penal de 1822, enquanto no Brasil, inicialmente, a regra já se encontrava nas Ordenações Filipinas e, posteriormente, foi objeto de regulamentação pelo Código Penal do Império de 1830.

Ao longo do século XIX, muitos autores se ocuparam em toda a Europa de esclarecer os critérios e as respectivas etapas de responsabilização de menores de idade. Os esforços resultaram na identificação de uma etapa de plena inimputabilidade equivalente à infância, e outra de inimputabilidade condicionada, cuja pedra angular foi o discernimento[90].

O discernimento, por sua vez, nunca teve uma definição válida e uniforme, apesar de muitos esforços doutrinários. Não por acaso, Alimena assinalava que “talvez não exista outra questão em Direito Penal em que seja maior a discordância de opiniões”[91]. Os distintos critérios, por exemplo, formulados por Jiménez de Asúa, de discernimento jurídico, moral, incluindo o social compreendido como conceito social de conteúdo educativo e considerando o entorno social do menor[92], na verdade, funcionavam conforme a conveniência de apreciação do Tribunal, ou seja, quando se acreditava que as penas poderiam ser úteis para os menores, a maior parte dos processos terminava com a declaração do discernimento, e, do mesmo modo, quando se assinalava a inutilidade das penas em razão dos efeitos prejudiciais da prisão, a maior parte dos processos terminava com a negação da existência do discernimento, como destacou o próprio Alimena[93].

Silva Sanchez ensina que nos Sistemas codificados, por exemplo nos códigos espanhóis do século XIX e mesmo no caso brasileiro, pode-se notar uma tripartição: a) impunidade total para o sujeito em idade inferior a nove anos; b) entre nove e quinze anos, um juízo individualizado de discernimento; c) e acima dos quinze anos, plena responsabilidade criminal, havendo atenuação da pena em razão da idade[94].

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

Com base no Código Penal do Império no Brasil, aos infratores na faixa de idade de 14 a 21 anos as penas eram atenuadas[95]. Já pelo Código Penal Republicano de 1890, os menores de 9 anos de idade eram considerados totalmente irresponsáveis. Na faixa de idade de 9 a 14 anos, exigia-se o estudo do discernimento. Entre 14 e 17 anos, o discernimento era sempre presumido, resultando em diminuição de 2/3 das penas previstas para os adultos. Entre 17 e 21 anos, as mesmas penas dos adultos eram aplicadas, porém com atenuantes.

Como se pode observar, portanto, os Códigos Penais de 1830 e 1890 representam, no ordenamento brasileiro, a Etapa Penal Indiferenciada, cujo objeto central foi a investigação do discernimento. Seus princípios informadores eram os mesmos da “Escola Clássica”, além da concepção do delito como ente jurídico[96]. Para esclarecer a base de legitimação do modelo punitivo, Andrés Ibáñez recupera o posicionamento de Bettiol sobre o delito como ente jurídico, uma vez que resulta da confrontação de um ato humano com a lei que previamente o havia proibido. Ou seja, “um fato já realizado pelo homem, não um pensamento ou um modo de ser”[97]. Por isso, a irrelevância de qualquer dado relativo à personalidade do agente, já que o direito buscava responder de forma proporcional à ofensa cometida, e não reformar ou reeducar o delinquente.

Silva Sanchez explica ainda que o modelo do discernimento parte de uma concepção retributiva da pena e se funda na ideia de culpabilidade como juízo de reprovação – como pressuposto essencial da pena, através de um conceito bilateral de culpabilidade: se não há culpabilidade, não se pode impor a pena, mas, sempre que haja culpabilidade, deverá a pena ser imposta[98]. A culpabilidade, por sua vez, traduz-se em um juízo de reprovação e possui dois elementos: a capacidade de conhecer o conteúdo do injusto, da antijuridicidade da própria conduta; e a capacidade de adequar a própria conduta a este conhecimento. O juízo individual de discernimento teria justamente como objeto medir tais capacidades.

2.2 Modelo de proteção ou etapa tutelar

O segundo modelo de regulação de Justiça Juvenil é o chamado modelo de proteção ou também tutelar, cujas bases de sustentação teórica guardam profunda correspondência com a ideologia positivista e o correccionalismo, como já apontado premilinarmente[99].

Em termos históricos esta etapa tem início na passagem do século XIX para o século XX. Nesse contexto, três fatores podem ser apontados como determinantes para o aparecimento de uma Justiça especializada de menores e de

um modelo correspondente. O primeiro foi descrito por Andrés Ibáñez como uma relação entre a delinquência juvenil e as transformações econômicas e sociais resultantes da sociedade industrial. Como também destaca Barbero Santos:

Da instabilidade e do liberalismo econômico derivou uma grande riqueza para alguns e uma enorme miséria para os demais, os bairros populares se encheram de proletários, tendo que homens e mulheres recorrer ao trabalho na indústria em razão de seus salários individuais serem insuficientes para atender às necessidades familiares. Os filhos ficaram deste modo, abandonados, livres para agir a seu bel prazer durante todo o dia. A consequência foi que uma corrente incessante de crianças dos bairros populares começou a aparecer perante os tribunais[100].

O fenômeno da industrialização e seu impacto na desigual distribuição da riqueza é um dos fatores para a criação do conceito de delinquência juvenil, assim como do conceito jurídico de infância[101]. Espera-se justamente que o sistema penal afrente a emergência desse novo tipo de delinquente.

O segundo aspecto deriva, de um lado, da incômoda presença de crianças nos cárceres[102] somada à crescente consciência da necessidade de salvaguardar a integridade física e moral de crianças e adolescentes[103].

Em terceiro lugar, a combinação do correccionalismo com a influência da “Escola Positiva” resulta em um direito tutelar de menores. De um lado, o correccionalismo, cujo maior representante provavelmente tenha sido Röder, que concebia que “a lei do direito não ficará completamente satisfeita até que o dano causado e o dano interior (imoralidade ou contrariedade ao dever de direito) no autor sejam extirpados, reparados totalmente”, permitindo que o delinquente seja concebido como um ser necessitado de ajuda e, por conseguinte, que a ordem jurídica tenha como função básica oferecer a ajuda necessária, corrigindo o delinquente mediante a limitação de sua liberdade. A pena, portanto, será um bem[104]. Na mesma direção está o pensamento de Dorado Montero[105], que propunha que “a administração da justiça penal tivesse função de saneamento social, uma função de higienização e profilaxia social”[106].

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

Como explica Luigi Ferrajoli, a tradição correccionalista espanhola, sustentada especialmente por Pedro Dorado Montero, tinha por característica central a compreensão do delinquente como um ser débil, cuja vontade defeituosa se fazia manifestar no delito e através dele[107]. Nessa perspectiva, a função penal aparece como um dever da sociedade e um direito do infrator da lei, mesmo que lhe pareça um mal. O critério fundamental de punibilidade não se fixa na intenção do sujeito, mas sim no perigo que representa para a sociedade. Concebendo o delinquente como débil e inferior, a ele devem ser dirigidas medidas de proteção, e não penas. A proposta de um novo Direito Penal se desenha então, dada a função tutelar dirigida a modificar e corrigir.

Por isso, Dorado Montero sugere, como já apontado, uma autêntica pedagogia correccional e um direito penal voltado não mais ao castigo, e sim à correção efetiva do delinquente[108]. Nesse contexto, à justiça cabe o saneamento social e, para tanto, deve-se utilizar medidas individualizadas em substituição à pena tradicional. O juiz se converte, assim, em um autêntico médico penal que exerce a cura das almas, sem estar condicionado às exigências legais do contraditório para desempenhar seu papel discricionário. A prevenção e o tratamento prevalecem, ao menos teoricamente, sobre a retribuição e o castigo. É exatamente o que se realizou na justiça da infância e juventude por intermédio dos Códigos de Menores e seus juízes.

Fundamental ainda esclarecer que tais tribunais de menores, que se estruturam sobretudo entre os anos de 1905 a 1921 no mundo todo[109], não eram considerados instituições repressivas. Sua função era meramente paternal e educativa (imagem patriarcal do Juiz como pai substituto). Como adverte Higuera Guimerá:

Sua principal missão consistia no estudo do menor, de sua personalidade e seu ambiente, e em adotar com base neste conhecimento, a medida mais adequada à salvação moral e social.[110]

O mesmo se observa quando Dorado Montero define o perfil dos magistrados: “se assemelhará mais a médicos higienistas. O Juiz severo, rígido e temido deve desaparecer, para deixar o posto ao médico carinhoso e indulgente”[111].

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

fazer parte de uma legislação específica, obtendo, contudo, maior repressão material.

Nesse contexto, ganham fundamental importância, de um lado, a existência de uma jurisdição especializada e, de outro, os conceitos de inimputabilidade moral e personalidade perigosa[112].

Em definitivo, o modelo de proteção ou tutelar é, como já afirmava Ferri, “o triunfo completo das conclusões da Escola Positiva”[113]. O que corrobora com a explicação de Ferrajoli acerca do desenvolvimento da ideologia correcional como paralela à difusão de concepções organicistas do corpo social: o sadio e o enfermo como categorias sobre as quais são chamados a exercitarem-se o olho clínico e os experimentos terapêuticos do poder. É quando o projeto ilustrado e puramente humanitário de castigar menos se converte no projeto disciplinar e tecnológico de castigar melhor[114].

A Etapa Tutelar do Direito penal juvenil brasileiro tem início precisamente com a adoção da Lei Federal n. 4.242, de 1921[115], com a criação do primeiro Juizado de Menores em 1923 e com o primeiro Código de Menores de 1927[116].

Como já destacado, o Código definia em seu art. 1º seu raio de abrangência: abandonados ou delinquentes, em idade inferior a 18 anos, fixando, dessa forma, a responsabilidade penal plena dos adultos em 18 (dezoito) anos e indicando a presença de duas categorias de menores: os abandonados[117] e os delinquentes, como objetos de sua intervenção. Reconheceu-se uma responsabilidade penal especial na faixa de idade de 14 a 18 anos; para a faixa de 16 a 18 anos, autorizava-se ainda o internamento que, no caso de delitos graves com demonstração da periculosidade do agente, poderia ser executado em estabelecimentos destinados a adultos. Como consequência da periculosidade, o tempo de permanência era indeterminado, até a chamada obtenção da cura.

Com a adoção do novo Código Penal de 1940, a responsabilidade penal plena foi fixada acima dos 18 anos. E, através da reforma de 1984 da Parte Geral, adotou-se a redação vigente até os dias atuais para o art. 27, utilizando-se da ideia de inimputabilidade e não mais se referindo à responsabilidade.[118]

O segundo Código de Menores, de 1979, editado pela Lei Federal n. 6.697, de 08 de fevereiro, não alterou significativamente o funcionamento e a feição do modelo, que não só permitia a institucionalização dos menores sem a observância das regras e dos princípios processuais e constitucionais, mas também autorizava a continuidade da institucionalização nos mesmos estabelecimentos destinados aos adultos. Dessa forma, a lógica da correção do

delinquente foi levada às últimas consequências na Etapa Tutelar do Direito penal juvenil brasileiro.

Em que pese essa tendência haver se espalhado por todo o mundo, consta que algo muito similar se deu na Espanha, sob a égide do Código Espanhol ditatorial de 1928 e, posteriormente, com o Código Penal de 1932^[119], que, por sua vez, representou a completa substituição do critério do discernimento pela fórmula biológica^[120]. Ou seja, o critério biopsicológico passou a ser adotado no Direito Espanhol com a finalidade de conferir segurança jurídica e legitimar o funcionamento dos Tribunais tutelares de menores.

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

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

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

2.3 Modelo educativo ou de bem-estar

A caracterização de um Modelo Educativo ou de Bem-Estar só é possível diante da crise e da decadência que paulatinamente vieram a impactar os modelos tutelares antes adotados. Em termos históricos, têm início com o término da Segunda Guerra Mundial, ou seja, entre os anos 1940 e 1950 e perduram até meados da década de 1970.

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

Define Roldán Garcia^[121] que estes modelos estão dirigidos ao tratamento da

delinquência juvenil a partir de uma perspectiva fundamentalmente educativa e sociológica e, portanto, antipunitiva, o que exige a organização de mecanismos extrapenais para a solução de conflitos. A reparação entre o adolescente e a vítima e formas de compensação são exemplos de institutos voltados para a solução extrapenal. Nos países que adotaram o modelo educativo ou de bem-estar, foram estruturadas instâncias com alta participação comunitária, o que parece ser o embrião do surgimento das práticas de Justiça Restaurativa no âmbito da Justiça especializada.

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

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

2.4 Modelo de responsabilidade ou etapa garantista

Os modelos de responsabilidade são inspirados no movimento de reformas das legislações europeias e norte-americanas durante os anos 1960^[122], mais precisamente por influência de algumas decisões do Tribunal Supremo dos Estados Unidos que reconheceram determinados direitos aos adolescentes durante os processos de ajuizamento e apuração de responsabilidade. O caso mais paradigmático é o denominado caso Gault, que resultou no reconhecimento aos adolescentes do direito a conhecer os motivos da acusação, a dispor de um advogado, a uma acareação, ao interrogatório e à imunidade diante da autoincriminação, em processos que pudessem resultar no encarceramento do menor^[123].

O caso Gault representou um passo fundamental na extensão das garantias constitucionais do processo penal de adultos para os processos relacionados à imposição de medidas privativas de liberdade de adolescentes. Precisamente, passou-se a exigir que, nos processos passíveis de internação do adolescente acusado, fosse reconhecido o direito a não declarar contra si mesmo, o de ser assistido por um advogado e o de confrontar-se com provas e testemunhas. Indiretamente possibilitou-se que o eufemismo do tratamento e da reabilitação

fosse contrastado com a realidade do encarceramento dos jovens.

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

Resulta que a principal característica do modelo de responsabilidade está na concepção do menor de idade como *pessoa*, e, portanto, sujeito de direitos e titular de uma capacidade progressiva para exercê-los. De tal capacidade deriva sua responsabilidade, que, nesse caso, está condicionada à prática de um fato penalmente típico (princípio da tipicidade do fato)[124].

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

O Modelo de Responsabilidade se caracteriza pela combinação entre o educativo e o judicial. O carácter educativo se deve ao conteúdo das medidas que, em que pese serem responsabilizantes, devem ter por objetivo precípuo a educação. Já o aspecto judicial se comprova pela semelhança com a justiça penal de adultos, pois se exige um processo contraditório no qual a defesa (advogado do adolescente) e a acusação (Ministério Público) intervêm, reconhecendo-se também aos menores de idade o princípio da presunção da inocência, dentre outras garantias clássicas.

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

Aliás, em muitos países onde se sucederam períodos de transição política de regimes autoritários, foi adotado o chamado “Direito Penal de transição”[125], a

exemplo da Espanha^[126], cuja Constituição de 1978 estabeleceu as bases para a revisão de todo o sistema jurídico-penal, ou seja, possibilitou a necessária eliminação dos aspectos mais intoleráveis da legislação franquista. Ainda nesse país, foi o Código Penal de 1995 que determinou a necessidade de uma nova normativa para a responsabilidade penal do menor de idade, em vigor a partir de 2000: a Lei Orgânica Reguladora da Responsabilidade Penal de Menores de Idade, Lei n. 5/2000.

Com efeito, não se pode separar historicamente o abandono do modelo tutelar dos momentos de transição democrática vividos na maioria dos países. O que confirma a opinião de muitos autores acerca da estreita relação entre as Cartas Políticas dos Estados, as Constituições e o exercício do poder punitivo. A mudança de paradigma e a introdução de um novo modelo de regulação de Justiça Juvenil evidenciam esse movimento.

Destaque-se, por fim, que a caracterização do Modelo de Responsabilidade tem como ponto de partida a isenção da responsabilidade criminal plena do menor de 18 (dezoito) anos e a determinação de uma responsabilidade penal especial com base na legislação específica. No escólio dos ensinamentos de Silva Sanchez, pode-se afirmar que nesse modelo adota-se, em sua maioria, a idade de 18 (dezoito) anos como fronteira da culpabilidade plena ou da responsabilidade penal plena^[127].

Como também preleciona Amaral e Silva^[128]:

Embora inimputáveis frente ao Direito Penal comum, os adolescentes são imputáveis diante das normas da Lei especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim respondem penalmente, face o nítido caráter retributivo e socioeducativo das respectivas medidas, o que se apresenta altamente pedagógico sob o ângulo dos direitos humanos de vítimas e vitimizadores. O que não se admite no Direito Penal Juvenil são respostas mais severas e duradouras do que as que, em idênticas situações, seriam impostas aos adultos. Os princípios da legalidade estrita, da retributividade (temperada pela possibilidade de remissão), do caráter **predominantemente pedagógico e excepcional** das medidas socioeducativas constituem **garantias de natureza penal** (...) que não podem ser negadas aos infratores (...) Como visto, os jovens em conflito com a lei (o Estatuto) – decorrência de condutas penalmente reprovadas – têm responsabilidade que pode ser definida como **penal especial** (grifos do autor).

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

2.5 Modelo misto

Pode-se dizer que os chamados Modelos Mistos representam os últimos modelos jurídicos em desenvolvimento. Assim se denominam em virtude da adoção de critérios, ideias e traços do modelo educativo e, ao mesmo tempo, do modelo de responsabilidade. Em realidade, são mistos porque plasman a chamada política dos 4Ds e as regras derivadas das recomendações internacionais em matéria de Justiça Penal Juvenil. A Política dos 4Ds se define basicamente pelos seguintes princípios: Descriminalização, Diversão – *Diversión* –, Devido Processo Legal e Desinstitucionalização[129].

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

Contudo, o esforço classificatório não apazigua outros problemas, como o do reconhecimento do Direito penal juvenil como um direito penal de culpabilidade[130], mesmo em face da regra da inimputabilidade penal. Esse é talvez o maior desafio a ser enfrentado com vistas a descrever os principais elementos de uma teoria da responsabilidade dos menores de idade.

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

2. 6 Dificuldades para o reconhecimento de um modelo puro no sistema de justiça juvenil brasileiro

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

necessidade premente de superação do legado tutelar.

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

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

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

2.6.1 Da negação da natureza penal

Como dito anteriormente, a maioria da doutrina brasileira nega a natureza penal do modelo de justiça introduzido pela Lei n. 8.068/90, o ECA. Alguns autores, como Paulo Afonso Garrido de Paula, propõem que o Direito da Criança e do Adolescente derivado da legislação mencionada configura um Direito Misto, entre o direito público e o privado^[131]. O referido autor defende sua posição sustentando a definição do Direito da Criança e do Adolescente como a disciplina das relações jurídicas entre, de um lado, crianças e adolescentes e, de outro, família, sociedade e Estado, o que resulta em sua conceituação de um Direito Socioindividual.

O equívoco de tal concepção tem dupla causa: de um lado, confunde o Modelo que pode ser misto, como vimos, com o Direito, que, nesse caso, não tem como ser misto, posto que revela cristalinamente a resposta estatal perante o delito quando praticado por um adolescente. E, de outro lado, confunde o Sistema de Garantias de Direitos que o Estatuto estabelece com a matéria pertinente à responsabilização pelo cometimento de infrações penais. Ou seja, a legislação brasileira não se reduz às medidas aplicáveis quando um menor de idade comete um delito, e sim corresponde a todas as espécies de políticas e

programas dirigidos à infância e juventude. Não se trata unicamente de uma Lei de responsabilidade e, dada sua transcendência, muitos acabam por confundir as distintas matérias que a integram.

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

Como leciona Claus Roxin, o que diferencia o Direito Penal do Direito Civil é que, enquanto o segundo é regido pelo princípio da equiparação, o Direito Penal se baseia no princípio da subordinação do indivíduo ao poder do Estado (que se manifesta na norma penal). Dessa maneira, o Direito Penal é parte integrante do Direito Público[132]. De acordo com as lições do penalista alemão, parece evidente que a matéria correspondente à imposição de medidas sancionadoras aos menores de idade quando tenham cometido um delito se refere ao Direito Penal. O próprio Roxin esclarece que o Direito penal juvenil se converte em um campo do Direito próprio não pelo âmbito das normas tratadas, mas em razão da especial classe de autor ao qual se destina[133].

Outra evidência da presença do Direito Penal já foi demonstrada neste trabalho a partir das considerações de Maria Carmen Gomez Rivero[134], com foco nos pressupostos da intervenção e em suas consequências. Tanto em relação ao que origina e fundamenta a intervenção estatal – a prática do ato infracional – como em relação ao que isso acarreta ao adolescente – a imposição da medida socioeducativa –, verifica-se o forte teor penal da matéria.

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

No tocante às consequências, ainda que revestidas por um conteúdo educativo,

as medidas aplicáveis resultam em restrição de direitos, inclusive com a privação de liberdade, assemelhando-se, em muitos aspectos, às penas tradicionais.

Em suma, a negação da natureza penal da regulação correspondente à responsabilidade dos adolescentes é desarrazoada. Deriva, contudo, da ambiguidade do Estatuto da Criança e do Adolescente que, dada a não utilização da expressão penal[135], tende a permitir confusões conceituais, deixando aberto o espaço para interpretações tutelares acerca de suas finalidades. Esse é um dos principais obstáculos para a consolidação de um modelo de responsabilidade no Brasil.

2.6.2 Indeterminação das medidas aplicadas

Como visto anteriormente, uma das características do modelo tutelar ou de proteção é a indeterminação das medidas aplicáveis, indeterminação esta que se sustenta pelo chamado caráter medicinal ou terapêutico da intervenção judicial. Como descreve Andrés Ibáñez, a função dos tribunais de menores no modelo tutelar nada tem a ver com a expiação dos delitos nem como a satisfação da vingança pública e, por isso, sustenta-se o fundamento do caráter indeterminado e aberto das decisões, cuja duração e posterior evolução da aplicação ficam sem apreciação no momento de sua adoção[136].

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

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

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

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

Tomando em conta o conjunto de medidas aplicáveis definidas pelo ECA, salvo as de advertência e reparação do dano que são por si mesmas executáveis, as demais medidas de prestação de serviços à comunidade, semiliberdade e internação não possuem prazo determinado. O legislador definiu apenas limites mínimos ou máximos: a exemplo da prestação de serviços à comunidade que não poderá exceder seis meses de duração[137] e as medidas privativas de liberdade, ou seja, semiliberdade e internação que não poderão exceder três anos. O § 2º do art. 120 dispõe que a semiliberdade não comporta prazo determinado, aplicando-

se, no que couber, as disposições relativas à internação.

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

Portanto, a duração das medidas no modelo brasileiro não é definida pela autoridade judicial, e sim durante sua execução, a partir de uma avaliação das chamadas ciências auxiliares da justiça, ou seja, da psicologia, da assistência social e, em alguns casos, da psiquiatria. Nesse aspecto, o modelo brasileiro se distancia de muitos modelos de responsabilidade[138] nos quais o juiz determina, na sentença, a duração da medida em observância aos marcos legais.

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

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

a vantagem de ecomomizar trabalho para acomodar a quantidade e a qualidade da pena à importância do delito, e em segundo lugar a atenção dos juízes voltada para a pessoa do autor, para a busca de meios para alcançar seu arrependimento e com isso sua correção.
[139]

Os dispositivos correccionais se dirigem à modificação do sujeito, à modificação de sua consciência, e não à reprovação do fato delitivo. Isso é facilmente constatado pela falta de proporcionalidade nas respostas, os marcos legais extremamente genéricos que, no caso brasileiro, têm permitido que fatos totalmente distintos em termos de gravidade sejam respondidos por uma mesma medida de idêntica duração[140]. Vale dizer que a duração vinculada ao juízo sobre as condições morais e sociais do adolescente pode, inclusive, ser maior nos casos menos graves, levando-se em conta o comportamento do adolescente ao longo da execução.

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

O que remonta à definição dada por Luigi Ferrajoli para a ideologia correcional. Ele demonstra que, historicamente, essas doutrinas e legislações penais de tipo genuinamente correcional se desenvolvem na segunda metade do século XIX, paralelamente à difusão de concepções organicistas do corpo social: o são e o enfermo, acerca dos quais são chamados a exercitar-se o olho clínico e os experimentos terapêuticos do poder. É quando o projeto ilustrado e puramente humanitário de castigar menos se converte no projeto disciplinar e tecnológico de castigar melhor^[141].

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

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

Apresentam, contudo, elementos remotos da história das penas, desde a pena medicinal da tradição católica e da idealista de Platão, ilustrada na máxima de Santo Tomás de Aquino de que *os homens que delinquem podem ser não só castigados mas limitados pelo Estado a fim de tornarem-se bons*, como também recuperam com intensidade a visão pedagógica da pena (direito romano e direito canônico), a privação de liberdade pessoal como pena orientada à reeducação. E, por fim, a ideia de redenção, concepção bíblica do sofrimento como preço ou meio sacrificial para a expiação dos pecados e a reconciliação com Deus. Não por acaso, a confissão adquire uma feição penitencial e liberatória, o réu pecador pode ainda encontrar na pena a função benéfica de arrependimento^[142].

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

Verifica-se ainda que o ato infracional vem sendo interpretado como patologia, e a medida socioeducativa, conseqüentemente, como tratamento.

De fato, trata-se de uma *terapia política* através da “cura ou da amputação”,

pois não é novidade que o direito penal, com seu terrorífico arsenal de instrumentos de controle social, recai sobre os mais débeis[143]. E não porque cometam mais delitos, o que cada vez mais se demonstra em pesquisas e investigações, e sim porque a prática do sistema penal está orientada a castigar os pobres e deixar impunes outros setores, mesmo que causem danos mais graves.

2.6.3 *Recusa à imputabilidade*

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

A norma constitucional, portanto, reforça a regra do art. 27 do Código Penal de 1940 que adota a presunção absoluta de inimputabilidade dos menores de 18 (dezoito) anos. O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, diferencia a criança do adolescente[144] em seu art. 2º para, *a posteriori*, declarar a inimputabilidade dos menores de 18 (dezoito) anos, que são submetidos às suas regras[145].

A doutrina penal majoritária no Brasil define a inimputabilidade penal em razão da idade como resultado de uma incapacidade do menor de idade derivada da falta de condições pessoais mínimas de desenvolvimento biológico e saúde psíquica. E mais, acrescenta-se que o menor de 18 (dezoito) anos não possui o desenvolvimento biopsicológico e social necessário para compreender a natureza criminal de seus atos ou para determinar seu comportamento conforme essa compreensão[146].

Nesse aspecto reside a diferença mais marcante do Modelo de Responsabilidade brasileiro com outros, pois, conforme destaca Gómez Rivero, o ponto de partida de um modelo de responsabilidade é o reconhecimento da imputabilidade do menor, ainda que diminuída, e daí a possibilidade de desenhar um regime de responsabilidade penal[147]. Francisco Muñoz Conde, ao definir o sistema espanhol, caracteriza-o como “um sistema específico de responsabilidade penal para os menores de dezoito anos e maiores de catorze anos que combina razões de caráter psicopedagógico com critérios de imputabilidade e de prevenção especial de finalidade predominantemente educativa”[148].

Para o autor, a imputabilidade é resultado de um processo de socialização no qual o indivíduo desenvolve uma série de faculdades que lhe permite conhecer as normas que regem a convivência no grupo ao qual pertence e reger seus atos de acordo com tais normas, ou seja, atuar motivado pelas normas jurídicas e por todo o emaranhado de normas sociais que constituem os sistemas de controle social, formal e informal. Dessa maneira, o menor de catorze a dezoito anos é imputável, porque possui uma responsabilidade peculiar. Em definitivo, no escólio das lições de Muñoz Conde, pode-se compreender a imputabilidade como um longo processo de socialização que se inicia desde o nascimento e se prolonga durante toda a vida, através da internalização das diversas exigências normativas sociais e jurídicas. Outra demonstração de que os menores de catorze anos a dezoito são imputáveis no sistema espanhol é a possibilidade de sua imputabilidade ser excluída com base no art. 5,2 de LORRPM n. 5/2000, ou seja, quando se verifica alguma causa de isenção ou extinção da responsabilidade.

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

Sendo a imputabilidade (derivado de *imputare*) a possibilidade de atribuir responsabilidade pela violação de determinada lei, seja ela penal, civil, comercial, administrativa ou juvenil, não se confunde com a responsabilidade, da qual é pressuposto. Não se confundindo com imputabilidade e responsabilidade, tem-se que os adolescentes respondem frente ao Estatuto respectivo, porquanto são imputáveis diante daquela lei.^[149]

Contudo, essa não é a opinião dominante na doutrina brasileira, cuja maior parte insiste em recusar a imputabilidade dos menores de dezoito anos no modelo adotado pelo Estatuto. E esse é, sem dúvida, o signo mais forte da permanência de uma lógica tutelar no sistema. Adverte Bustos Ramirez que quando a fórmula da imputabilidade está reduzida aos aspectos cognitivo e volitivo, ou seja, às capacidades de conhecer e atuar conforme tal conhecimento – como é o caso do conceito utilizado no Brasil –, sem considerarem-se outros elementos como a afetividade, o jovem aparece como alguém que não está dotado de tais características. Ademais, isso vem a justificar qualquer intervenção do Estado, pois o adolescente aparece estigmatizado desde o princípio e, portanto, sujeito à tutela do Estado e da sociedade^[150].

Nessa perspectiva, não se reconhece aos menores de idade a capacidade de motivabilidade, ou seja, a capacidade de reagir às exigências normativas unida a outras capacidades, como a afetividade e a inteligência^[151].

2.7 Conclusões preliminares

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

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

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

Não se trata tão somente de uma fraude de etiquetas que dá margem à distorção; falta ao campo a devida elaboração teórica e doutrinária que deveria, de forma mais consistente, enfrentar o tema da imputabilidade dos menores de idade. A ausência do estudo de uma culpabilidade específica a ser reconhecida para os menores permite que a intervenção siga marcada por imensa arbitrariedade e insegurança jurídica. Ademais, o tratamento a situações díspares de forma generalizada tem favorecido a percepção na opinião pública de que a delinquência juvenil é um dos problemas contemporâneos mais graves e sem solução^[152].

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

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

Entretanto, de modo geral é mais que premente que a doutrina nacional enfrente estes temas como condição necessária para o assentamento do atual modelo nos marcos do Estado Democrático e Social de Direito. A manutenção das velhas práticas e concepções não só impede que o novo surja e se consolide,

como oculta a maximização do controle penal sobre os adolescentes. O argumento protetivo atende a um modelo maximizado de Direito penal juvenil, desformalizado no que se refere à imposição das consequências jurídico-penais ao delito juvenil e altamente inflexível em sua execução.

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

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

[88](#) VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. *Delincuencia juvenil* – consideraciones penales y criminológicas. Madrid: Comex, 2003, p. 247.

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

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

[91](#) Alimena, B., 1916 apud Ventas Sastre, Rosa. *Estudio de la minoría de edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica*. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 2002, p. 24.

[92](#) Consta que Jiménez de Asúa formulou quatro acepções para o termo “discernimento”: a aceção jurídica, baseada na inteligência acerca da antijuridicidade do ato praticado; a moral, entendida como a inteligência para diferenciar o bem do mal e também o justo do injusto; um terceiro critério que combina os anteriores, moral e jurídico; e, por fim, o discernimento social, baseado no caráter e instintos do menor e seu entorno social (Jiménez de Asúa, L; Antón Oncea, J. *Derecho penal conforme al código penal de 1928* – Parte general. Madrid: PE, 1929. t. I, p. 238, passim).

[93](#) Alimena, B., 1916 apud Ventas Sastre, Rosa. *Estudio de la minoría de edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica*, op. cit.

[94](#) SILVA SANCHEZ, J. M. *El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997, p. 166.

[95](#) GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *direito da criança e do adolescente e tutela jurisdiccional diferenciada*, op. cit.

[96](#) BUSTOS RAMÍREZ, J. *introducción al derecho penal*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1994.

[97](#) Andrés Ibañez, P. El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada. In: Jiménez Burillo, J.; Clemente, M. (Orgs.). *Psicología social y sistema penal*. Madrid, 1986, p. 210.

[98](#) SILVA SANCHEZ, J. M. *El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales*, op. cit., p. 167.

[99](#) Ver a Introdução deste Trabalho.

[100](#) Andrés Ibañez, P. El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada. In: Jiménez Burillo, J.; Clemente, M. (Orgs.). *Psicología social y sistema penal*, op. cit., p. 210.

[101](#) Ver TUTT, N. Utilización de los delitos por su condición y disposiciones conductistas equivalentes para prevenir la delincuencia. *RIPCrim*, n. 39 y 40, v. 2. Nueva Iorque: Naciones Unidas, 1990, p. 85.

[102](#) Como recorda CUELLO CALÓN citado por Higuera Guimerá, no final do século XIX e princípios do século XX, sem nenhuma exceção, os menores eram conduzidos aos cárceres, onde conviviam em espantosa promiscuidade com os detentos adultos, durante o longo período de instrução do processo (CUELLO CALÓN, E. *Derecho penal*, 1926 apud Higuera Guimerá, J. *Derecho penal juvenil*. Barcelona: Bosch, 2003, p. 45).

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

(Garcia Mendez, E. *Infância e cidadania na América Latina*, op. cit., p. 51).

[104](#) Andrés Ibañez, P. El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada. In: Jiménez Burillo, J.; Clemente, M. (Orgs.). *Psicología social y sistema penal*, op. cit., p. 212.

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

[106](#) DORADO MONTERO, P. *Bases para um nuevo derecho penal*. Nueva edición com prólogo, bibliografía y notas por Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Buenos Aires: Depalma, 1973, p. 66.

[107](#) FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

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

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

[110](#) Higuera Guimerá, J. *Derecho penal juvenil*. Barcelona: Bosch, 2003, p. 45.

[111](#) DORADO MONTERO, P. *Bases para um nuevo derecho penal*, op. cit., p. 66.

[112](#) No modelo tutelar não se aplica aos menores o princípio da imputabilidade moral e da dosimetria penal. Como esclarece Higuera Guimerá, a infração penal, por si mesma, não interessa ao modelo tutelar, exceto como sintoma da perigosidade do sujeito para cometer novos delitos (Higuera Guimerá, J. *Derecho penal juvenil*. Barcelona: Bosch, 2003, p. 47).

[113](#) Ibidem, p. 46.

[114](#) FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, op. cit.

[115](#) A Lei Federal n. 4.242, de 4-1-1921, era de natureza administrativa, regulando a organização do serviço de assistência e proteção à infância abandonada e delinquente (art. 3º, I). Apresentava sanções e procedimentos destinados aos infratores (art. 3º, §§ 16 a 37).

[116](#) O Código de Menores de 1927 foi aprovado pelo Decreto Federal n. 17.943, como resultado de um Projeto de Proteção ao Menor, elaborado pelo primeiro Juiz de Menores, José Cândido Albuquerque de Mello Mattos. Por isso, a Lei veio a tornar-se conhecida na comunidade jurídica como Código Mello

Mattos.

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

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

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

[120](#) LANDROVE DÍAZ, G. *Derecho penal de menores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 34.

[121](#) ROLDÁN GARCIA, E. El tratamiento jurídico e social de la delincuencia juvenil en Canadá: tendencias actuales. *Revista Menores*, Madrid: Ministério de Assuntos Sociais, ns. 11-12, 1988, p. 42.

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

[123](#) VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. *Delincuencia juvenil – consideraciones penales y criminológicas*, op. cit., p. 254.

[124](#) Higuera Guimerá, J. *Derecho penal juvenil*, op. cit., p. 54.

[125](#) LANDROVE DÍAZ, G. *Derecho penal de menores*, op. cit., p. 38.

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

[127](#) SILVA SANCHEZ, J.M. *El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales*, op. cit., p. 167.

[128](#) AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o sistema de

responsabilidade penal juvenil ou o mito da inimputabilidade penal. In: ILANUD/ABMP/SEDH/UNFPA (Orgs.). *Justiça, Adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*, op. cit., p. 57.

[129](#) Lilly, J. Robert et al. *Criminological theory: context and consequences*. 2. ed. London: Sage Publications, 1995, p. 127.

[130](#) O tema do Direito penal juvenil como um Direito penal de culpabilidade é enfrentado por Jaime Couso Salas ao discutir se a culpabilidade do autor-adolescente é pressuposto das medidas aplicáveis em face do Direito penal juvenil.

[131](#) Garrido de Paula, Paulo Afonso. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*, op. cit.

[132](#) ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general*. Madrid: Civitas, 2003, t. I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, p. 43.

[133](#) Ibidem, p. 46.

[134](#) GÓMEZ RIVERO, Maria Carmen. La nueva responsabilidad penal del menor: las leyes orgánicas 5/2000 y 7/2000. *Revista Penal*. n. 9. Editora La Ley, 2002.

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

[136](#) Andrés Ibañez, P. El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada. In: Jiménez Burillo, J.; Clemente, M. (Orgs.). *Psicología social y sistema penal*, op. cit., p. 215.

[137](#) Art. 114 da Lei n. 8.069/90.

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

[139](#) Citado por Andrés Ibañez, P. El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada. In: Jiménez Burillo, J.; Clemente, M. (Orgs.). *Psicología social y sistema penal*, op. cit., p. 221.

[140](#) É o que se observa nos casos de delitos contra a vida e de tráfico de drogas. Os dois tipos de fatos delitivos resultam, com frequência, na medida de internação, que não excederá três anos e terá sua duração condicionada ao comportamento do adolescente durante a execução. Ao final, concretamente, o autor de tráfico de drogas pode permanecer internado por mais tempo que o jovem autor de um homicídio.

[141](#) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, op. cit.

[142](#) Já é de conhecimento público que, nos procedimentos de apuração da autoria de atos infracionais, privilegia-se a confissão do adolescente como estratégia para a imposição de uma medida em meio aberto.

E em fase de execução da medida de internação, é extremamente comum que se argumente como precoce a desinternação em face do não arrependimento do adolescente.

[143](#) BINDER, Alberto. M. *De las republicas aéreas al estado de derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

[144](#) “Considera-se criança para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

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

[146](#) CIRINO DOS SANTOS, J. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2005, p. 213.

[147](#) GÓMEZ RIVERO, Maria Carmen. La nueva responsabilidad penal del menor: las leyes orgánicas 5/2000 y 7/2000. *Revista Penal*, op. cit., p. 4.

[148](#) MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal – Parte general*. 6. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 367.

[149](#) AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o sistema de responsabilidade penal juvenil ou o mito da inimputabilidade penal. In: ILANUD/ABMP/SEDH/UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*, op. cit., p. 56.

[150](#) BUSTOS RAMIREZ, J. Imputabilidad y edad penal. In: *Criminología y derecho Penal al servicio de la persona* – libro homenaje al Profesor Antonio Beristain. San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989, p. 472.

[151](#) MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal – Parte general*, op. cit., p. 368.

[152](#) Um adolescente infrator representa no imaginário coletivo o portador do mal, o portador da violência. Norbert Lechner discute as reações à violência e à delinquência, apontando sua dimensão como reflexo dos medos ocultos ou interiores de uma sociedade. O autor afirma com propriedade que, em sociedades como a brasileira, o medo explícito da delinquência não é mais que um modo inofensivo de conceber e expressar outros medos silenciados: medo da morte e da miséria, e também provavelmente medo de uma vida sem sentido, desprovida de raízes, valores e perspectiva de futuro (LECHNER, Norbert. *Los patios interiores de la democracia: Subjetividad y Política*. 2. ed. México/DF: Fondo de Cultura Económica, 1995). Ele pondera que provavelmente nenhuma representação do imaginário coletivo seja tão funcional como a interpretação da delinquência juvenil, que resulta emblemática – por sua irracionalidade e imprevisibilidade. O impacto social dos fatos delituosos cometidos por adolescentes e sua forte repercussão pública, que em muitas ocasiões excede os marcos de proporcionalidade em relação à preocupação com a criminalidade adulta, à corrupção, ao comércio ilícito de drogas e outras expressões de violência que afetam nossa sociedade, pode encontrar uma explicação na falta de discussão das reais causas da violência, e também por que não dizer na busca de um bode expiatório. Como já referido, Winfried Hassemer definiu uma chamada Teoria do Bode Expiatório para demonstrar que no que tange à ideia de reprovação presente nas sanções e disseminada no senso comum, a sociedade afetada pelo mal, em regra, o projeta sobre a pessoa individual, e acaba por desejar que esta seja afastada ou expulsa. A identificação de um bode expiatório é resultado, portanto, de um mecanismo psicossociológico diante do crime e da violência (SPOSATO, Karyna Batista. *Culpa e castigo: modernas teorias da culpabilidade e limites ao poder de punir*, op. cit.).

3

Ambiguidades do Modelo de Responsabilidade do ECA: ausência de garantias e amplo arbítrio judicial

3.1 Primeiros esclarecimentos

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

Conforme expõe Luigi Ferrajoli^[153], de acordo com a teoria do convencionalismo, é delito aquilo que a lei estabelece como tal, em contraste com as doutrinas objetivistas do delito para as quais existiriam ações que são más em si mesmas. Na perspectiva convencionalista, não é a verdade, a justiça, a moral nem a natureza que conferem a determinado fenômeno relevância penal, e sim tão somente a lei, que por sua vez, destaca Ferrajoli, não pode qualificar como penalmente relevante qualquer hipótese indeterminada de desviação, e tão somente comportamentos empíricos determinados, exatamente identificáveis como tais e, por isso, adstritos à culpabilidade de um sujeito.

Em adequação à fórmula *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*, o pressuposto da pena ou de qualquer sanção jurídico-penal deve ser a comissão de um fato univocamente descrito como delito não só pela lei, mas também pela hipótese de acusação, de modo que resulte suscetível de prova ou de confirmação judicial. Como escreveu Aristóteles, “as leis bem dispostas devem determinar o máximo possível, deixando aos que julgam o menos possível”. Entretanto, é necessário que aos juízes se deixe a decisão sobre se algo ocorreu ou não.^[154]

Não se pode negar, por isso, a existência de espaços de poder específicos e em parte insuprimíveis na atividade judicial. Daí, não é só inadequada como

incompatível com a epistemologia garantista a ideologia mecanicista da aplicação da lei expressa na célebre frase de Montesquieu de que “os juízes da nação não são, mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor das leis[155].

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

Infelizmente, não se pode ignorar que a tradição autoritária menorista nunca foi de fato interrompida, como se revela em práticas policiais e judiciais. Além disso, encontra respaldo em diferentes modelos teórico-políticos do Direito Penal: da prevenção especial, da defesa social, ou de tipo normativo de autor em suas múltiplas variações moralistas, antropológicas, decisionistas e mais recentemente efficientistas[156].

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

Jock Young[157], em *A sociedade excludente*, discute que o essencialismo é uma estratégia suprema de exclusionismo. Ou seja, ao pretender que adolescentes e jovens sejam reconhecidos numa suposta unidade social que os faz diferentes dos demais grupos sociais, estes são essencializados, estabelecendo-se pré-requisitos para sua demonização. As propostas de redução da idade penal, por exemplo, sustentam-se justamente na crença de que são os adolescentes e jovens os principais responsáveis pela violência. Trata-se do cerne do pensamento essencialista: responsabilizar um grupo de dentro ou de fora da sociedade pelos problemas sistêmicos enfrentados por ela. Aplicado à cultura, o essencialismo permite que as pessoas acreditem na sua superioridade inerente e sejam ao mesmo tempo capazes de demonizar o outro como essencialmente depravado, estúpido ou criminoso[158].

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

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

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

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

esta subjetividade se manifesta em duas direções: por um lado no caráter subjetivo do tema processual, consistente mais do que em fatos determinados em condições ou qualidades pessoais, como o pertencimento do réu a “tipos normativos de autor” ou sua congênita natureza criminal ou periculosidade social, mas por outro lado se manifesta também no caráter subjetivo do juízo, que, em ausência de referências fáticas exatamente determinadas resulta baseado em valorações, diagnósticos e suspeitas subjetivas, e não em provas do fato. O primeiro fator de subjetivação gera uma perversão inquisitiva do processo, dirigindo-o não à comprovação dos fatos objetivos (ou mais além) e sim à análise da interioridade da pessoa julgada. O segundo degrada a verdade processual de verdade empírica, pública e intersubjetivamente controlável, a um convencimento intimamente subjetivo, e portanto irrefutável do julgador^[159].

É nesse contexto que o juiz se transforma, ainda nas palavras de Ferrajoli, em confessor, psicanalista ou terapeuta social, pois se desvincula de critérios rígidos de qualificação penal, degenerando o juízo penal, igualmente ao juízo ético ou estético, em um juízo “sem verdade”^[160]. Tal expressão cumpre justamente

evidenciar que, quando desprovido de critérios objetivos, o juízo não é verdadeiro nem falso, tendo em vista seus pressupostos. Além disso, sustenta-se muito mais numa ideia de autoridade do juiz do que na verificação empírica dos fatos.

No que tange à verdade, vale destacar que se uma justiça penal completamente com verdade constitui uma utopia, uma justiça penal completamente sem verdade equivaleria a um sistema de arbitrariedade[161]. Resulta que as garantias legais e processuais, além de serem garantias de liberdade, são garantias de verdade, o que implica a noção de verdade formal ou processual se situar como um dos principais parâmetros de um sistema penal garantista[162].

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

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

A tarefa principal da epistemologia garantista é a de elucidar, como enfatiza Ferrajoli[163], as condições que permitam restringir ao máximo estas margens e, portanto, basear o juízo em decisões sobre a verdade processual, e não em decisões sobre valores de qualquer outro tipo. Na medida em que se pode verificar o grau de decidibilidade da verdade processual em determinado sistema, pode-se identificar distintos graus de garantismo, conforme a fundamentação dos juízos em decisões sobre a verdade.

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

3.2 Interpretação do Estatuto e padrão decisório no direito penal de adolescentes

Nesta seção, pretende-se discutir a feição homogênea e estável da jurisprudência brasileira em matéria de medidas sancionatórias a adolescentes, em especial de privação de liberdade[164], à luz das principais teorias da interpretação contemporâneas.

Uma possível e preliminar tentativa de explicação está na constatação de que, em que pesem as diferentes possibilidades interpretativas[165] disponíveis ao juiz, seu trabalho é, na maioria dos casos, a adoção de uma espécie de “regra do jogo”[166]. Tal regra inicia-se com a concepção fictícia de um legislador racional e único e culmina na pretensão de alcançar um consenso também racional. À guisa de aprofundar a discussão, o tema do auditório universal de Perelman é, nesse sentido, bastante significativo, assim como as noções de consenso e opinião pública.

Desde sua entrada em vigor, o ECA vem sofrendo sistemáticas críticas[167]. Um dos desafios é justamente identificar quais são as principais lacunas da legislação que dão margem a arbitrariedades, à utilização de argumentos extrajurídicos na solução de casos e, conseqüentemente, à sua recorrente desqualificação no debate público.

Mais que isso, trata-se de indagar se as dificuldades de implementação dos preceitos legais se referem à textura aberta da lei[168] ou a outros motivos que de modo bastante contundente vêm condicionando a interpretação do Estatuto e conferindo uma feição quase unânime em seu padrão decisório.

Diferentes estudos[169] com foco na interpretação do Estatuto têm demonstrado a imposição de medidas com baixa fundamentação legal e sem a observâncias das condições ou requisitos legais.

Revela-se, nesse cenário, a dupla crise que Emílio Garcia Mendez refere e que afeta o Estatuto da Criança e do Adolescente de forma bastante incisiva[170]. Ou seja, as normas estatutárias estão expostas a uma crise de interpretação e, de igual maneira, a uma crise de implementação. É dizer, alguns eufemismos que perpassam a legislação como um todo e, em especial, por exemplo, a definição da medida privativa de liberdade como *internação em estabelecimento educacional* (art. 116 do ECA) favorecem que sua imposição não seja limitada pelos princípios do contraditório, da proporcionalidade, da lesividade e até mesmo da legalidade – princípios indispensáveis quando é a liberdade do indivíduo que está em jogo. A falsa percepção de que a medida de internação constitui-se em uma “benesse” e reveste-se de caráter protetivo[171] afasta sua verdadeira índole penal e, conseqüentemente, os limites ao poder de punir que

deveriam ser exercitados nesse campo.

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

Nesta análise, toma-se como referência a hermenêutica histórica nos moldes do que Gadamer propõe: a característica inerente do “lugar e contexto” no qual se encontra o intérprete deve ser levada em conta, sendo que a consciência da história efetual^[172] é, em primeiro lugar, consciência da situação hermenêutica. Esse é um dos aspectos centrais dessa reflexão, o que permite confrontar os principais espaços de resistência na aplicação do ECA, desde a linguagem até a concepção de adolescência e de delinquência na adolescência. Trata-se de atentar para a dimensão cultural e o contexto no qual a lei incide como elementos determinantes da realidade interpretativa que a rodeia.

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

A análise de decisões judiciais a partir de uma perspectiva sociológica e criminológica permite verificar a atuação do sistema de justiça na trama social, na reprodução de desigualdades, na reificação dos sujeitos envolvidos, na renovação de preconceitos e identificação com o senso comum. Permite ainda analisar sob a influência de qual método ou teoria interpretativa vem se desenhando o padrão decisório nesse campo do Estatuto da Criança e do Adolescente.

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

O discurso dominante, distorcido e sensacionalista de que os adolescentes estão cada vez mais violentos e que cresce exponencialmente o número de adolescentes e jovens envolvidos com a criminalidade no país^[173], somado ao não reconhecimento de que as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente são sanções penais e de que a justiça da infância e juventude, em matéria infracional, na condição de justiça especializada, atribui

responsabilidade penal aos adolescentes, não só reforça um sentimento de impunidade perante os crimes cometidos por adolescentes, mas também alimenta o cíclico debate em torno da redução da idade penal[174].

Se tais “sentimentos” e percepções podem ser encontrados no funcionamento do Sistema de Justiça Especializada da Infância e Juventude e nas instâncias superiores, há de se indagar em que medida é a lei que assim o permite e quais seriam as possibilidades de superação[175].

3.3 Discurso jurídico e implicações para o sistema penal juvenil brasileiro

É comum que o discurso da interpretação exclua de sua análise a repercussão do discurso nos fatos, ou seja, em geral somente se avalia o que os textos de direito positivo dizem, mas afasta-se da análise jurídica o que com tais textos se realiza ou promove. Além disso, ainda por força de uma perspectiva tradicional, omitem-se as indeterminações e antinomias do discurso das fontes, com o que se logra encobertá-las.

Em definitivo, sobre bases formalistas, reforça-se a compreensão da magistratura como “boca da lei”. Porém, adotando-se postura mais crítica, o direito passa a ser não objeto da interpretação, mas fruto ou resultado da interpretação, o que o redimensiona não só como variável unicamente dependente da legislação, mas, sobretudo da atividade doutrinária e jurisprudencial[176].

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

De acordo com Calvo Garcia, as incertezas e opacidades próprias de uma textura aberta não podem ser reduzidas com o uso ordinário da linguagem ou mediante mera explicitação de uma gramática da linguagem jurídica[177]. Apenas mais recentemente vem se admitindo uma certa “folga” hermenêutica com a respectiva necessidade de se recorrer a regras e critérios adicionais para reduzir as margens de discricionariedade resultantes.

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

se em reiteradas ficções.

Manuel Segura Ortega destaca que:

a decisão não está determinada, pelo menos de uma forma absoluta, nem pelas normas nem pelos critérios de interpretação das mesmas. O fato dos (sic) juízes invocarem tais normas e critérios como fundamento de sua resolução não significa que efetivamente estes elementos se constituam em fator fundamental da decisão (...) Provavelmente, a personalidade do juiz seja um fator mais decisivo e curiosamente o que se tratou de ocultar reiteradamente até pelo menos o início do século XX. A razão desta atitude responde a uma autêntica ficção que se justificou pela necessidade de proporcionar segurança jurídica.[178]

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

A textura aberta do direito significa que existem áreas de conduta nas quais muito se deixa ao desenvolvimento dos tribunais ou de seus funcionários à luz das circunstâncias entre os interesses em conflito cujo peso varia de caso a caso (...) Na área marginal das regras e no campo que a teoria dos precedentes deixa em aberto, os tribunais desempenham uma função produtora de regras (...) Este fato amiúde resulta encoberto pelas formas que com frequência os tribunais negam exercer tal função criadora, insistindo que a tarefa própria da interpretação da lei e do uso de precedentes é respectivamente buscar a intenção de legislador e o direito que já existe[179].

Tomando alguns resultados da recente Pesquisa já mencionada, “Responsabilidade e Garantias ao adolescente autor de ato infracional: uma proposta de revisão do ECA em seus 18 anos de vigência”[180], é possível identificar os principais discursos encontrados quando da interpretação do ECA para a imposição de medidas socioeducativas de privação de liberdade.

Necessário antes detalhar que a medida socioeducativa de internação corresponde a uma, dentre outras medidas aplicáveis aos adolescentes diante do cometimento de infrações penais pela Justiça Especializada da Infância e Juventude, nas Varas Especiais de primeira instância[181].

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

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

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

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

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

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

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

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

A medida de internação consiste, desse modo, em real e efetiva privação de liberdade em estabelecimento destinado a adolescentes, porém assemelhado aos estabelecimentos prisionais, dadas suas características de instituição total. Trata-se do que Sotomayor identificou como estabelecimentos que se diferenciam das prisões apenas pelo rótulo externo^[182].

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

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

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

A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

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

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

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

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

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

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

Ressalte-se ainda que o § 2º do referido artigo é taxativo ao estabelecer que

em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada. Resta seu caráter altamente aflitivo e, portanto, de último recurso a ser utilizado. Assim sendo, mesmo que as circunstâncias do ato infracional correspondam às condições descritas no art. 122, isto não significa escolha e autorização imediata e automática da medida de internação.

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

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

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

[183]

As lições de Garrido reforçam o entendimento de que a imposição de qualquer medida socioeducativa implica a integração e observância de todos os princípios que informam o Direito penal juvenil ou de Adolescentes[184]. Em se tratando das medidas privativas de liberdade, mais intensa é essa necessidade, a fim de adequar cada resposta ao caso concreto – por isso, os princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de desenvolvimento do adolescente:

As limitações impostas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente dizem respeito tão somente às medidas de internação e de colocação em casa de semiliberdade, restringindo a discricionariedade da autoridade judiciária em favor do adolescente, prescrevendo regra de possibilidade e não incidência obrigatória.[185]

A privação de liberdade, assim sendo, somente é cabível ante a verificação dos pressupostos objetivos e como condição necessária para que se realize a socioeducação do adolescente[186]. A restrição da liberdade deve significar apenas limitação do exercício pleno do direito de ir e vir, e não de outros direitos constitucionais.

Decisões extraídas da pesquisa retromencionada ilustram as principais tendências jurisprudenciais sobre a matéria a partir dos discursos mais frequentemente utilizados[187]. Do Tribunal de Justiça de São Paulo[188] por exemplo, destacam-se alguns posicionamentos que aparecem inclusive de forma repetida nas fundamentações e, sendo bastante simbólicos, permitem identificar uma tendência interpretativa:

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

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

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

O princípio da insignificância não pode ser transportado para a esfera da infância e juventude, na qual vige o princípio da proteção integral. Aliás, os procedimentos previstos para aplicação das medidas socioeducativas e protetivas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente não podem ser considerados constrangedores, pois visam justamente à aplicação do princípio da proteção integral.

Nesse discurso, há claro posicionamento que procura afastar da aplicação das medidas socioeducativas as regras e garantias processuais penais, utilizando-se do argumento de tratar-se de sistema diferenciado com fundamento na proteção integral. Além de desobedecer à regra do art. 152 do próprio Estatuto que indica

a aplicação subsidiária de outras normas em sua implementação, equipara as medidas socioeducativas a medidas protetivas, negando o caráter penal e sancionatório das primeiras e reforçando a confusão conceitual entre proteção e socioeducação. Sob o argumento da proteção integral, tal posição atualiza a chave tutelar discricionária nos procedimentos da Justiça da Infância e Juventude. É, sem dúvida, exemplo categórico de decisionismo que faz uso dos princípios conforme a conveniência.

No tocante ao ato infracional equiparado ao tráfico de drogas, frequentemente as decisões buscam justificar a imposição de medida de internação ao ato infracional mesmo sem a presença da violência ou grave ameaça:

O tráfico de drogas deve ser considerado um dos atos infracionais mais graves, pois é prática que vem disseminando o vício entre a população mais vulnerável, ou seja, mais jovem e mais desprotegida da sociedade. O tráfico de drogas é ato infracional que pressupõe emprego de violência contra toda a sociedade^[189].

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

Por todo o país, o ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes, embora não comporte violência nem grave ameaça à pessoa, vem sendo reprimido com a imposição de medida de internação sob o argumento de tratar-se de crime hediondo e que afeta bem jurídico de toda a sociedade. Essa tendência em coletivizar um suposto bem jurídico reflete aquilo que se convencionou chamar expansão do direito penal e configura uma espécie de relativismo jurídico, que dissolve o conceito de bem jurídico em múltiplos, casuais, contingentes e até mesmo inconsistentes bens.

Trata-se do que Ferrajoli denominou de utilização de termos vagos, imprecisos e valorativos que derogam a estrita legalidade dos tipos penais e permitem um amplo espaço à discricionariedade e à “inventiva” judicial, o que não deveria ter guarida em um Estado democrático de Direito.

Quando se discute a internação provisória e sua pertinência, via de regra, utiliza-se do discurso da proteção do adolescente para sua decretação, operando profunda confusão entre seu caráter e eventual medida protetiva que se faça

necessária para garantir a integridade do adolescente. A mesma situação jamais seria admitida na justiça penal comum, um adulto não seria submetido à prisão preventiva sob o argumento de necessitar de proteção. É evidente que em tal situação o adolescente é submetido a condições mais severas do que um adulto seria. Também são encontradas categorias estereotipadas de desajuste social e propensão à violência como características atribuídas ao adolescente.

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

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

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

Outro elemento recorrente é a utilização do princípio do livre-convencimento do juiz como justificativa suficiente para a manutenção da internação. Incorre-se nesse caso em equívoco, pois a livre-convicção do juiz deve advir da confirmação pela pluralidade de provas e exige efetiva justificação da decisão:

Conforme leciona Aroca^[190], a valoração livre que cabe ao julgador não é igual à valoração discricional, nem se resume na consciência do juiz. Trata-se da forma como o juiz valora determinada prova, sendo que tal decisão deve expressar-se de modo motivado na sentença.

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

No tocante à prescrição, muitas decisões argumentam que, em face do caráter pedagógico das medidas, nunca se perde o interesse de agir até que o adolescente complete 21 anos. Tal posicionamento está em oposição ao firmado pelo Superior Tribunal de Justiça em sua Súmula 338, que inclusive remete aos parâmetros do Código Penal, especialmente à redação do art. 115 do mesmo Código.

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

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

A negação do caráter sancionatório das medidas socioeducativas e a atribuição à internação de uma índole eminentemente segregadora, cuja tarefa é a retirada do convívio social, são aspectos perigosos que, de um lado, eliminam a feição sancionatória das medidas, o que pode levar à sua utilização irracional e ilimitada; e, de outro, concebem a segregação como a principal tarefa da privação de liberdade afastando o desafio pedagógico que a medida deve contemplar.

No que toca às visões que sobressaem acerca da adolescência, da prática de infrações penais e do papel e finalidade das sanções, deve-se ter em mente que toda motivação de uma decisão é antes tentativa de persuasão, sendo certo também que nada garante, como adverte Perelman, que cada juiz esteja perfeitamente consciente de todos os móbeis que o inclinam para certa solução^[191]. Vale dizer, a própria ideia de motivação, de justificação de uma

decisão, muda de sentido ao mudar de auditório:

Enquanto pela motivação o juiz só tinha de justificar-se perante o legislador, mostrando que não violava a lei, bastava-lhe indicar os textos que aplicava em sua sentença. Mas, se a motivação se dirigir à opinião pública, esta quererá, além disso, que a interpretação da lei pelo juiz seja o mais conforme possível tanto à equidade, quanto ao interesse geral.^[192]

No escólio de Perelman, motivar uma sentença é justificá-la, de modo demonstrativo, ou seja, de forma a persuadir um auditório, e o Direito passa a ser, simultaneamente, ato de autoridade e obra de razão e de persuasão. Como exercício de um poder, há sempre a possibilidade de uma escolha razoável entre várias soluções, sendo certo que tal escolha inevitavelmente dependa de um juízo de valor.

De modo geral, acredita-se que o juiz preste contas na motivação para os ouvintes a que se dirige e conforme o papel que cada jurisdição deve cumprir. Igualmente, acredita-se que os tribunais inferiores se justifiquem perante as partes, a opinião pública e, sobretudo, às instâncias superiores que podem exercer papel de controle em casos de recursos.

Entretanto, dos discursos recolhidos para esta reflexão, não se pode afirmar que os tribunais estaduais estejam efetivamente preocupados em justificar-se perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, via de regra, vem apresentando uma tendência bem mais receptiva aos pleitos da defesa dos adolescentes. Conforme já assinalado por Flávio Frassetto^[193], um olhar apurado sobre os julgados indica, de um lado, a receptividade da Corte Federal aos reclamos da defesa e, de outro, que os graus inferiores da Justiça não têm guardado, com a fidelidade esperada, os direitos outorgados aos jovens que poderão receber ou que já receberam medidas socioeducativas.

3.4 Conclusões preliminares

Na medida em que a interpretação opera a historicização da norma, a interpretação da lei nunca é o ato solitário de um magistrado ocupado, como adverte Pierre Bourdieu, mas trata-se de luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais, capazes de mobilizar, também de modo desigual, os meios ou recursos jurídicos. A hermenêutica jurídica é, dessa maneira, reforçada como consequência da inegável dimensão argumentativa do direito.

Em outras palavras, trata-se de reconhecer que a atividade hermenêutica, seja ela de apreensão do sentido normativo, seja de complementação de significados

– no caso de lacunas ou conflitos de normas, tem sempre de ser argumentada a partir do próprio direito vigente, o que significa adotar um pressuposto básico de caráter normativo e, ao mesmo tempo, admitir que os conceitos normativos “pedem” do decididor uma coparticipação na determinação de seu sentido.

Ocorre que, muitas vezes, e assim se dá no campo da interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente, os juízes se refugiam no papel de intérprete que apenas realiza uma simples aplicação da lei e, quando realizam obra de criação jurídica, tendem a dissimulá-la[194]. O enaltecimento do ato de interpretação visa sublimar a decisão, demonstrando que ela exprime não a vontade e a visão de mundo do juiz, mas sim a *voluntas legis* ou *legislatoris*.

As duas concepções da interpretação são em verdade insatisfatórias. Enquanto a perspectiva subjetivista se concentra na revelação da vontade do legislador, acaba por encobrir, em uma suposta atividade de historiador, o papel criativo daquele que decide. Em contrapartida, a concepção objetivista da interpretação se arrisca a substituir a vontade do legislador pela do juiz e a suprimir a diferença entre a regra que foi promulgada e aquela que se queria ver instaurar[195].

Certo é que o juiz decide, resolve, escolhe e o faz em nome do que considera o direito e a justiça, sabendo que suas decisões se integrarão no sistema de direito de que ele constitui um elemento central. Nesse contexto, as técnicas de interpretação, justificadas pelo recurso à lógica jurídica – que não é uma lógica formal, mas uma lógica do razoável – representam um auxílio essencial, na medida em que lhe permitem conceituar, por uma argumentação apropriada, o que lhe dita seu senso de equidade e seu senso do direito.

Na interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente, fica evidente esse papel crescente do juiz na elaboração do direito, tendo em vista, inclusive, a textura aberta da legislação e a presença marcante de princípios que carecem de maior regulamentação ou preenchimento de sentido, labor que o legislador deixou a cargo do juiz.

A opção principiológica do legislador estatutário responde à dinâmica e ao contexto político de elaboração da norma. Como já mencionado, o ECA promove quase uma “revolução” jurídica, na medida em que reconhece direitos a crianças e adolescentes, na qualidade de sujeitos de direitos, quando outrora estavam excluídos por completo das prioridades e finalidades do Estado.

Essa técnica legislativa posterga de certa forma a atividade legiferante para situações-limite, já que ao intérprete cabe a adequação do princípio ao caso

concreto. Em outras palavras, significa dizer que o juiz, ao decidir, legisla diante do elevado número, por exemplo, de princípios estatutários ainda não regulamentados.

E, conforme analisa Perelman, é “a dialética entre o legislativo e o poder judiciário, entre a doutrina e a autoridade, entre o poder e a opinião pública, que faz a vida do direito e lhe permite conciliar a estabilidade e a mudança” [196].

Cabe aqui destacar, na esteira do pensamento habermasiano, que, tal qual advertiu Gadamer, existe uma inegável incindibilidade entre aplicação e interpretação e, de igual maneira, não há como separar o Direito da Moral[197].

A redução do direito à lei, ou a chamada “absolutização da norma”, no dizer de Heron Gordilho[198], permite constatar que posituação e decisão podem ser vistas como correlatas, e mesmo as tentativas modernas de fazer da ciência jurídica uma ciência da norma como se dá na Teoria Pura kelseniana não lograram afastar o problema do comportamento humano e suas implicações na elaboração e aplicação do direito. Assim, os intentos em separar o direito e os demais fenômenos culturais, como a política, a religião e a economia, não são capazes de se sustentar em face das limitações do pensamento científico-jurídico.

Na pós-modernidade, o Direito é desafiado a encarar o mito da neutralidade, uma vez que o objeto central da Ciência do Direito não é nem a posituação nem o conjunto das normas positivas, mas o próprio homem que, do interior da positividade jurídica que o envolve, representa-se, discursivamente, no sentido das normas ou proposições prescritivas que ele mesmo estabelece, obtendo, afinal, uma representação da própria posituação.

Nesse sentido, a abordagem jurídica pós-moderna aproxima o Direito da Sociologia, pois enquanto aquela cuida dos objetos culturais na lógica do ser, o Direito cuida dos objetos culturais na lógica do dever ser.

Outra constatação importante está no reconhecimento do papel da doutrina como precioso instrumento auxiliar da justiça, no sentido de fornecer as justificações que permitam restringir ou ampliar o alcance das regras de direito de uma forma aceitável pelas Cortes e Tribunais. É na medida em que elas fornecem as razões de uma solução aceitável que serão adotadas pela jurisprudência. Elas se empenham, através de sua argumentação, em convencer os legisladores, os juízes e a opinião pública de que, sobre esses dois pontos, o caráter aceitável das soluções e o valor das justificações são preferíveis às concepções concorrentes.

Nesse aspecto, a fragilidade da doutrina jurídico-penal em matéria de responsabilidade penal de adolescentes é, sem dúvida, uma das razões para a informalidade dos procedimentos que resultam em privação da liberdade e violação de direitos. Acredita-se que é possível atribuir, parcialmente, esse procedimento a um sistema anterior que limitava a abordagem do direito a poucos e imprecisos dispositivos procedimentais. Como se pode constatar, para a boa doutrina penal brasileira, a questão se resumia, praticamente, ao bom senso e à prudência do magistrado (nem sempre presentes)[199]. Tais atitudes subjetivas supririam qualquer outro cuidado externo por parte do poder público. Não havia, dessa forma, como construir um corpo doutrinário nem formar intérpretes e doutrinadores sobre tais bases. Esse legado de exagerada atitude assistencial tem permitido que, mesmo sob a égide do Estatuto, as práticas judiciais atuais sejam ainda inspiradas, muitas vezes, no modelo anterior. Ou seja, a hesitação em adotar um modelo amplamente garantista para o adolescente tem permitido a discricionariedade na apuração da infração praticada e consequente aplicação da medida.

Como se pôde perceber da análise realizada, em seus 21 anos de vigência, o Estatuto da Criança e do Adolescente vem sendo interpretado de forma bastante homogênea pela jurisdição de primeiro grau, através de entendimentos em geral contrários aos principais pleitos da defesa. Observa-se uma inquestionável tendência de negação às suas teses na maioria dos Tribunais e uma cristalização de procedimentos irregulares se contrastados ao texto da Lei.

Não são poucos os exemplos que denotaram um automatismo na aplicação da medida de internação em descon sideração inclusive a regras expressamente indicadas pela legislação, como é o caso do princípio da excepcionalidade.

Observa-se, de um lado, a dificuldade de superação da herança kelseniana do decisionismo e, de outro, que a discricionariedade foi reapropriada pelos procedimentos argumentativos, ou seja, sob o manto de uma racionalidade argumentativa ainda prevalece a subjetividade do decisor.

Finalmente, poder-se-ia atribuir a essa realidade interpretativa as dificuldades inerentes a uma legislação principiológica, posto que os princípios permitem uma comunicação mais aberta, um número indefinido de hipóteses, uma racionalidade material, e não apenas lógico-formal, e inevitavelmente enfrentam maiores dificuldades na formação e consolidação da jurisprudência.

Fato é que os juízes podem explorar, com um grau substantivo de liberdade, a polissemia, as ambiguidades, as lacunas e a elasticidade da legislação, resultando

na aplicação e utilização das medidas de internação como intervenção psicossocial destinada a modificar o sujeito em franco alheamento às regras e princípios processuais penais de garantia. As medidas socioeducativas, aplicadas sem a observância do devido processo legal e do contraditório, constituem uma ferramenta de reforço da exclusão a que muitos ou a esmagadora maioria dos adolescentes estão expostos. A ironia é que, no momento de sua imposição, as medidas socioeducativas se sustentam num discurso compensatório, já que os adolescentes envolvidos com a prática de infrações penais sempre revelam, em alguma fase de suas vidas, direitos negligenciados[200].

Desse modo, da interpretação e do discurso predominante, pode-se facilmente atestar, no funcionamento da Justiça da Infância e Juventude e secundariamente dos Tribunais – ou seja, de modo geral no Sistema de Justiça Juvenil brasileiro como um todo –, uma forma atualizada de pedagogismo penal, fundado nos dois elementos que caracterizam os modelos tutelares em sede processual: a ausência de garantias e o amplo arbítrio judicial.

Da ausência de garantias, já se demonstrou, à luz do pensamento de Luigi Ferrajoli, que a ausência de normas nunca é neutra, a ausência de normas é sempre a regra do mais forte. Assoma que a utilização de critérios como a “vontade do legislador estatutário” e sua suposta intenção inclinada à proteção dos adolescentes constituem-se em dimensões discursivas que legitimam o poder punitivo praticado e acobertam a discricionariedade.

Todos os aspectos até aqui trabalhados permitem concluir pela premente necessidade de formulação e consolidação de doutrina jurídica adequada. Muito embora se possa reportar a existência de um modelo de justiça juvenil no ordenamento jurídico brasileiro, há carência de uma construção doutrinária a respeito, que possa exercer auxílio interpretativo e sanar as enormes disparidades na compreensão do que é o ato infracional, do que são as medidas aplicáveis e, sobretudo, de como se sustenta a responsabilização dos menores de idade.

É na busca desses elementos da dogmática já existente que se desenha o objetivo central deste trabalho: traçar os elementos basilares de uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes.

PARTE II

Fundamentos da Responsabilidade Penal de Adolescentes

Notas Introdutórias

Como já colocado de manifesto, a intenção do presente estudo é traçar os principais elementos para uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes. Tal objetivo necessariamente implica a adoção de alguns pontos de partida e pressupostos que possam iluminar as conclusões pretendidas.

Nesta direção, torna-se necessário definir e conceituar o que seja o próprio Direito penal juvenil ou de adolescentes, como ramo ou disciplina jurídica e, em consequência, definir também o ato infracional e a medida socioeducativa.

Esses conceitos são fundamentais na delimitação do âmbito de incidência das regras e princípios do Estatuto da Criança e Adolescente e, mais que isso, na configuração de um sistema ou modelo próprio de atribuição de responsabilidade penal aos adolescentes. Ao configurar-se um modelo próprio como subsistema do sistema penal tradicional, emergem questões a serem respondidas e qualificadas como condição de adequação e coerência do próprio sistema. Essas questões dizem respeito exatamente à imputabilidade e à culpabilidade em suas consequências para a menoridade penal.

Em síntese, os aqui chamados elementos para uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes são a definição do Direito penal juvenil, o conceito de ato infracional, a natureza da medida socioeducativa, a inimputabilidade penal etária ou a imputabilidade penal *sui generis* dos adolescentes e, por derradeiro, as dimensões de uma culpabilidade específica dos menores de 18 anos.

[153](#) Ferrajoli destaca que um dos primeiros elementos das garantias penais é o chamado convencionalismo penal, que resulta do princípio da estrita legalidade na determinação abstrata do que é punível. Esse princípio exige duas condições: o caráter formal ou legal do critério de definição de desviação e o caráter empírico ou fático das hipóteses de desviação legalmente definidas (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 34).

[154](#) ARISTÓTELES. *Retórica*. Introdução de Manuel Alexandre Júnior. Tradução do grego e notas de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: INCM, 1998: “é preciso fazer o juiz, árbitro no menor número de coisas possíveis”.

[155](#) Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Apresentação Renato Janine Ribeiro. Tradução Chistina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

[156](#) Sob a denominação de Direito penal do inimigo podemos identificar uma crescente tendência de desformalização do direito que se expressa em pelo menos três aspectos de matiz eficientista: a) ampla antecipação da punibilidade; b) indistinção na cominação de penas por delitos de resultado e delitos de perigo, sobretudo aqueles considerados de perigo comum; c) supressão de garantias processuais. O funcionalismo de Gunther Jakobs parece legitimar que o Estado para lutar eficientemente contra o inimigo, imponha penas desproporcionais e draconianas, penalize condutas inócuas em si mesmas ou muito distantes de representar uma ameaça ou perigo para um bem jurídico e o que é ainda mais grave, elimine ou reduza ao mínimo certas garantias e direitos do imputado no processo penal (MUÑOZ CONDE, Francisco. *O direito penal do inimigo*. Tradução de Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012).

[157](#) YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002. Pensamento Criminológico 7, p. 163.

[158](#) YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade*, op. cit., p. 163.

[159](#) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 43.

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

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

[162](#) MUÑOZ CONDE, Francisco. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

[163](#) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 43.

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

[165](#) O reconhecimento de variadas possibilidades interpretativas não é novidade no âmbito da Teoria do Direito. Mesmo Kelsen admite que a atividade de interpretação resulte em uma decisão dentre outras possíveis, não havendo, portanto, uma decisão única e correta. Apesar de seu formalismo positivista, revela uma visão metaética subjetivista e, portanto, relativista da justiça, chegando a afirmar que o juízo através do qual julgamos algo como justo não pode jamais pretender excluir a possibilidade de um juízo de valor oposto. A justiça absoluta lhe parece, assim, um ideal irracional. Em síntese, para Kelsen a interpretação

que é realizada pelo órgão aplicador do Direito, sendo sempre autêntica, cria o Direito: “na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva”. Portanto, o direito a ser aplicado representa um simples marco no interior do qual existem várias possibilidades de aplicação, sendo que todo ato que se ajuste ao marco é considerado adequado (KELSEN. Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991).

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

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

[168](#) Essa particularidade que os autores anglo-saxões qualificam de “textura aberta” da linguagem ordinária (*open texture*) sinaliza a existência de uma zona de penumbra que rodeia o núcleo de sentido claro de um conceito (HART. *The concept of Law*, p. 121 e segs. (1961) apud LARENZ. Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 413).

[169](#) Exemplo recente é o Projeto de Pesquisa “Responsabilidade e Garantias ao adolescente autor de ato infracional: uma proposta de revisão do ECA em seus 18 anos de vigência”, sob coordenação da Professora Doutora Maria Auxiliadora de Almeida Minahim, realizado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) no âmbito da linha de pesquisa Estatuto da Criança e do Adolescente: apuração do ato infracional atribuído a adolescente do Projeto Pensando o Direito – Edital 01/2009 da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça. A pesquisa, realizada em 2009, partiu da análise de dados coletados junto aos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Paraná e Bahia e Superior Tribunal de Justiça (STJ) em matéria de medida socioeducativa de internação no período de janeiro de 2008 a julho de 2009 e, posteriormente, da observação de casos junto às varas da infância e juventude de São Paulo, Porto Alegre, Recife e Salvador. A primeira etapa da pesquisa jurisprudencial adotou como metodologia a pesquisa quantitativa por amostragem aleatória simples. O estudo qualitativo acerca da Justiça de 1º Grau, no tocante à apuração de ato infracional praticado por adolescente e à imposição de sentenças de internação, foi realizado mediante o acompanhamento de 15 audiências e análise de 14 processos em São Paulo, 15 audiências e análise de 15 processos em Salvador, 12 audiências e 11 processos em Porto Alegre e 12 audiências e 13 processos em Recife (MINAHIM, Maria Auxiliadora (Coord. Cient.). *ECA: apuração do ato Infracional atribuído a adolescentes*. Série Pensando o Direito. nº 26/2010. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos e Programa para o Desenvolvimento das Nações Unidas, 2010).

[170](#) MENDEZ, Emilio Garcia. Evolución histórica del derecho de la infancia: por que uma história de los derechos de la infancia. In: *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. ILANUD, 2006.

[171](#) Em um grande número de casos, os argumentos da proteção da sociedade e da autoproteção do adolescente são invocados como fundamentação para a imposição da privação de liberdade.

[172](#) A consciência histórica efetual, na formulação de Gadamer, representa a tomada de consciência da própria consciência histórica de que, na suposta imediatez com que se orienta para a obra ou para a tradição,

estão sempre em jogo outros questionamentos, ainda que de uma maneira despercebida e, por consequência, incontrolada. Quando procuramos compreender um fenômeno histórico a partir da distância histórica que determina nossa situação hermenêutica como um todo, encontramos-nos sempre sob os efeitos dessa história efetual. Ela determina de antemão o que se mostra a nós de questionável e como objeto de investigação, e nós esquecemos logo a metade do que realmente é, mais ainda, esquecemos toda a verdade desse fenômeno, a cada vez que tomamos o fenômeno imediato como toda a verdade. A consciência da história efetual é, em primeiro lugar, consciência da situação hermenêutica (GADAMER. Hans-Georg. *Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 1999).

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

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

[175](#) Não se trata aqui de negar o ordenamento jurídico como sistema aberto e móvel, tal qual descreveu Claus Wiheim Canaris ao considerá-lo como conjunto de normas cuja interpretação está em constante movimento (CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996). Tampouco desprezamos o importante papel da jurisprudência na criação do Direito, porém nos associamos ao pensamento garantista de Luigi Ferrajoli, segundo o qual a ausência de normas nunca é neutra, a ausência de normas é sempre a regra do mais forte (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – teoria del garantismo penal*, op. cit.).

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

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

[178](#) SEGURA ORTEGA, Manuel. *La racionalidad jurídica*. Madrid: Tecnos, 1998, p. 104.

[179](#) HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

[180](#) MINAHIM, Maria Auxiliadora (Coord. Cient.). *ECA: apuração do ato infracional atribuído a adolescentes*, op. cit.

[181](#) O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 112, exige rigoroso nexos de causalidade entre a conduta praticada pelo adolescente e o dano causado. A conduta dolosa ou ao menos culposa que atentou contra bens jurídicos protegidos em normas incriminadoras é, ao lado da lesão ao bem jurídico, o critério para a imposição de medida socioeducativa. A verificação da prática de um ato infracional não é condição suficiente para a imposição de uma medida privativa da liberdade, que somente é admitida na inexistência de outra mais adequada. Advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional são os tipos de medidas previstas pelo Estatuto, em linha crescente de severidade, ou interferência na liberdade

individual de adolescentes a quem se atribui a autoria da infração. Dividem-se em medidas não privativas de liberdade (advertência, reparação de dano, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida) e medidas privativas de liberdade (semiliberdade e internação). Assim como a imposição de pena exige a demonstração inequívoca de autoria e materialidade, o mesmo se estabelece para as medidas socioeducativas, consoante o art. 114 da Lei n. 8.069/90: “A imposição das medidas previstas nos incisos II a IV do art. 112 pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do art. 127”. É importante sublinhar ainda que, afora todos os princípios penais e especiais que incidem no Direito penal juvenil, o Estatuto da Criança e do Adolescente é expresso ao recomendar a aplicação preferencial de medidas que não prejudiquem a socialização dos adolescentes, conforme art. 100 da Lei: “Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”.

[182](#) SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. *Inimputabilidad y sistema penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1996.

[183](#) GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2002.

[184](#) Em obra anterior, adotei a expressão “Direito penal juvenil” para designar a matéria correspondente à atribuição de responsabilidade a adolescentes autores de ato infracional que integra a normativa da Criança e do Adolescente. Para mais detalhes, ver SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*, op. cit. Nesta, opto pela “Direito penal de adolescentes”, sem prejuízo de sua sinonímia.

[185](#) GARRIDO DE PAULA, op. cit.

[186](#) “Durante o período de internação, inclusive provisória, serão obrigatórias atividades pedagógicas” (art. 123, parágrafo único, da Lei n. 8.069/90).

[187](#) Para conhecer a pesquisa na íntegra, ver MINAHIM, Maria Auxiliadora (Coord. Cient.). *ECA: apuração do ato infracional atribuído a adolescentes*, op. cit. Para aprofundar-se no tema da interpretação em face das decisões encontradas, ver MINAHIM, Maria Auxiliadora; SPOSATO, Karyna B. A internação de adolescentes pela lente dos tribunais. *Revista Direito GV*, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, v. 7, n. 1, jan./jun. 2011, p. 277.

[188](#) No recorte temporal da pesquisa, foram identificadas 42 ocorrências sobre medida socioeducativa de internação, das quais 40 foram analisadas na Pesquisa (MINAHIM, Maria Auxiliadora (Coord. Cient.). *ECA: apuração do ato infracional atribuído a adolescentes*, op. cit., p. 22.

[189](#) MINAHIM, Maria Auxiliadora (Coord. Cient.). *ECA: apuração do ato infracional atribuído a adolescentes*, op. cit., p. 23.

[190](#) AROCA, Juan Monteiro. *Principios del proceso penal – una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 139-140.

[191](#) PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 560.

[192](#) PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*, op. cit., p. 560.

[193](#) FRASSETO, Flávio Américo. *Ato infracional, medida socioeducativa e processo: a nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <www.abmp.org.br/sites/frasseto>. Acesso em: jun. 2010.

[194](#) BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 219.

[195](#) PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*, op. cit., p. 624.

[196](#) PERELMAN, op. cit., p. 631.

[197](#) HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Bueno

Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 191.

[198](#) GORDILHO, Heron José de Santana. Por uma dogmática pós-moderna. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia – Homenagem ao Prof. Orlando Gomes*, 2008.

[199](#) MINAHIM, Maria Auxiliadora (Coord. Cient.). *Série Pensando o Direito*, n. 26/2010, op. cit.

[200](#) A violação de direitos e a ausência de políticas de proteção reforçam contextos de violência doméstica, baixa escolaridade, defasagem escolar, precária inserção no mercado de trabalho, abandono e vivência institucional em abrigos ou vivência de rua.

4

Elementos Pressupostos da Responsabilidade Penal de Adolescentes

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

4.1 O direito penal juvenil ou o direito penal de adolescentes

Há uma extensa variedade de autores estrangeiros que se dedicam a definir o Direito penal juvenil. Nas lições de Higuera Guimerá[201], trata-se de um Direito penal especial, que integra o Direito penal, e orienta-se fundamentalmente para a prevenção especial positiva[202] em seu aspecto educativo.

Claus Roxin[203], na obra *Derecho penal* – Parte general, assinala que não pelo âmbito das normas tratadas, mas sim pela classe especial de autor, o Direito penal juvenil se converte em um campo de Direito próprio. Trata dos delitos cometidos por menores de idade e suas consequências (parcialmente penais), contendo preceitos especiais de Direito material e processual.

Esta parece ser uma posição relativamente pacífica na doutrina internacional[204]. O Direito penal juvenil corresponde às normas que regulam a responsabilidade penal dos menores de idade. Normas estas que pertencem ao Direito penal, contemplando situações nas quais se impõem consequências jurídico-penais aos autores de uma infração penal. A intervenção do *ius puniendi* do Estado, conforme assinala Vázquez González, surge única e exclusivamente por um motivo: o cometimento de uma infração penal (crime ou contravenção) por menores de idade, à qual se impõe uma reação jurídica voltada a prevenir

futuras infrações.

No tocante às diferenciações entre o Direito penal de adultos e o Direito penal de adolescentes, destaca-se que repousam apenas no sistema de consequências jurídicas, e em alguma medida a depender do ordenamento jurídico em questão, em aspectos relativos às regras de autoria e participação, tentativa, desistência, atos preparatórios, erro, imprudência e eximentes.

É importante tal consideração porque, conforme adverte Zaffaroni[205], dentre outros autores, no curso do século XX se configurou um Direito penal juvenil de discutível autonomia científica. Fundado sob a ideologia tutelar, cumpriu a função de ocultar a carência de políticas sociais direcionadas à infância e juventude, utilizando-se dos conceitos de situação irregular e abandono material e moral, admitindo-se, assim, uma indiscriminada intervenção judicial[206].

Faz-se necessário reforçar que a legislação afeta à responsabilidade de adolescentes é parte do ordenamento jurídico de um Estado de Direito e que, como tal, deve contemplar todas as garantias e limites ao exercício do poder punitivo das agências administrativas e judiciais. Aliás, esse campo exige redobrados cuidados, que, desprezados ao longo da história, levaram a aberrações e autoritarismos extremos[207].

Mesmo o principal impasse dogmático que se observa atualmente em relação à visão estereotipada do adolescente como ser incapaz tem origem na feição dos primeiros tribunais de menores, criados como tribunais paternais e desjuridicizados.

É preciso, portanto, superar a ideia de uma autonomia do Direito penal juvenil, pois, em verdade, este pressupõe um cabal conhecimento prévio do Direito penal de adultos, ainda que apresente peculiaridades no que se refere às finalidades educativas de suas consequências.

Cabe ainda assinalar na esteira de Higuera Guimerá[208] que a ciência do Direito penal juvenil é dogmático-jurídica, ou seja, constitui-se em setor especializado da dogmática penal, através de um sistema de direito positivo juvenil cuja missão é a interpretação dos preceitos penais[209].

Do ponto de vista das possíveis configurações do Direito penal material juvenil, Hiuguera Guimerá aponta três sistemas de possibilidades: o primeiro, no qual há plena coincidência entre o Direito penal juvenil e o Direito penal de adultos.

Essa coincidência se define pela idêntica configuração do campo de incidência de suas normas, ou seja, no tocante aos fatos delitivos de menores de idade

coincidirem aos fatos delitivos também tipificados para os adultos. Trata-se daquilo que já se apontou neste estudo, de que tudo o que é definido como crime para os adultos também o é para os adolescentes[210]. Esse é o sistema adotado pelo modelo de responsabilidade do Estatuto da Criança e do Adolescente no ordenamento jurídico brasileiro.

Sobre esta temática, ganha substancial importância a regra 56 das Diretrizes de Riad[211] ao dispor que “a fim de impedir que se prossiga a estigmatização, vitimização e incriminação dos adolescentes e jovens, as legislações dos países não poderão considerar delitivos para estes, fatos que não o sejam para os adultos”. Em outras palavras, um adolescente somente pode ser acusado, processado e sancionado por fatos que ensejariam, de igual forma, o funcionamento do sistema penal de adultos.

A segunda configuração possível é a de um sistema amplo ou extenso de Direito penal juvenil correspondente à admissão de infrações que, não sendo puníveis para os adultos, o são para os menores de idade, tais como faltas escolares injustificadas, desobediências, embriaguez, etc. De plano, um sistema dessa feição contrapõe-se ao princípio de que um menor de idade jamais seja sancionado quando um adulto não o seria. A adoção de um sistema de Direito penal juvenil desta natureza caracterizaria uma intervenção mais gravosa e repressiva aos menores de idade do que o próprio Direito penal de adultos.

Por último, a terceira configuração possível é a de um sistema restringido de Direito penal juvenil, no qual se admita a descriminalização primária para determinados fatos que, sendo puníveis aos adultos, deixem de o ser para os adolescentes. Tal configuração tem sido objeto de discussões frequentes e se interliga, de certo modo, à Teoria do Sujeito Responsável, de Bustos Ramirez e Hormazábal Malarée, já mencionada neste estudo[212]. De acordo com esses autores, cabe ao Estado demonstrar que disponibilizou todos os elementos necessários aos destinatários das normas para destes exigir responsabilidade. Considerando que a realidade de um adolescente não é a mesma que a de um adulto, o Direito deve adequar-se a essa situação, modelando diferenças em matéria de regulação.

Observa-se, portanto, quão atrasada encontra-se parte da doutrina brasileira na matéria, ao resistir em aceitar a existência de um direito penal juvenil ou de adolescentes, advogando por um suposto Direito Infracional[213]. Esse posicionamento retrógrado e inconsistente impede que se avance em termos doutrinários à luz do direito comparado.

E, o que é mais grave, opera em prejuízo dos adolescentes e em benefício de discursos repressivos, pois a negação de um direito penal juvenil é fonte, na opinião pública, de um forte sentimento de impunidade em relação aos adolescentes autores de infração penal, como se o direito penal lhes fosse indiferente. Alimenta o cíclico debate em favor da redução da idade penal[214], pois que setores conservadores se valem da ignorância popular para afirmar que no Brasil, diferentemente de outros países, os adolescentes não são punidos pelos crimes que praticam[215].

Nas palavras de Sérgio Salomão Shecaira:

O sistema de responsabilização presente no Estatuto da Criança e do Adolescente pressupõe, pois, a existência de crime ou contravenção como causa objetiva, eficiente e necessária para o acionamento do sistema, sem prescindir das condições subjetivas (dolo ou culpa). Do ponto de vista objetivo, estabeleceu-se um sistema que não pode prescindir dos atos aos quais correspondem condutas descritas como crimes ou contravenções. Porém, é variável a intensidade da responsabilização, porquanto há uma relativização do princípio da proporcionalidade em função do superior interesse da criança. Mas, reafirma-se, a dualidade da identificação entre ato infracional e crime ou contravenção não passa de um eufemismo, que na essência permite ainda mais compreender o estudo do tema como de um ramo do Direito Penal[216].

Tais considerações conduzem à própria definição de ato infracional e reforçam o que já se procurou detalhar no tocante à inegável presença do direito penal na origem da intervenção jurídica como nas suas consequências.

O Direito penal juvenil, desse modo, possui um variado número de princípios e regras que funcionam como limite ou garantia ante o poder punitivo. Para sua caracterização inicial, deve-se necessariamente partir de dois de seus fundamentos principais: o reconhecimento de uma responsabilidade especial a partir de certa idade – no caso, o início da adolescência, fixado aos 12 anos de idade no ordenamento jurídico brasileiro e no modelo adotado pelo Estatuto – e a incorporação de um conjunto de garantias que limitam o poder punitivo do Estado e orientam uma reação ao delito juvenil que promova a integração social e a observância dos direitos da criança e do adolescente.

O estabelecimento de uma idade mínima para o início da responsabilidade juvenil deriva de várias recomendações de instrumentos internacionais; por exemplo, o item 4.1 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude, conhecidas como Regras de Beijing, estabelece:

Nos sistemas jurídicos que reconheçam o conceito de responsabilidade penal para jovens,

seu começo não deverá fixar-se numa idade demasiado precoce, levando-se em conta as circunstâncias que acompanham a maturidade emocional, mental e intelectual.

Como dito, no Direito Brasileiro, a idade de início da Responsabilidade Penal Juvenil está fixada em 12 anos. Como será discutido a seguir, se comparada a outros países, é uma idade relativamente baixa. Quando se deixa de encobrir a natureza penal das medidas aplicadas aos adolescentes a partir dos 12 anos, o debate da redução da idade penal resta vazio em conteúdo e utilidade. Como já dissemos, negar a existência de Responsabilidade Penal de Adolescentes no Direito Brasileiro é como negar a chuva em um dia de tempestade. Necessário, entretanto, é delimitar seus elementos de sustentação: ao lado da delimitação do Direito penal juvenil, o conceito de ato infracional oferece também outros aspectos importantes nessa configuração.

4.2 O conceito material de ato infracional

Quando se detalhou, na primeira parte deste estudo, o modelo de responsabilidade adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, cuidou-se também de conceituar preliminarmente o ato infracional[217], de modo que não seria necessário repetir aquilo que já se afirmou. Contudo, por questão de ordem metodológica, a opção é reinserir o conceito nesta segunda parte do trabalho com o intuito de nomeá-lo como um dos elementos basilares para a Teoria da Responsabilidade de adolescentes.

Afinal, o ato infracional é a condição material necessária ao acionamento do sistema de responsabilidade de adolescentes e à aplicação das medidas socioeducativas. A definição do art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente revela: “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

Portanto, a conduta praticada pelo adolescente somente se afigurará como ato infracional se, e somente se, contiver os mesmos aspectos que conformam a definição do crime, da infração penal[218]. Por conseguinte, o critério de identificação dos fatos de relevância infracional é a própria pena criminal, o que implica que a definição de ato infracional está inteiramente condicionada ao Princípio da Legalidade, como já visto.

Uma possível classificação de crime e contravenção penal é a que os considera como espécies do gênero delito[219]. Desse modo, não se admite no ordenamento jurídico brasileiro a imposição de medida socioeducativa sem a existência de crime ou contravenção. Leciona Salomão Shecaira que, por não

haver diferença ontológica entre o crime e a contravenção, as duas modalidades de delito devem ser consideradas para a imputação subjetiva do fato ao infrator[220].

Também as lições de Olympio de Sá Sotto Maior Neto[221] são particularmente elucidativas nesse aspecto:

Ao tempo em que o artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê considerar-se ato infracional a conduta como crime ou contravenção, que o artigo 112, *caput* também do Estatuto da Criança e do Adolescente indica, em rol taxativo (e não exemplificativo) quais são as medidas socioeducativas (e protetivas) aplicáveis aos adolescentes autores de atos infracionais, e que, ainda o artigo 114 do mesmo diploma legal estabelece que a imposição de qualquer das medidas socioeducativas pressupõe comprovação da autoria e materialidade da infração, indisputável resta que o princípio da legalidade passa a integrar o conjunto de garantias estabelecido em relação ao adolescente autor de ato infracional.

E, como já delineado, das prescrições legais pode-se afirmar que ato infracional é toda conduta típica (crime ou contravenção penal), antijurídica e culpável (punível/reprovável). Daí derivar de suma importância a regra do art. 189 do Estatuto, segundo a qual se determina à autoridade judiciária que não aplique qualquer medida desde que reconheça estar provada a inexistência do fato, não haver prova da existência do fato, não constituir o fato ato infracional ou não existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional.

Desse modo, em não havendo tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade no que se refere à reprovabilidade da conduta praticada, não há que se falar em imposição de medida socioeducativa.

Fala-se aqui de um conceito material de ato infracional, a exemplo do conceito material de delito, que, conforme descreve a extensa maioria dos autores, refere-se tanto à qualidade quanto ao conteúdo da atuação punível.

No escólio de Roxin[222], o conceito material de delito é aquele que denota um critério político-criminal sobre o que se pode punir e o que se deve deixar impune, superando, assim, um conceito meramente formal de delito apenas adstrito à definição de direito positivo.

Luís Fernando Camargo Vidal[223] traduz essa compreensão, ao abordar que:

Ao definir o ato infracional como a conduta criminosa ou contravencional, evidentemente a lei opera com o fenômeno da criminalidade na visão parcial do direito penal, pois se vale justamente da noção de mínimo ético que o define. Consequentemente, derivam do direito penal as regras de interpretação do ECA quanto ao ato infracional. O estabelecimento de garantias processuais, de hipóteses absolutórias, etc., previstas no ECA, comprova o raciocínio.

Em suma, o ato infracional é a condição indispensável para o acionamento do sistema de responsabilidade juvenil, assim como é o crime para o sistema penal tradicional. Por isso, o preenchimento de conteúdo material constitui elemento basilar da responsabilidade penal de adolescentes.

4.3 A natureza jurídica da medida socioeducativa

Representando o exercício do poder coercitivo do Estado e necessariamente implicando uma limitação ou restrição de direitos ou de liberdade, a medida socioeducativa imposta ao adolescente como resposta ou reação estatal ao cometimento do ato infracional tem inegável natureza penal e, de uma perspectiva estrutural qualitativa, não difere das penas.

Isso porque a medida socioeducativa cumpre o mesmo papel de controle social que a pena, possuindo finalidades e conteúdo assemelhados, diferindo apenas quanto ao sujeito destinatário. Isto é, como já dito, representa a política de controle social do delito na adolescência e funda-se no reconhecimento de que, se adultos e adolescentes são seres em condições e realidades diferentes, também o Direito deve ajustar-se a tais diferenças.

Cerezo Mir^[224] destaca que o Direito penal juvenil está essencialmente orientado aos fins da prevenção especial e marcadamente influenciado pelas normas de Direito internacional, especialmente pela Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. No caso da legislação espanhola, o referido autor demonstra que na própria Exposição de Motivos da lei se assume a natureza educativa das medidas sancionadoras, de especial intensidade, e rejeitam-se outras finalidades essenciais do Direito penal de adultos, como a proporcionalidade entre o fato e a sanção, ou a intimidação dos destinatários da norma.

Pondera, entretanto, que as medidas sancionadoras são penas, ainda que não recebam esse nome e se lhes atribua um maior acento na prevenção especial. Outros autores compartilham dessa posição, enfatizando o caráter penal das medidas dirigidas aos menores de 18 anos, ainda que fortemente voltadas à ressocialização, como o faz Cuello Contreras, dentre outros.

Por fim, arremata Cerezo Mir:

É inegável, portanto, que na eleição e aplicação das medidas, as exigências da prevenção especial joguem um papel importante, mas ainda que em menor medida também aquelas de reafirmação do ordenamento jurídico e de prevenção geral se fazem presentes. Ademais, não se aplicam medidas sancionadoras educativas se concorre alguma das eximentes do Código Penal (ou seja, alguma causa de justificação, de inimputabilidade, de

exclusão da culpabilidade, ou alguma escusa absolutória).

Com todas as características de coerção penal, as medidas procuram evitar a prática de novos atos infracionais por adolescentes e, sobretudo, diminuir a vulnerabilidade do adolescente ao Sistema de controle penal, por meio da oferta de um conjunto de serviços e políticas sociais[225].

A principal distinção da medida socioeducativa em relação à pena está em sua dupla face: a sancionadora e a educativa. Porém, mesmo a pena criminal no Direito Penal tradicional possui sua face ressocializadora, em virtude da função de prevenção especial, sem a qual a pena seria meramente simbólica, retributiva e instrumentalizadora do ser humano.

Para os adolescentes, contudo, o Princípio da Condição Peculiar de Pessoa em Desenvolvimento impõe que a prevenção especial das medidas se realize por intermédio de projetos educativos e pedagógicos, em atendimento às necessidades pessoais e ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários de cada jovem[226].

Olympio de Sá Souto Maior Neto[227] também discute a aplicação da medida socioeducativa no marco da legislação brasileira, atrelada às necessidades pedagógicas do adolescente. Demonstra o autor que não existe prévia correlação entre o ato infracional praticado e a medida socioeducativa a ser aplicada:

Aliás, mesmo tendo havido a prática de um ato infracional, o Estatuto da Criança e do Adolescente permite – atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional – a concessão de remissão como perdão puro e simples (portanto sem a inclusão de qualquer medida socioeducativa) em qualquer fase do processo, inclusive como forma de sua exclusão (v. arts. 126 e 127 do ECA). Por outro lado, a aplicação de medida socioeducativa não está vinculada aos parâmetros traçados no Código Penal para a dosimetria da pena (o chamado sistema trifásico de fixação da pena), nem mesmo à análise das denominadas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, mas sim a princípios próprios indicados nos arts. 112, § 1º, e 113, combinados com os arts. 99 e 100, todos do ECA (capacidade de cumprimento da medida pelo adolescente, as circunstâncias e gravidade da infração, as necessidades pedagógicas do adolescente, a preferência daquelas que visam ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, a possibilidade de aplicação isolada ou cumulativa e a possibilidade de sua substituição a qualquer tempo).

Dessa forma, a medida socioeducativa é espécie de sanção penal, visto que representa a resposta do Estado diante do cometimento de um ato infracional por adolescente e revela a mesma seleção de condutas antijurídicas que se exerce para a imposição de uma pena[228].

A prevenção especial, delimitada pelo princípio de condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, tem por objetivo evitar a reincidência e, com efeito, impedir a vulnerabilidade dos adolescentes ao sistema de controle social e à marginalização.

Poder-se-ia afirmar, também, que, para o alcance de tais objetivos, a medida socioeducativa lança mão de um conteúdo estratégico correspondente à educação[229], o que, em última instância, significa que a intervenção do Estado diante do cometimento de um ato ilícito e antijurídico por um adolescente não se move pelo castigo, nem tampouco pela retribuição.

Essa dupla face educativa-pedagógica e sancionadora encontra respaldo no documento do SINASE[230] ao definir as medidas no âmbito do sistema nacional de atendimento:

As medidas socioeducativas possuem em sua concepção básica uma natureza sancionatória, vez que responsabilizam judicialmente os adolescentes, estabelecendo restrições legais e, sobretudo, uma natureza sociopedagógica, haja vista que sua execução está condicionada à garantia de direitos e ao desenvolvimento de ações educativas que visem a formação da cidadania. Dessa forma, a sua operacionalização inscreve-se na perspectiva Ético-pedagógica[231].

Conforme enfatiza Flávio Frasseto[232], ainda que evitasse admitir o caráter penal das medidas, reconheceu o SINASE[233] que a medida, sendo sanção, implica o uso da força pelo Estado para impor-se na forma de restrição de alguns direitos dos adolescentes. E, sendo sanção, acrescenta ele:

a medida implica uma resposta do estado à ação transgressora do adolescente, resposta que lhe gera uma consequência indesejada (por isso coercitiva) de restrição de direitos. Na verdade, a característica básica da sanção é que ela se impõe e deve ser cumprida independentemente da concordância ou não do sancionado.

Na linha de uma espécie de teoria mista da medida, ou teoria da dupla face da medida, admitindo seu caráter híbrido, a opção aqui adotada corresponde a identificar, na sanção aplicável ao adolescente, a pertinência jurídica e a pertinência pedagógica, de forma conjunta e concomitante. Toda e qualquer intervenção somente se legitimaria se demonstrada a dupla pertinência.

Segue-se, nesse aspecto, a proposta defendida por Tonial[234]:

a medida socioeducativa, seja ela qual for, tem uma natureza híbrida: pedagógico-sancionatória. É uma sanção finalisticamente dirigida a uma proposta pedagógica, sem a qual não poderá ser aplicada. A sanção somente se fundamenta pedagogicamente e, como o reverso de uma mesma moeda, a medida pedagógica somente é defensável como resposta à uma conduta infracional. Há uma evidente vinculação umbilical entre uma

finalidade e a outra. Desta natureza híbrida, portanto, extraímos a conclusão de que a aplicação da medida socioeducativa não pode ser tratada exclusivamente como resposta a uma necessidade pedagógica. (...) De outro lado, não podemos tolerar que quaisquer das medidas socioeducativas sejam aplicadas com uma finalidade exclusivamente sancionatória, sem qualquer finalidade pedagógica.

Por fim, não se poderia deixar de evocar os ensinamentos de Antonio Carlos Gomes da Gosta que, no artigo intitulado Pedagogia e Justiça[235], isola a polêmica a partir das diferentes perspectivas que pedagogos (com a visão mais tutelar) e juristas (com a visão mais penal juvenil, garantista[236]) têm da natureza da medida socioeducativa. Para ele, a medida socioeducativa deve responder simultaneamente a duas ordens de exigência:

deve ser uma reação punitiva da sociedade ao delito cometido pelo adolescente [perspectiva dos juristas] e ao mesmo tempo deve contribuir para o seu desenvolvimento como pessoa e cidadão [perspectiva dos pedagogos] (...) o desafio é localizar um território comum em que pedagogos e juristas possam se encontrar e, a partir da perspectiva de cada um, lançar as bases de um relacionamento construtivo e maduro, este território – não tenho nenhuma dúvida – é o da **responsabilização** do adolescente.

Como se vê, as medidas socioeducativas são uma modalidade específica de consequência jurídica derivada do delito.

Tal afirmação permite concluir que o Direito penal juvenil do Estatuto da Criança e do Adolescente encontra-se em sintonia inequívoca com os preceitos que o Estado Social e Democrático de Direito impõe ao Direito Penal. Em primeiro lugar, pela atribuição à pena da função de prevenção de delitos; em segundo, pela rejeição explícita às exigências ético-jurídicas de retribuição ao mal causado; e, por fim, pela limitação à incidência do Direito Penal estritamente aos casos de necessária proteção dos cidadãos[237].

Essas características do Direito penal juvenil estão traduzidas nas regras e princípios que compõem as Regras de Beijing. O item 17.1 é definido como o rol de princípios norteadores do funcionamento do Sistema de Justiça Juvenil:

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

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

4.4 Inimputabilidade penal etária e menoridade penal

4.4.1 Considerações iniciais

Conforme ensina René Ariel Dotti, dogma, palavra de origem grega, significa aquilo que parece. Na acepção comum, o dogma é o ponto fundamental e indiscutível de uma doutrina religiosa e, por extensão, qualquer disciplina ou sistema científico. Por isso, a dogmática consiste na tendência científica de estudar o direito positivo vigente de modo sistemático e dedutivo[238].

Como exemplos de dogmas no sistema penal, podem ser citados: a) a anterioridade da lei que define os crimes e estabelece as penas; b) a retroatividade da lei mais benigna; c) a irretroatividade da lei mais grave; d) a inimputabilidade dos menores de 18 anos. Isso porque os princípios e as regras que informam a solução jurídica têm um caráter dogmático, ou seja, assumem uma atitude sistemática de afirmação e são inatingíveis pelo relativismo polêmico.

Nessa dimensão, a discussão da imputabilidade é eminentemente dogmática, posto sua natureza e função no sistema e na ciência do Direito penal. Contudo, naquilo que respeita aos menores de idade, sua construção sempre esteve atrelada à ideia de incapacidade dos sujeitos, noção esta herdada do Direito Civil. Bettiol, na obra *O problema penal*, já criticava a mentalidade civilista e a transposição de conceitos sem a devida reflexão no campo penal como se o Direito Penal não fosse mais que um complemento do Direito Civil:

um conjunto de defesas dispostas para a proteção de particulares, posições de privilégios dos indivíduos ou da coletividade e não um complexo autônomo de normas que, além de serem destinadas a funções de tutela, fossem expressões de muito mais altas exigências sociais e morais[239].

Também Hungria[240], no artigo “A pandectização do Direito penal”, denunciou a “deplorável transfusão de sangue” que a ciência penal recebeu do Direito Civil. Em suas palavras:

Os critérios civilísticos aplicados à elaboração científica do direito penal foram como

gafanhotos em campo cultivado. A simbiose deu em anemia profunda do direito penal ou num produto híbrido sem fibra e sem fôlego.

Além disso, enfatiza-se que a relação punitiva passa a ser uma relação de débito. O delinquente deixa de ser um trecho vivo de humanidade para ser o sujeito devedor da pena. E como assevera Dotti: “Mais uma polegada e o crime seria uma espécie de contrato por adesão: o delinquente aceita a obrigação de sofrer a pena para ter direito à ação criminosa”[241].

Tanto Bettiol[242] como Antolisei[243] rechaçaram essa tendência de privatização da ciência penal, sustentando de um lado que a dogmática deve inspirar-se em critérios de realidade e que o Direito Penal não pode ser concebido como pura forma. De outro, que o preceito civil e o preceito penal possuem uma diferença ontológica em razão do objeto que tutelam: o preceito civil destina-se à salvaguarda de um interesse privado, enquanto o preceito penal se destina à tutela de um interesse geral, ou melhor, de um valor social.

A distinção dogmática entre imputáveis e imputáveis se assenta sobre o princípio da culpabilidade e sobre a máxima *nulla poena sine culpa* que representa um dos pilares de todo o sistema de Direito Penal. Inclusive a distinção, via de regra, indica os imputáveis como capazes de culpa e os imputáveis como incapazes de culpa. Entretanto, a rejeição da periculosidade como fundamento ou limite da pena, nos Estados democráticos de Direito, entra em contradição com a imposição de sanções preponderantemente preventivas, fundadas no caráter fluido do estado perigoso, como ocorre com os menores de 18 anos. A exigência democrática de que a culpa pelo ato concreto deva ser a base sobre a qual incidam a qualidade e quantidade da sanção é estranhamente afastada da imposição de medidas coercitivas e sancionatórias aos adolescentes autores de infração penal. E é justamente o que na dogmática do presente precisa ser revisto.

Levando-se em conta que a ciência do Direito Penal e em particular do Direito penal juvenil é, em primeiro termo, dogmático-jurídica – ou seja, trata-se de um Sistema de Direito Penal (juvenil) positivo –, seu método é principalmente lógico abstrato e procede a generalizações. Conforme detalhou Antón Oneca, a dogmática do Direito penal juvenil parte da interpretação dos preceitos penais, e essa é sua missão[244]. Daí a evidente e inadiável discussão sobre a imputabilidade e seus efeitos sobre a menoridade e a responsabilização dos adolescentes.

4.4.2 Sobre a imputabilidade

A imputabilidade é dos temas mais recorrentes ao longo da história do Direito Penal, mais precisamente da dogmática penal, já que guarda estreita relação com a determinação da responsabilidade penal, tema de centralidade indiscutível no estudo das consequências jurídicas do delito.

O tema adquire ainda maior complexidade diante da definição da responsabilidade penal de menores de idade, tendo em vista que, em grande parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, o menor de idade se situa abaixo da idade de fixação da responsabilidade penal de adultos fixada, na maioria nos Códigos Penais, aos 18 anos de vida. Essa fixação corresponde à linha divisória entre imputáveis e inimputáveis, como ocorre no Direito penal brasileiro, ocasionando um conjunto de problemas metodológicos e dogmáticos, como se procurará discutir. A começar pela negação da capacidade de culpabilidade aos menores de idade e outras dificuldades na diferenciação entre as medidas aplicáveis aos menores, das medidas endereçadas aos adultos e das penas propriamente ditas. Há autores que sinalizam a existência de um sistema penal paralelo[245] ou, ainda, uma fraude de etiqueta[246] ou de classificação nessa distinção.

Essa burla de etiquetas ou de classificação permite que o Direito penal de culpabilidade[247], com todas as suas imperfeições, porém também com suas garantias, seja substituído por um Sistema de Controle Social, “oficialmente” não penal, mas extremamente eficaz do ponto de vista da incidência sobre a liberdade dos potenciais infratores da ordem, já que não limitado pelos princípios penais clássicos.

A inimputabilidade como instituto jurídico que divide o universo dos infratores da lei em dois blocos distintos – capazes e incapazes, produz uma bifurcação no sistema penal: de um lado, o direito penal clássico de culpabilidade; de outro, o positivismo criminológico, o direito de periculosidade para os inimputáveis.

Como leciona Claus Roxin, o Direito Penal em sentido formal é definido por sanções, pena ou medida de segurança, sendo que toda pena pressupõe culpabilidade do sujeito quando do cometimento do fato no passado; e, em contrapartida, toda medida de segurança pressupõe uma periculosidade continuada do sujeito para o futuro[248].

Em sua definição sobre o Direito Penal Material, Roxin ainda destaca a necessidade de associação do Direito Penal com outros campos assemelhados para a regulação adequada da Justiça Penal e dos esforços legislativos e

científicos em torno do fato delitivo, do autor e da persecução penal. Segundo ele, os mais importantes desses campos jurídicos vizinhos são o Direito Processual Penal, o Direito de imputação da pena, o Direito Penitenciário, a Criminologia e o Direito penal juvenil[249].

Maria Auxiliadora Minahim, na obra *O direito penal da emoção*, coloca em evidência essa discussão, demonstrando que a redução da imputabilidade a uma fórmula jurídica não logrou o alcance de uma solução definitiva. Ao contrário, ainda é fonte de polêmicas e contradições, destacando a autora que, através dos dispositivos especiais das legislações, as normas acabam por revelar os sentimentos dominantes no tratamento com a infância e adolescência criminosas[250].

Como sublinha Muñoz Conde, a periculosidade no lugar da culpabilidade permite a repressão de condutas à margem do princípio da legalidade. Sob o manto da periculosidade, a intervenção do Estado sobre adolescentes menores de 18 anos se realizou e ainda se realiza através do binômio menoridade/periculosidade de forma praticamente ilimitada, como no caso dos doentes mentais[251]. De maneira geral, o conceito de imputabilidade como construção dogmática do século XIX favoreceu a separação dos sujeitos submetidos ao ordenamento jurídico penal em duas classes ou categorias distintas, permitindo ainda a coexistência de um Direito Penal de periculosidade para os inimputáveis, ao lado do Direito penal clássico fundado nas ideias de castigo e responsabilização pelo mal causado para os imputáveis.

Historicamente, três fórmulas sustentaram as razões para atenuar ou excluir a responsabilidade penal de menores de idade: o critério psicológico, o biológico ou cronológico e o misto. O primeiro atende à capacidade de discernimento do menor de idade no momento de cometer o fato delitivo, enquanto o segundo consiste em estabelecer um limite de idade abaixo da qual, de maneira automática, exclui-se a responsabilidade criminal; o terceiro combina ambos os critérios, de tal sorte que não é suficiente possuir determinada idade, mas também se exige que, no momento de cometimento do fato delitivo, o sujeito careça da capacidade necessária para compreender a ilicitude do fato e atuar conforme essa compreensão.

Deve-se observar que, de um lado, uma presunção *iuris et iure* de exclusão da responsabilidade criminal para uma *primeira idade* foi uma tendência universal que, de certo modo, ainda se mantém[252], e de outro, que a discussão do discernimento marcou o que denominamos de Etapa Penal Indiferenciada do Direito penal juvenil, uma vez que as penas aplicáveis aos menores de 18 anos

eram as mesmas dos adultos, sendo inclusive aplicadas pela mesma jurisdição penal e muitas vezes executadas nos mesmos estabelecimentos destinados aos adultos.

Portanto, na Etapa Penal Indiferenciada do Direito penal juvenil, pode-se facilmente identificar uma fase de plena inimputabilidade correspondente à infância e outra de inimputabilidade condicionada correspondente à adolescência, na qual a pedra angular foi, durante um longo período, o discernimento[253].

O discernimento, por sua vez, nunca teve uma definição válida e uniforme, apesar de muitos esforços doutrinários. Não por acaso, o jurista Alimena assinalava que “talvez não exista outra questão em Direito Penal em que seja maior a discordância de opiniões”[254]. Os distintos critérios, por exemplo, formulados por Jiménez de Asúa, de discernimento jurídico, moral, incluindo o social compreendido como conceito social de conteúdo educativo e considerando o entorno social do menor[255], na verdade, funcionavam conforme a conveniência de apreciação do Tribunal, ou seja, quando se acreditava que as penas poderiam ser úteis para os menores, a maior parte dos processos terminava com a declaração do discernimento e, do mesmo modo, quando se assinalava a inutilidade das penas em razão dos efeitos prejudiciais da prisão, a maior parte dos processos terminavam com a negação da existência do discernimento, como destacou o próprio Alimena[256].

Importante, portanto, é observar que, com a aparição em 1920 dos primeiros Tribunais e Códigos de Menores, tem início um estudo do menor de idade a partir de uma perspectiva psicológica e psiquiátrica, correspondente, de um lado, ao positivismo criminológico que se origina em finais do século XIX e, de outro, ao correcionalismo, cujo principal expoente foi o espanhol Dorado Montero.

Resumidamente, pode-se afirmar que essa etapa de especialização da matéria em um *Direito de Menores* teve como consequência a adoção do critério biológico puro (em oposição ao critério biopsicológico) como causa de inimputabilidade e o consequente enfraquecimento do critério do discernimento, uma vez que o elemento cronológico se constitui como fato indiscutível que exclui qualquer questionamento acerca das capacidades intelectivas ou volitivas do sujeito com respeito a compreender o significado ilícito de seus atos.

Muito embora a eleição de um critério biológico ou cronológico puro possa ser compreendida como mais respeitosa da taxatividade que o princípio da legalidade exige, foi o que permitiu, com base no correcionalismo e na crença na

reeducação do menor de idade, a construção de um sistema supostamente não penal, mas ainda mais repressivo. A vigência das legislações de menores e seus respectivos tribunais especiais se basearam nas ideias de prevenção e proteção. As palavras de Dorado Montero são especialmente ilustrativas: “o Direito Penal desapareceu em relação às crianças e aos jovens delinquentes, e se converteu em uma obra benéfica e humanitária, em um capítulo, se pode dizer, da pedagogia, da psiquiatria e da arte do bom governo”^[257].

Na descrição de Basileu Garcia acerca do conjunto de normas que se produziu nessa Etapa do Direito penal juvenil, que se convencionou chamar de Tutelar, destaca-se o papel conferido à periculosidade também no cenário jurídico brasileiro. O próprio Basileu indicou a incoerência e contradição do sistema que, ao conferir maior significado à periculosidade, permitia internar por tempo mais prolongado o autor de infração menos grave^[258].

Curiosamente, apesar das reformas legislativas fortemente influenciadas pela Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente das Nações Unidas de 1989^[259], tal distorção ainda se observa em diversos sistemas de justiça juvenil, como é o caso brasileiro.

Apesar da adoção de uma nova legislação, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que superou por completo a doutrina da situação irregular^[260], manteve a indeterminação das medidas aplicadas^[261], cujo prazo se define pela avaliação psicológica e social do adolescente, via de regra, realizada por um psicólogo ou assistente social.

Também como se depreende da redação dos arts. 26 e 27 do Código Penal Brasileiro vigente, a imputabilidade não possui definição, e sim sua negativa; aliás, o que ocorre na maioria dos Códigos Penais atuais^[262]. A técnica legislativa de estabelecimento de marcos ou limites para a imputabilidade, definindo as categorias de inimputabilidade ou semi-imputabilidade a partir de uma enumeração dos sujeitos, deixa à doutrina a tarefa de sua delimitação conceitual.

Conforme destaca Cerezo Mir, no Código Penal espanhol, como na maior parte dos Códigos penais europeus, não se define a imputabilidade. A exceção é o Código Penal italiano, cujo art. 85, § 2º, estabelece a imputabilidade como capacidade de entender e de querer. O mencionado artigo estabelece:

Ninguém pode ser castigado por um fato previsto em lei como delito, se, no momento do cometimento era inimputável. É imputável aquele que tem a capacidade de entender e querer^[263].

Dada a quase inexistente tradição de um conceito de imputabilidade, pode-se observar distintas concepções da imputabilidade na história da ciência jurídico-penal[264]: 1) capacidade de ação; 2) capacidade jurídica de dever; 3) capacidade de pena; 4) capacidade de entender e querer; 5) capacidade de compreender a ilicitude do fato e de atuar conforme esta compreensão (doutrina majoritária atual); e 6) capacidade de motivação ou normalidade motivacional.

4.4.2.1 Capacidade de ação

A imputabilidade como capacidade de Ação é defendida fundamentalmente por autores como Binding, Von Hippel e Gerland[265]. Para eles, a imputabilidade significa capacidade de atuar do sujeito e, por isso, relaciona-se de forma mais ampla com o conceito de capacidade de agir, previsto em outros ramos do Direito. Nesse sentido, também, a inimputabilidade suprime a capacidade de agir, afirmando-se que o inimputável não possui capacidade de ação.

A principal objeção dessa abordagem reside no fato de que tanto o menor de idade como o alienado mental, embora inimputáveis, são capazes de atuar ou, dito de outra forma, na esteira dos ensinamentos de Mezger, podem querer e fazer algo correspondente à sua vontade[266].

4.4.2.2 Capacidade de dever

Nessa visão da imputabilidade como capacidade jurídica de dever, destacam-se Mertkel, Von Ferneck e Kohlrausch[267], partindo da premissa de que o inimputável, por não ser capaz de agir culpavelmente, como consequência não cometerá também ato antijurídico algum. Evidente que tal posicionamento não pode prosperar, tendo em vista que a atuação do inimputável pode ser antijurídica e, quando delitiva, pode inclusive gerar responsabilidade civil, o que reafirma a antijuridicidade de sua atuação.

Além disso, mesmo a imposição das medidas de segurança reafirma que os atos cometidos pelos inimputáveis são, além de típicos, antijurídicos.

4.4.2.3 Capacidade de pena

Atrelando a imputabilidade à teoria da pena, autores como Feuerbach e Von Liszt[268] compreendem-na como capacidade de pena. Feuerbach, partindo de uma concepção preventivo-geral, sustenta que a pena, em virtude da ameaça da lei, produz efeitos intimidatórios de modo que só é penalmente imputável a pessoa sobre a qual a lei possa produzir tal ameaça, resultando, assim, que a imputabilidade se defina como a possibilidade de impor a pena.

Von Liszt, por sua vez, adotando uma perspectiva preventivo-especial, considera que a pena deve voltar-se ao indivíduo, influenciando em sua conduta mediante motivos e, por isso, é necessária sua aplicação sobre a pessoa, que de um modo especial possa produzir efeito.

As principais críticas repousam na constatação de que a imputabilidade é instituto pertencente à teoria do fato punível, e não à teoria da pena[269].

4.4.2.4 Capacidade de entender e querer

No bojo de uma concepção normativa da culpabilidade, desponta a conceituação da imputabilidade como capacidade de entender e querer, o que de plano implicaria que o sujeito, ao querer efetivamente o fato praticado, somente se localizaria no marco de uma culpabilidade dolosa. À parte as críticas que assinalam que o dolo e a culpa dizem respeito à definição do injusto, e não à culpabilidade, outras objeções repousam na constatação de que os inimputáveis, entre os quais estão os menores de idade e os loucos, também podem querer realizar o fato delitivo, evidenciando-se, assim, que a imputabilidade não pode ser definida como capacidade de conhecer e querer um resultado.

Um dos principais críticos dessa concepção na doutrina penal espanhola é Cerezo Mir[270], que adverte veementemente que “se faltava ao sujeito, por completo, a capacidade de entender e querer, resultariam excluídas a ação e a omissão como primeiro elemento do conceito de delito”. Na mesma direção, agrega Mir Puig[271] que “o alienado mental pode saber que está matando a outra pessoa e querer fazê-lo”. Ademais completa:

Se o sujeito não é consciente em absoluto do fato que realiza, não lhe falta só a imputabilidade, mas também a própria presença de um comportamento humano, primeiro elemento do conceito de delito. Não lhe faltará somente a imputação pessoal, como a própria ação, e conseqüentemente a antijuridicidade[272].

4.4.2.5 Capacidade de compreender a ilicitude do fato e de atuar conforme esta compreensão

Na atualidade, basicamente por influência da doutrina alemã, a doutrina penal majoritária tem substituído o termo imputabilidade pelo termo capacidade de culpabilidade, aludindo que na imputabilidade está a faculdade subjetiva do sujeito para que se lhe possa atribuir um comportamento antijurídico.

Os autores vinculados a essa moderna corrente doutrinária concebem a imputabilidade ou capacidade de culpabilidade como capacidade de compreender o caráter ilícito da conduta e agir conforme esse entendimento.

Essa concepção também foi proposta por Aníbal Bruno, no escólio do pensamento de Mayer:

a imputabilidade como capacidade de entender e de querer, isto é, como o conjunto das condições de maturidade e sanidade mental que permitem ao agente conhecer o caráter ilícito do seu ato e determinar-se de acordo com esse conhecimento[273].

Como o próprio Aníbal Bruno assinala, tal concepção possibilitou libertar o conceito jurídico de imputabilidade de sua velha carga metafísica. Destaca-se que, para o penalista, o importante é definir essa capacidade prática do agente de entender o ilícito do seu ato e de determinar-se segundo esse entendimento, portanto de tornar juridicamente reprovável o seu comportamento contrário ao dever[274].

Consequentemente, Bruno define como imputável o homem mentalmente desenvolvido e mentalmente são, que possui capacidade de entender o caráter criminoso do seu ato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Acrescenta que o homem adquire essa capacidade progressivamente, com o desenvolvimento físico e mental, até atingir o seu crescimento completo. De modo que maturidade e sanidade são os dois elementos que integram a imputabilidade, com a sua consequência de plena capacidade de entender e querer.

Observa-se, em certo sentido, uma aproximação também com a perspectiva anteriormente apresentada, qual seja, a da imputabilidade como capacidade de entender e querer. Contudo, para Bruno essa capacidade não importa em que o agente possa ter conhecimento de que o seu ato é definido na lei como crime, não importa na capacidade de consciência da sua antijuridicidade em sentido estrito; importa apenas na possibilidade para o agente de compreender que o seu comportamento é reprovado pela ordem jurídica, não nos termos precisos de um conhecimento técnico, como o possui o jurista, mas nos limites em que pode compreender um leigo[275].

Também Welzel postulou essa compreensão, ressaltando que para a imputabilidade não é necessária a consciência de que se trata de fato contrário à lei, nem suficiente a compreensão de que se pratica simples ato oposto à moral, mas a consciência de que o fato constitui violação de norma social indispensável à vida em comunidade[276].

4.4.2.6 Capacidade de motivação

Essa última acepção do termo imputabilidade encontra eco principalmente na dogmática jurídico-penal espanhola, dentre autores como Francisco Muñoz

Conde, Gomez Benitez, Bacigalupo e Berdugo Gomez, ainda que com nuances diferenciadoras entre si. De maneira geral, adotando a imputabilidade como capacidade de culpabilidade, defendem o conceito como conjunto de faculdades psíquicas e físicas mínimas, requeridas para um sujeito poder ser motivado pelos mandatos normativos. Em apertada síntese, seria a suficiente capacidade de motivação do autor pela norma penal.

Outros autores, a exemplo de Mir Puig[277], chegam a agregar o conteúdo de normalidade à motivação, definindo a imputabilidade, então, como motivação ou motivabilidade normal. Nessa direção, é importante assentar que, conforme preleciona Silva Sanchez:

Os imperativos do direito penal exercem uma forte influência sobre a motivação humana. Precisamente por esta razão, é que se entende que o ordenamento jurídico-penal dirige suas normas como diretrizes de conduta aos seus destinatários: porque se espera que as normas reforçadas pela ameaça da pena tenham sobre diferentes sujeitos, um efeito dissuasivo com respeito à prática de condutas delitivas.

Fato é que o conceito de imputabilidade sempre foi objeto de intensa polêmica, na mesma medida em que sempre esteve ligado ao problema do fundamento da responsabilidade penal, e de uma ou outra forma associado ao problema da culpabilidade.

Contudo, conforme pondera Lucía Martinez Garay[278], nem sempre a relação imputabilidade/culpabilidade se refletiu nas concretas construções da teoria jurídica do delito. Em sua formulação descritiva, pode-se conceber a imputabilidade

como estado de normalidade das faculdades psíquicas do sujeito no momento em que comete um fato tipificado como delito, o que torna possível que a ele se impute o fato delitivo e com isso as consequências jurídico-penais dele derivadas.[279]

Ocorre que tal capacidade de responsabilidade dependerá fundamentalmente do conceito de culpabilidade que se defenda. E, por isso, enquanto alguns autores afirmam que é imputável quem é capaz de compreender o injusto de sua conduta, assim como de dirigir sua atuação de acordo com essa compreensão, outros defendem ser imputável aquele que é motivável (normalmente) pelas normas jurídico-penais.

Assomam algumas questões indiscutidas, por exemplo a natureza jurídica da imputabilidade como capacidade de culpabilidade, o que, entretanto, não afasta outro conjunto de problemas metodológicos.

Parece imperioso, portanto, proceder a uma revisão completa da

imputabilidade como categoria dogmática, abordando-se sua natureza jurídica, seu fundamento e os elementos que a compõem, a fim de alcançar uma conceituação que melhor contribua com o avanço necessário do tema.

De modo geral, tanto na doutrina como na jurisprudência penal prevalece o entendimento de que a imputabilidade é uma categoria jurídica cujo primeiro elemento ou nível se refere a uma realidade biológica ou psicológica, ou seja, extrajurídica (o estado das capacidades mentais do autor no momento do cometimento dos atos), mas que, por outro lado, também contém a valoração normativa desse dado empírico.

No momento de fixação da imputabilidade ou inimputabilidade de um sujeito, o operador do direito não se limita a comprovar a existência ou não de determinados fenômenos psicológicos, mas também avalia a medida em que esses fenômenos resultam relevantes para fins de exculpação.

Ao longo da consolidação dos institutos penais, não faltam autores a defender a imputabilidade como algo essencialmente psicológico, e por isso é distinta da culpabilidade, que se define como categoria estritamente normativa. Nessa posição, encontrava-se Jimenez de Asúa. Contudo, mais recentemente, a tendência é destacar o componente jurídico ou valorativo da imputabilidade, sem que se perca o reconhecimento da necessária análise psicológica de seu conteúdo, de forma prévia à valoração penal.

Resulta que, conforme tal tendência, a imputabilidade se afiguraria como conceito misto, no qual não fica muito claro até onde vai o empírico ou onde começa o normativo.

Nesse sentido, é interessante destacar duas dimensões contraditórias que vez por outra se apresentam: a primeira, que concebe a imputabilidade não como algo dado abstratamente ou como característica geral do sujeito, mas sim decorrente de uma apreciação em concreto com referência a um ato em particular. Em sentido oposto, também se afirma ser a imputabilidade uma capacidade de caráter geral que existe ou não existe, independentemente do sujeito atuar ou não.

Tal paradoxo reflete justamente a contradição do conceito quando aplicado aos menores de idade. De um lado, é possível afirmar, na esteira dos ensinamentos de Lucia Martinez Garay^[280], que na imputabilidade o que se valora não é se o sujeito pôde ou não entender o significado da sua conduta concreta, mas sim sua capacidade geral para compreender quais condutas estão proibidas pelo ordenamento jurídico e dirigir sua conduta de acordo com as

normas jurídicas; de outro, a imputabilidade também é vista como *status* pessoal de alguns tipos de sujeitos. Em outras palavras, estamos diante de duas formas básicas de compreender o conceito: isenção concreta de responsabilidade por um fato cometido ou *status* pessoal ou designação de uma classe de sujeitos.

Em termos concretos, no entanto, ocorre que as leis adotadas a partir dos anos 1990 em quase todo o mundo, de maneira geral reconhecem um tipo de responsabilidade distinta da do adulto para os menores de idade, que são concebidos desde logo como responsáveis por seus atos, ou seja, senhores e responsáveis por seus atos[281].

Conforme define Gonzáles Zorrilla, seguindo as palavras de Gaetano De Leo:

reconhecer que, em princípio, os menores de idade são responsáveis por seus atos significa simplesmente aceitar que suas ações lhes pertencem e que estão dotadas de sentido e valor para eles e para os demais. Em definitivo, evitar a prisão para os infratores menores de idade parece, sem dúvida, oportuno; o que parece, entretanto, absurdo e cientificamente infundado é motivar esta exclusão sobre a base de uma ausência de responsabilidade.[282]

Essa é a questão crucial diante do desafio de construir uma Teoria da Responsabilidade penal de adolescentes. É imperioso analisar as possibilidades de manutenção do critério biológico nas legislações atuais, porém adotando um tratamento do menor de idade como sujeito de direitos e de seus atos.

Ressalte-se que essa questão tem justamente sido objeto de reflexão de diferentes foros e discussões, ocupando ainda importante posição em recomendações e diretrizes de instrumentos internacionais. Como demonstra Anina Lahalle[283], o aspecto relacionado à responsabilização do jovem pelo ato praticado é questão discutida não só nas Regras de Beijing, mas também na Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e nas Recomendações do Conselho da Europa.

Ao adentrar o tema da responsabilização, defende a autora um certo abandono da noção de responsabilidade penal: “Estamos diferenciando, portanto, a capacidade de entendimento ético-jurídico de cunho psicológico, de caráter universal, da capacidade necessária para uma sanção, fixada arbitrariamente pelo legislador de cada país”[284].

Além disso, como se pode observar, na ciência do direito penal sempre houve maior atenção ao limite de idade fixado como início da responsabilidade penal, deixando-se de lado a questão de como se dá a imputação pessoal de responsabilidade ao menor de idade. Essas questões relacionadas aos fins

pretendidos pela intervenção penal e suas orientações também serão objeto da reflexão que ora se inicia.

Seu desenvolvimento tem também o objetivo de reforçar a compreensão preconizada por Claus Roxin de que o Direito penal juvenil correspondendo a um Direito próprio, em decorrência da especificidade e das características dos autores, os menores de idade[285], reforça que a ideia de culpabilidade sempre esteve associada a problemas metajurídicos, como a liberdade de vontade ou o determinismo, a culpabilidade pelo caráter ou fato, expiação, retribuição e dignidade humana[286]. Não se trata, pois, de estender o Direito Penal de adultos aos menores de idade, negando a especialidade do Sistema de Justiça Juvenil, tanto do ponto de vista da legislação como da jurisdição, que devem ser especializadas. Nem tampouco de tratar os adolescentes como se adultos fossem quando do cometimento de infrações penais.

O desafio – que se procura abraçar neste estudo – se situa no reconhecimento de um Sistema Próprio de Responsabilidade para os Menores de idade, fundado em um modelo de responsabilidade diferenciado do modelo dos adultos. Ou seja, situa-se na consolidação de um modelo de responsabilidade penal de adolescentes que, de um lado, lhes garanta as regras democráticas do devido processo legal e, de outro, elimine das práticas institucionais o legado das ideologias correcionais[287] e da prevenção especial desmedida que subvertem as sanções jurídico-penais em suposto bem metajurídico[288].

4.4.3 *Conceitos e fundamentos da imputabilidade*

Como já mencionado, os Códigos Penais contemporâneos não chegam a definir a imputabilidade, mas simplesmente a enumerar os sujeitos que não a possuem a partir de limites ou categorias. No que se refere à evolução conceitual, a exemplo do ocorrido na Alemanha, pelo menos seis abordagens já foram formuladas e podem ser identificadas na doutrina penal: imputabilidade como capacidade de ação, capacidade jurídica de dever, capacidade de pena, capacidade de entender e querer, capacidade de compreender a ilicitude do fato e de agir conforme esse entendimento e capacidade de motivação ou normalidade motivacional. Em todas elas, sem distinção, prevalece a ideia de capacidade, ou seja, subjaz alguma dimensão de capacidade que figura como pressuposto da imputabilidade.

A primeira dimensão, como capacidade de ação é a posição defendida por Binding[289] e corresponde à capacidade do sujeito de agir, de modo que ao inimputável se considera suprimida tal capacidade. Em razão de tal supressão,

derivam as principais objeções a essa teoria, pois tanto a criança como o enfermo mental, embora considerados inimputáveis, possuem capacidade de agir, são capazes de agir, de querer e realizar algo conforme sua vontade.

Já a segunda posição, também denominada “Teoria da Antijuridicidade”, foi sustentada, por exemplo, por Merkel[290], ao equiparar a culpabilidade ao injusto, de modo que o inimputável, uma vez incapaz de agir com culpabilidade, não comete, conseqüentemente, nenhum ato antijurídico. A resistência a essa formulação tem por fundamento principal o fato de que o inimputável possa estar obrigado juridicamente, como ocorre com a imposição de medidas de segurança e também diante de determinadas conseqüências civis geradas por seus próprios atos. Pode-se encontrar uma crítica contundente a essa posição em Carmona Castillo: “A aplicação das medidas de segurança previstas por nossa legislação punitiva supõe, entre outros requisitos, que os fatos cometidos pelo inimputável, além de típicos, sejam antijurídicos, ou seja, não justificados”[291].

No tocante à terceira forma de compreender a imputabilidade como capacidade de pena, são retomadas as posições de Feuerbach e Von Liszt[292]. Feuerbach sustentava que a pena produz efeitos intimidatórios resultantes de sua ameaça, de modo que somente é imputável penalmente a pessoa sobre a qual a lei possa produzir efeitos decorrentes de sua ameaça, por isso se diz que sua posição parte de uma perspectiva preventiva geral da imputabilidade; sua influência gerou a chamada Teoria da Intimidação como fundamento da imputabilidade. Assim, baseando a imputabilidade na capacidade do sujeito de sentir a coação psicológica da pena, define-se como imputável aquele que é dirigível em razão da eficácia da intimidação e, por conseguinte, inimputável aquele que não é.

Por sua parte, Von Liszt define a imputabilidade como a capacidade de conduzir-se socialmente. “Ou seja, de observar uma conduta que corresponda às exigências da vida política comum a todos os homens”[293]. E acrescenta que somente quando exista ou se suponha tal capacidade, a conduta antissocial poderá ser imputada como culpável. Seus ensinamentos indicam que sem imputabilidade, a culpabilidade e, conseqüentemente, o delito são impossíveis[294], pois concebe a imputabilidade como faculdade de determinação social, cuja essência descansa no conteúdo normal e na força motivadora das representações, sejam elas as normas gerais, jurídicas, morais ou religiosas. O importante é que para ele a imputabilidade supõe que a psique do autor disponha da riqueza necessária de representações para a completa valoração social.

Por isto, para Liszt, a missão do legislador não consiste na definição positiva

da imputabilidade, e sim na descrição daqueles estados que excepcionalmente tornam a imputabilidade impossível. No entanto, propõe que da concepção negativa se possa induzir um conceito positivo da imputabilidade. Tomando como antecedentes os códigos austríaco e alemão, destaca dois elementos constitutivos da imputabilidade: a) capacidade de examinar a injustiça (ilegalidade) do ato, e b) capacidade de agir em conformidade com esse exame.

Tais elementos convergem para que, na definição de Liszt[295], a imputabilidade possa ser compreendida, por fim, como capacidade de agir em Direito Penal, ou seja, como a capacidade de realizar atos que tragam consigo as consequências penais da infração[296]. Em síntese, Liszt parte de um enfoque preventivo especial, ao considerar que a pena tem a potencialidade de influir na conduta do sujeito.

Esse aspecto possui grande importância para a discussão da imputabilidade ou inimputabilidade dos menores de idade, pois, como será objeto de análise posterior, demonstra que não só a partir da perspectiva dos pressupostos da intervenção penal, senão também das consequências jurídicas, a intervenção do Direito sobre os fatos cometidos por menores de idade se caracteriza como Direito Penal. E mais, o sistema de imputação do delito para os menores coincide com o de Direito penal de adultos. Em outras palavras, as bases para a exigência de responsabilidade dos menores de idade são as mesmas dos adultos[297], tanto no que diz respeito aos pressupostos da intervenção como às consequências ocasionadas[298], uma vez que as medidas aplicáveis em muito se parecem com as penas pelo seu conteúdo aflitivo e sua natureza coativa.

Liszt[299] ainda relembra que o conceito de imputabilidade é relativo, porque esta capacidade ora existe, ora pode faltar no mesmo homem. O que indica que a separação entre delinquentes responsáveis e irresponsáveis e também a brusca oposição entre penas e medidas de segurança são essencialmente falsas. A mesma falsidade se pode reconhecer talvez com maior intensidade em ordenamentos como o brasileiro, nos quais se estabelece a inimputabilidade por razão de idade como uma presunção *iure et de iure*, e o déficit de idade é compreendido como causa absoluta de inimputabilidade.

Entretanto, a teoria de Liszt foi objeto de muitas críticas, em especial por parte de Edmundo Mezger[300], que ponderava ser a imputabilidade pertencente à teoria do fato punível, e não à teoria da pena.

De outro lado, sustenta-se que a posição de Liszt seja entendida como uma Teoria da Normalidade, pois, segundo o autor, a capacidade de conduzir-se

socialmente, somada à psique em condições de valorar seus impulsos e as representações, supõe um conceito de homem normal e de normalidade que muito se aproxima da ideia de livre-arbítrio.

No marco da imputabilidade como capacidade de entender e querer, a quarta abordagem classificatória, muitas questões que se apresentam já foram superadas pela doutrina atual. Precisamente no que se refere à discussão acerca da intenção do autor, ou seja, sobre o dolo ou a culpa que se situam no tipo de injusto, e não na culpabilidade, e por outra parte na consideração de que os inimputáveis podem perfeitamente querer realizar o fato delitivo. Apesar das tentativas em diferenciar uma suposta liberdade de vontade externa do livre-arbítrio, há imensa semelhança entre os fundamentos da imputabilidade para essa Teoria da Vontade e os defensores do livre-arbítrio.

Justamente com o fundamento da imputabilidade no livre-arbítrio, um setor majoritário na Dogmática jurídico-penal define a imputabilidade como capacidade de compreender o caráter ilícito da conduta e de agir conforme essa compreensão. Entretanto, a liberdade de vontade não se configura por conotações morais, e sim por critérios normativos. Os antecedentes dessa ideia da liberdade do homem remontam ao classicismo penal, muito embora se trate de uma derivação ou adaptação modernizada da ideia de capacidade instintiva para distinguir o bem e o mal.

Em termos jurisprudenciais, destaca-se a concepção de uma capacidade de compreender a antijuridicidade e comportar-se de acordo com essa compreensão. Tal capacidade de autodeterminação pressupõe dois elementos: um intelectual e outro volitivo, correspondente a uma capacidade de conhecer ou compreender e de querer. Nessa linha, Landecho Velasco y Molina Blázquez^[301] definem a imputabilidade como capacidade de atuar com culpabilidade, sendo que essa capacidade se reconhece a toda pessoa humana, pelo fato de ser inteligente e livre.

Os críticos do livre-arbítrio sugerem a imputabilidade como capacidade de motivação/motivabilidade ou normalidade motivacional diante das normas jurídico-penais por considerarem-no como algo indemonstrável. Com o fundamento da imputabilidade na faculdade psicológica do sujeito para ser motivado pelos mandatos normativos, chegam a discutir a supressão da culpabilidade pelo conceito de necessidade de pena.

Gimbernat Ordeig^[302] é um dos representantes dessa posição de negação da existência de culpabilidade por reputar o livre-arbítrio indemonstrável. Esse

autor rejeita a culpabilidade como pressuposto da pena e propõe sua substituição pela concepção preventiva da pena (geral e especial). Sustenta que a pena tenha uma função motivadora que se demonstra no fato de que a sociedade recorra à sua ameaça, criando medos reais que logo são introjetados de geração em geração mediante o processo educativo. Para Gimbernat, a justificação do poder do Estado está na pena como uma “amarga necessidade”, da qual a sociedade não pode prescindir porque teria seus dias contados.

Compartilha da mesma posição Luzón Peña[303] de os sujeitos normais serem motiváveis pelas normas penais, que, por sua vez, cumprem a função de motivar os cidadãos para que se abstenham de cometer aquelas condutas consideradas as mais intoleráveis para a convivência social, ou seja, os delitos.

Outra visão da função motivadora da norma penal se encontra em Muñoz Conde[304], que desenvolve um conceito dialético de culpabilidade através da correlação entre culpabilidade ou responsabilidade criminal e prevenção geral. Para Muñoz Conde, a norma penal se dirige a indivíduos capazes de motivar-se em seu comportamento pelos mandatos normativos. A motivação ou motivabilidade, enquanto capacidade de reagir às exigências normativas, unida a outros atributos como afetividade e inteligência, permite a imputação de responsabilidade pela ação cometida. Desse diálogo contínuo entre a ideia de culpabilidade e as necessidades preventivas do sistema social, emerge o fundamento da culpabilidade.

Já para Mir Puig[305], a expressão culpabilidade deveria ser substituída por imputação pessoal ou imputação subjetiva, justamente por assinalar que se trata somente de atribuir (imputar) o desvalor do fato penalmente antijurídico a seu autor. A diferença de sua posição em relação aos anteriores está na ideia de capacidade de motivação normal, ou seja, o fundamento material da imputação pessoal não pode residir em qualquer motivação ou motivabilidade, pois os inimputáveis têm capacidade para ser motivados pela norma, mas se trata de uma motivação anormal.

Modernamente as duas últimas posições – autodeterminação e motivabilidade – situam o conceito de imputabilidade como capacidade de culpabilidade. E, conforme será analisado com mais profundidade, ora concebem a imputabilidade como elemento da culpabilidade, ora como pressuposto. O importante, entretanto, é observar, em primeiro lugar, como as teorias anteriores ainda produzem efeitos de alguma maneira nas concepções atuais e, em segundo, os matizes que adquirem quando se trata de discutir a imputabilidade de menores de idade e sua culpabilidade.

Necessário, pois, reconhecer que a relação imputabilidade/culpabilidade adquire elevada significância na medida em que a culpabilidade somente pode ser aferida em relação aos sujeitos imputáveis. Daí decorre a conceituação majoritária de imputabilidade como capacidade de culpabilidade, já que não se pode negar que a reprovação inerente à culpabilidade somente se dirige aos sujeitos capazes de orientar seus atos de acordo com o conhecimento de sua significação, ou seja, aos considerados imputáveis. Em conclusão, consoante sublinha Quintero Olivares, “somente podem ser culpáveis os sujeitos imputáveis”[306]. Disso deriva que o juízo de culpabilidade necessite da prévia comprovação da imputabilidade.

Evidente, desse modo, a importância do tema em relação aos menores de idade, para os quais o legislador renuncia à imposição de uma pena criminal. Contudo, o mesmo não significa uma indiferença penal aos fatos típicos e antijurídicos que cometem, que são respondidos pela imposição de uma medida, no direito brasileiro denominada medida socioeducativa. A resposta penal chamada medida se impõe quando se pode inferir certo grau de responsabilidade individual subjetiva, que quando falta, faltarão também a culpabilidade.

O problema central é que, historicamente, não se reconhecia e ainda não se reconhece nenhuma imputabilidade aos menores de idade, o que, conseqüentemente, leva a negar a possibilidade de estudo da culpabilidade para esses sujeitos, ocasionando inegável afronta ao princípio da igualdade perante a lei e, mais que isso, desrespeito à dignidade humana dos adolescentes, pela negação dos mais elementares princípios que caracterizam o Direito penal liberal.

Destaque-se que a culpabilidade pode ser compreendida como densificação penal da dignidade humana, tal qual definiu Sebastian Borges de Albuquerque Mello. Conforme define o autor já na introdução de sua obra *O conceito material de culpabilidade* – o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana:

O homem deve ser julgado como portador de um valor mínimo intrínseco, igual para todo ser humano, mas também como ser único e irrepetível, com particularidades, valores, circunstâncias e idiossincrasias próprias da condição humana, as quais devem ser levadas em consideração para que seja minimamente legítima a imposição da pena em face das condições e circunstâncias pessoais do autor da infração. Cumpre à culpabilidade analisar as peculiaridades do indivíduo concreto e averiguar se este deverá ou não, em face da ordem jurídica vigente, sofrer a ignomínia que a sanção penal representa, pois nem o conceito de injusto nem as finalidades preventivas logram êxito em determinar os fundamentos da imputação pessoal da pena.[307]

Nessa perspectiva, aplicada à responsabilidade penal dos adolescentes, a análise da culpabilidade se reveste de dupla importância: reconhece o adolescente como ser humano titular de direitos fundamentais e confere um fundamento à imposição das medidas socioeducativas, limitando o poder punitivo e as chamadas funções preventivas de tais sanções.

4.5 Considerações preliminares

Todas as acepções tratadas coincidem, em alguma medida, com as diferentes concepções atribuídas à culpabilidade ao longo da história jurídico-penal. Com efeito, não se trata propriamente de uma coincidência, mas da intrincada simbiose entre os conceitos da imputabilidade e da culpabilidade. Não sem razão, merece aprofundamento o tema.

Fato é que a responsabilidade penal dos adolescentes tem acento nos mesmos pressupostos que tem a responsabilidade penal de adultos: origina-se pela ocorrência de uma ação ou omissão típica e antijurídica. E assoma a verificação da culpabilidade (capacidade para compreender o ilícito da conduta e agir conforme tal compreensão), consciência atual ou possível da antijuridicidade da conduta e exigibilidade da obediência ao Direito e, em determinados casos, a punibilidade (ausência de escusas absolutórias e presença das condições objetivas de punibilidade).

Fato é também que a culpabilidade se mostra como elemento fundamental para a existência da responsabilidade penal pela comissão de delitos, de modo a tornar a conduta antijurídica pessoalmente reprovável em relação a um sujeito determinado. No caso dos menores de idade, a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, tal qual definem a própria lei e a Constituição brasileira, impõe que, ao iniciar-se a responsabilização aos 12 anos no sistema brasileiro, adote-se a premissa básica de que, em geral, a partir dessa idade (ou seja, adolescente) qualquer pessoa já adquiriu a capacidade de compreender o ilícito, senão de todos, ao menos da maior parte dos comportamentos delitivos, adquirindo também condições para dirigir sua própria conduta conforme esse entendimento^[308].

Em que pese essa presunção, de certa capacidade de autodeterminação, em razão da idade e da condição peculiar de desenvolvimento, a responsabilidade penal que pode recair sobre os adolescentes deve ter um caráter especial, sobretudo pela intensificação dos aspectos educativos de sua intervenção, se comparada à responsabilidade dos adultos.

É da combinação desses aspectos que se conforma a necessidade de uma culpabilidade específica para os adolescentes.

Na opinião de Boldova Pasamar^[309], necessário pois é considerar que se a imputabilidade do menor de idade não é completa, é uma ***imputabilidade sui generis***. Não meramente uma imputabilidade diminuída (independentemente de que seja também possível apreciar no adolescente outra causa de inimputabilidade completa ou incompleta^[310]). A tese de Pasamar parece ajustar-se perfeitamente ao que tem-se discutido até o presente momento: a imputabilidade, na acepção etimológica, de atribuir^[311], atribuir responsabilidade ao adolescente pelo cometimento do delito, dentro de limites e levando-se em consideração variados aspectos. Destaque-se que a imputabilidade tem uma série de fatores condicionantes: elementos que influem sobre a capacidade de entender e querer e, por isso, é possível afirmar que na imputabilidade concorrem fatores de ordem biológica, psicológica e, inclusive, sociológica, na medida em que contribuem para conformar a capacidade intelectual e volitiva necessária para ser imputável.

Na linha da definição de imputabilidade do Código Penal italiano, conforme o qual é imputável aquele que tem a capacidade de entender e de querer, emergem alguns parâmetros de interpretação, muito embora para a doutrina italiana o conceito de capacidade de entender e querer seja unitário, no sentido de que a psique do homem é uma entidade no seio da qual todas as funções se influenciam e se inter-relacionam de forma recíproca. De outra parte, as funções psíquicas relevantes para efeitos de imputabilidade não devem circunscrever-se às esferas intelectual e volitiva na medida em que o comportamento humano se vê em grande medida condicionado também por sentimentos e afetos.

Esclarece Fiandaca^[312] que a capacidade de entender se define como capacidade de orientar-se segundo uma percepção não equivocada da realidade e, portanto, como capacidade de compreender o significado do próprio comportamento e de valorar suas possíveis repercussões, positivas ou negativas sobre terceiros. Já a capacidade de querer consiste no poder de controlar os impulsos e atuar e determinar-se segundo o motivo que lhe pareça mais racional ou preferível com base numa concepção valorativa, ou seja, capacidade de eleger de modo consciente entre estímulos antagonistas. Pressupõe assim, necessariamente a capacidade de entender o significado dos próprios atos.

Importante destacar que a inimputabilidade penal etária não exclui dos adolescentes tais capacidades, mas tão somente funciona como fundamento para um sistema específico de responsabilidade penal que combina razões de caráter

psicopedagógico com critérios de imputabilidade e de prevenção especial de finalidade predominantemente educativa. Portanto, a diferença da reação penal para os menores de idade em relação aos adultos é de natureza qualitativa, e não unicamente quantitativa. Se assim fosse, a inimputabilidade penal etária se aproximaria da semimputabilidade que dá margem a uma redução da pena originalmente imposta ao adulto imputável. Em definitivo, não é esse o caso; o adolescente possui sua imputabilidade *sui generis*, o que o faz titular de uma resposta penal diferenciada do adulto, quantitativa e qualitativamente.

Ademais, as medidas sancionatórias voltadas aos adolescentes não podem exceder em duração nem ser mais gravosas ou restritivas de direitos do que as penas dos adultos, e isso implica que possam ser equivalentes. Nesse aspecto, reside outro mito bastante disseminado: a medida do adolescente não é necessariamente menos gravosa que a pena, ou seja, a consequência jurídico-penal para o menor de dezoito anos não é uma pena atenuada em relação à pena do adulto que tivesse cometido o mesmo delito nas mesmas circunstâncias.

Se os adolescentes possuem uma *imputabilidade sui generis*, a inimputabilidade penal etária é condição lógica para que, sendo a imputabilidade o elemento essencial da culpabilidade, também esta passe a ter uma configuração diferenciada em matéria de responsabilidade penal dos adolescentes.

[201](#) HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe. *Derecho penal juvenil*, op. cit., p. 31.

[202](#) Como se sabe, a teoria da prevenção especial se ancora numa concepção de pena contrária àquela da teoria absoluta retributiva, cujo principal porta-voz foi Franz Von Liszt. Para ele, a prevenção especial pode atuar de três formas: protegendo a comunidade contra os delinquentes, através do encarceramento destes; intimidando o autor, mediante a pena, para que não cometa futuros delitos; e preservando-o da reincidência através de sua correção. Evidentemente que o chamado Programa de Marburgo (1882), de Von Liszt, se aperfeiçoou ao longo dos anos, até alcançar na atualidade uma expressão mais vinculada à ressocialização e à ideia de que se deve levar em conta as consequências que da pena se possam esperar para a vida futura do autor em sociedade. Mais recentemente, desenvolveu-se ainda uma compreensão de que se deve buscar ajudar ao autor, não expulsá-lo nem marcá-lo, mas sim integrá-lo, como exigência do próprio Estado Democrático e Social de Direito (ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general*, t. I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, op. cit., p. 85).

[203](#) Idem. p. 46.

[204](#) Opinião compartilhada por Vázquez González e outros na doutrina espanhola (VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos (Ed.). *Derecho penal juvenil*. Madrid: Editorial Dykinson, 2005, p. 223).

[205](#) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal – Parte general*. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 186.

[206](#) Este modelo está descrito em detalhes na primeira parte deste trabalho.

[207](#) Historicamente se comprova que as leis penais autoritárias sempre fizeram da tutela e da proteção seu principal pretexto de intervenção desmedida. Por isso, tratar o adolescente como um ser incapaz, legitimando sua institucionalização, produz efeitos deteriorantes agravados. A prisionização de adolescentes levada a cabo com o nome que se queira dar, provoca malefícios irreversíveis, pois são muito piores em um sujeito em idade evolutiva do que em um adulto.

[208](#) HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe. *Derecho penal juvenil*, op. cit., p. 75.

[209](#) Vale dizer que não só a dogmática penal juvenil, mas também a dogmática penal como um todo, vem abusando de fórmulas abstratas que muitas vezes conduzem a resultados de escasso rendimento prático. O desafio que se descortina é o de que os argumentos dogmáticos se caracterizem por sua clareza, precisão e adequação à realidade social sobre a qual incidem.

[210](#) Adotando-se uma técnica de tipificação delegada, o Estatuto da Criança e do Adolescente configura um modelo de responsabilidade de adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro que se caracteriza pelas mesmas hipóteses legais aptas a sancionar o adulto.

[211](#) Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad).

[212](#) Essa teoria aparece mencionada pela primeira vez nas notas introdutórias da Primeira Parte deste estudo.

[213](#) Exemplo categórico desse obscurantismo impregna por completo a obra de Alexandre Morais da Rosa que, pretendendo demonstrar erudição, nomeia superficialmente uma avalanche de autores, de Alessandro Baratta a Luigi Ferrajoli para rejeitar o Direito penal juvenil. Seu argumento parte de um ponto de partida equivocado. Acredita o autor em tela que a defesa da existência do Direito penal juvenil se sustenta na busca por segurança jurídica. Ledo engano. Não é só segurança jurídica que fundamenta tal constatação, mas, sobretudo, o grau de afetação aos direitos fundamentais dos adolescentes. A intervenção judicial só se realiza porque ocorreu infração penal e, então, tanto do ponto de vista do que a origina como do de suas consequências, resta inegável a presença do direito penal. É como negar a chuva em um dia de tempestade. Aposto ainda o autor numa autonomia do que denomina Direito infracional e procura reforçar a negação do direito penal juvenil “por não ser o direito penal salutar nem aos imputáveis”(sic). Ora, o que não se mostra salutar não é o direito penal, mas sim o funcionamento do sistema penal e suas disfunções, como também não é salutar a vida de um adolescente numa unidade de privação de liberdade, ou seja, deixar de nomear as

coisas pelo nome que têm não as torna automaticamente salutares. Por último, e mais grave, sem detida análise, o autor afirma que culpabilidade e responsabilidade não são sinônimos, atestando seu profundo desconhecimento sobre a obra de Claus Roxin, penalista contemporâneo, cujos contributos têm revolucionado o chamado senso comum teórico do Direito penal, tão combatido por dito autor. Será? Se assim fosse, possivelmente Alexandre Moraes da Rosa soubesse que sob as bases da obra de Roxin há uma premente aproximação entre os dois conceitos: culpabilidade e responsabilidade. Não é também por outro motivo que neste trabalho fazemos a expressa opção por uma teoria da responsabilidade dos adolescentes.

[214](#) Sempre que um crime violento é praticado com a presença ou a participação de um adolescente, o tema da redução da idade penal retorna ao debate público. E, em decorrência disso, desde 1999 a questão vem sendo discutida pelo Congresso Brasileiro, em diferentes Propostas de Emenda à Constituição Federal (PECs).

[215](#) O primeiro passo em direção à desconstrução dos eufemismos e confusões conceituais que pairam sobre o tema da redução da idade penal está no reconhecimento de que os adolescentes, pessoas compreendidas na faixa etária de 12 a 18 anos incompletos, são responsáveis ante o cometimento de qualquer conduta equiparada a crime ou contravenção penal. Essa responsabilidade é penal. Não há discussão nem dúvida de que a aplicação de uma medida socioeducativa equivale à aplicação de uma sanção penal. Trata-se da resposta sancionatória ao ato praticado pelo adolescente e, assim como as penas criminais, tais medidas socioeducativas são coercitivas, obrigatórias e restritivas de direitos individuais.

[216](#) SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*, op. cit., p. 169.

[217](#) Neste estudo, no item 1.2.1, aparece por primeira vez a conceituação de ato infracional.

[218](#) Ao tratar do princípio da legalidade, já se demonstrou que a definição de ato infracional, ao remeter-se à conduta descrita como crime, está diretamente relacionada com a atribuição da pena pelo direito penal comum. E que a existência do ato infracional restringe-se às hipóteses legais aptas a sancionar o adulto.

[219](#) SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Pena e constituição – aspectos relevantes para sua aplicação e execução*, op. cit., p. 28.

[220](#) SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*, op. cit., p. 167.

[221](#) SOTTO MAIOR NETO, Olympio de Sá. Garantias penais do adolescente autor de ato infracional. In: ILANUD/ABMP/SEDH/UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006, p. 137.

[222](#) ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general, t. I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, op. cit., p. 51.

[223](#) VIDAL, Luís Fernando Camargo de Barros. A irresponsabilidade penal do adolescente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 18, p. 88, abr./jun. 1997.

[224](#) CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. Parte general – III. Teoría jurídica del delito/2. Madrid: Tecnos, 2001, p. 86, passim.

[225](#) As lições de Mir Puig reforçam nossa conclusão quanto à existência de um Direito penal juvenil: “No Estado Democrático, o Direito Penal não deve somente defender a maioria dos delinquentes, mas também há de respeitar a dignidade do delinquente e buscar oferecer-lhe alternativas ao seu comportamento criminal” (MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 34).

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

[227](#) SOTTO MAIOR NETO, Olympio de Sá. Garantias penais do adolescente autor de ato infracional. In:

ILANUD/ABMP/SEDH/UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*, op. cit., p. 140.

[228](#) Miguel Polaino Navarrete assevera que tal seleção de condutas antijurídicas demonstra o Direito como um resultado da Política. Em se tratando da tipificação de delitos, esta adquire o caráter de política criminal (POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el derecho penal*. Sevilla: Editorial Católica Española – Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974, p. 115).

[229](#) FRASSETO, Flávio Américo. *Pela necessidade de uma doutrina do processo de execução de medidas socioeducativas*. Relatório do 19º Congresso Brasileiro de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude. Belém/Pará, 2001.

[230](#) Ficha elaborada pela Biblioteca do Ministério da Justiça B823s Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE/Secretaria Especial dos Direitos Humanos – Brasília-DF: CONANDA, 2006.

[231](#) Dito de outra forma, “Medidas socioeducativas são responsabilizadoras, de natureza sancionatória e conteúdo socioeducativo, aplicadas somente a adolescentes sentenciados em razão do cometimento de ato infracional”. Documento do SINASE, p. 52.

[232](#) FRASSETO, Flávio Américo. Medidas socioeducativas: do debate sobre natureza aos parâmetros legais de aplicação e execução. In: *Matriz curricular de formação continuada do SINASE*, no prelo, 2011.

[233](#) Flávio Frasseto, no mesmo texto em epígrafe, destaca que: “Muito longe estamos de dizer que o SINASE filiou-se à doutrina do Direito penal juvenil. O que não se pode negar, todavia, é que o documento incorporou em seus princípios norteadores básicos, traços importantes da perspectiva penal da medida, algo que se mostrava até há pouco anos quase que incogitável”. Basta recuperar os anais da V Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, realizada em 2003, em Brasília, nos quais tirou-se a seguinte moção: “Moção de repúdio à redução da idade penal do Direito penal juvenil e à alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente”. A leitura dos anais da Conferência, contudo, não permite concluir que o repúdio ao “direito penal juvenil” corresponda a algo substancialmente distinto do repúdio à redução da maioridade penal referido e, portanto, ao modelo de direito penal juvenil aqui descrito (conferir os anais da conferência no endereço <<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/conanda/anais.pdf>>).

[234](#) Disponível em <http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/docs/DOUTRINA/TEXTOS+CLEBER.HTM>.

[235](#) Disponível em <<http://www.abmp.org.br/textos/2522.htm>>. Acesso em: 13 jul. 2011.

[236](#) Garantista aqui como vinculação aos fundamentos e postulados da *Teoria do garantismo penal* de Luigi Ferrajoli.

[237](#) MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*. 2. ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1982.

[238](#) DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 46.

[239](#) Bettiol, Giuseppe. *El problema penal*. Tradução Jose Luis Guzman Dalbora. Buenos Aires: Hammurabi, 1995.

[240](#) HUNGRIA, Nelson. A pandectização do direito penal. In: *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, t. II, p. 448-449.

[241](#) DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: Parte geral, op. cit., p. 51.

[242](#) BETTIOL, Giuseppe. *El problema penal*, op. cit.

[243](#) ANTOLISEI apud DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal* – Parte geral, op. cit.

[244](#) Muitos autores, contudo, advertem que o maior risco para a Dogmática é tomar como verdade postulados políticos, religiosos ou científicos emitidos por ordens ideológicas. Ver PECES-BARBA, G. El

pecado de la ignorância. In: *Tercera del Diário ABC*, Madrid, 13 de noviembre de 1998.

[245](#) Tomando a discussão de Eugenio Raúl Zaffaroni sobre Sistemas Penais Paralelos, compreende-se que o discurso estruturante do sistema penal formal do Estado deixa de lado uma enorme parte do poder punitivo exercido por outras agências que têm funções manifestas bem diversas, mas cuja função latente de controle social punitivo não é diferente da penal. Desvela-se, desse modo, uma complexa rede de poder punitivo exercido por sistemas penais paralelos. Ilustram bem essa rede paralela o exercício de um poder de institucionalização manicomial exercido pelos médicos, a institucionalização de pobres urbanos das ruas ou de pessoas idosas por autoridades assistenciais e finalmente o funcionamento dos juizados da infância e juventude. Importante ainda verificar que é comum o discurso penal legitimar esses sistemas penais paralelos como alheios ao direito penal. Chamados por Zaffaroni como elementos negativos do discurso jurídico-penal dominante, explicam não ser *juridicamente* poder punitivo aquilo que, em realidade, é poder punitivo, bem como não ser pena aquilo que pena é (ZAFFARONI, Eugenio, Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Derecho penal*: parte general, op. cit.).

[246](#) SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. *Inimputabilidad y sistema penal*. Colombia: Temis, 1996.

[247](#) Entendido como conjunto de garantias de legalidade, segurança jurídica, igualdade perante a lei, respeito à dignidade humana, entre outros aspectos próprios do Estado Democrático de Direito.

[248](#) ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general*, t. I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 3. ed. op. cit., p. 42.

[249](#) ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general*, op. cit., p. 44.

[250](#) MINAHIM, Maria Auxiliadora. *O direito penal da emoção: a inimputabilidade do menor*, op. cit., p. 48.

[251](#) MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*. Bogotá: Temis, 2004b.

[252](#) O critério etário adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90, de que abaixo dos 12 anos a criança não pratica ato infracional e, portanto, não pode ser submetida a uma medida socioeducativa é um exemplo inconteste.

[253](#) Entre outros, JIMÉNEZ DE ASÚA, em *La delincuencia juvenil y los tribunales para niños*, 1929, p. 4, advertiu sobre a importância do discernimento como “pedra angular da inimputabilidade dos menores”.

[254](#) Alimena, B, 1916 apud Ventas Sastre, Rosa. *Estudio de la minoría de edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica*, op. cit., p. 23.

[255](#) Consta que Jiménez de Asúa formulou quatro acepções para o termo “discernimento”: a acepção jurídica baseada na inteligência acerca da antijuridicidade do ato praticado; a moral, entendida como a inteligência para diferenciar o bem do mal e também o justo do injusto; um terceiro critério que combina os anteriores, moral e jurídico; e, por fim, o discernimento social baseado no caráter e instintos do menor e seu entorno. Jiménez de Asúa, L; Antón Oncea, J. *Derecho penal conforme al Código Penal de 1928 – Parte general*. Madrid: PE, 1929. t. I, p. 238, passim.

[256](#) Alimena, B, 1916 apud Ventas Sastre, Rosa. *Estudio de la minoría de edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica*, op. cit., p. 23.

[257](#) DORADO MONTERO, P. *Los peritos médicos y la justicia criminal*. Madrid, 1905, p. 211.

[258](#) BASILEU GARCIA. *Instituições de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, t. 1.

[259](#) Apesar da ratificação da Convenção Internacional das Nações Unidas dos Direitos da Criança e do Adolescente por um número expressivo de países e todos os que compõem a região latino-americana, o não reconhecimento das garantias processuais penais aplicáveis aos adultos acusados nos procedimentos de investigação, julgamento e punição de adolescentes em igual condição revela que o movimento de reformas legislativas nos Estados Nacionais pós-convenção não logrou modificar o funcionamento de seus Sistemas Judiciais. De acordo com Emilio Garcia Mendez, a vigência da Convenção alterou sensivelmente o

panorama legislativo latino-americano, dando origem às chamadas Leis de Segunda Geração, por estarem claramente inspiradas na doutrina da proteção integral. O movimento de reformas legislativas pós-convenção favoreceu um processo rico e heterogêneo, mas também muitas vezes contraditório. Dias depois da aprovação da Convenção, a Colômbia aprovou, pelo Decreto n. 2.237, de 27 de novembro de 1989, um novo Código do Menor. Apesar de posterior à Convenção e de declarar-se sob sua inspiração, em seu conteúdo e forma a lei colombiana reproduz os mesmos vícios das antigas legislações de menores, representando, portanto, mera adequação formal aos princípios da Convenção. Meses depois, o Brasil aprova a Lei Federal n. 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente resultado de uma construção compartilhada de especialistas, juristas e experiências governamentais e não governamentais. Em 1992, Equador, Peru e Bolívia aprovam seus novos códigos. GARCIA MENDEZ, Emilio. *Infancia: de los derechos y de la justicia*. 2. ed. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004.

[260](#) Conforme descreviam os Códigos de Menores, a situação irregular era compreendida como a situação de perigo, abandono ou perversão.

[261](#) Em detalhe, a reflexão do caráter indeterminado das medidas socioeducativas no item 2.6.2 do Capítulo 2 deste trabalho.

[262](#) CERESO MIR, José. *Curso de derecho penal español* – Parte general. Teoría jurídica del delito. Madrid: Tecnos, 2001. t. III, p. 50.

[263](#) “Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha comeos, non era imputabile. É imputabile chi ha la capacità d’intendere e di volere.”

[264](#) Como assinala Lucía Martínez Garay, observa-se uma evolução histórica bastante agitada do conceito de imputabilidade, situado em praticamente todas as categorias dogmáticas que já existiram. O exemplo da doutrina alemã é suficiente: naquele país, a imputabilidade foi considerada, sucessivamente, capacidade de pena, capacidade de ação, capacidade de dever e, com isso, pressuposto de antijuridicidade, capacidade de delito e capacidade de culpabilidade (MARTINEZ GARAY, Lucía. *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 77).

[265](#) Binding, von hippel, gerland apud jimenes de asúa, Luís. *Tratado de derecho penal*. La culpabilidad, op. cit., p. 83.

[266](#) MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Traducción y notas de Derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz, 3. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957. t. II, p. 49.

[267](#) merkel, von ferneck, kohlrausch apud jimenes de asúa, Luís. *Tratado de derecho penal*. La culpabilidad, op. cit., p. 84.

[268](#) FEUERBACH, VON LISZT apud jimenes de asúa, Luís. *Tratado de derecho penal*. La culpabilidad, op. cit., p. 81-82.

[269](#) MEZGER, Edmundo. *Derecho penal*. Parte general – libro de estudio. Tradução de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Din, 1958, p. 202.

[270](#) CERESO MIR. *Curso de derecho penal español*. Parte general, III. Teoría jurídica del delito. 2. Madrid: Tecnos, 2001, p. 51.

[271](#) MIR PUIG. *Derecho penal*. Parte general. Barcelona: Reppetor, 2005.

[272](#) Ibidem, p. 579.

[273](#) BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Parte geral. 3. ed. Fato punível. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. II, p. 44.

[274](#) BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Parte geral, t. II, op. cit., p. 45.

[275](#) Ibidem, Ibidem.

[276](#) WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*. Estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidade y

acción. Derecho penal y filosofía. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Low. Montevideo/Buenos Aires: Editorial IBdef, Julio Cesar Faria Editor, 2003.

[277](#) MIR PUIG. *Derecho penal*. Parte general, op. cit.

[278](#) MARTINEZ GARAY, Lucía. *La imputabilidad penal*: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos, op. cit.

[279](#) Ibidem, p. 67.

[280](#) MARTINEZ GARAY, Lucía. *La imputabilidad penal*: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos, op. cit., p. 74.

[281](#) Ao tratar o menor de idade como responsável por seus atos, busca-se superar a concepção do menor de idade como um ser inferior ou débil. Assim como descreveu Andrés Ibáñez, a Escola Correcionalista concebia o menor como um “adulto incompleto”, sem reconhecer seu grau de maturidade específico e seu desenvolvimento de acordo com sua idade (Andrés Ibáñez, P. El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada. In: Jiménez Burillo, J.; Clemente, M. (Orgs.). *Psicología social y sistema penal*. Madrid, 1986, p. 219).

[282](#) Gonzalez Zorrilla, C. *Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad*. Documentación jurídica, monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983, v. I, p. 178.

[283](#) LAHALLE, Anina. *as regras mínimas das nações unidas para a administração da justiça de menores*. São Paulo: I Encontro Nacional de Promotores de Justiça e Curadores de Menores, 1989.

[284](#) Ibidem.

[285](#) ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general*, op. cit., p. 46.

[286](#) ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Madrid: Editorial Réus, 1981, p. 148.

[287](#) SPOSATO, Karyna Batista. Gato por lebre: a ideologia correcional no Estatuto da Criança e do Adolescente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: IBCCRIM, n. 58, jan./fev. 2006.

[288](#) Conforme leciona Luigi Ferrajoli, as doutrinas e legislações penais de tipo genuinamente correcional se desenvolveram a partir da segunda metade do século XIX, muitas delas fundadas na visão da pena como medicina da alma – mais um bem que um mal para quem a sofre. Destacam-se as concepções do delito como patologia – enfermidade natural ou social ou, até mesmo, mal moral e da pena como tratamento. A inspiração se funda em uma espécie de pedagogismo penal e na percepção do poder punitivo como bem metajurídico. Em um Estado pedagogo, tutelar ou terapeuta, abrem-se as possibilidades para um direito penal máximo (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – Teoría del Garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1989).

[289](#) BINDING apud jimenes de asúa, Luís. *Tratado de derecho penal*. La culpabilidad, op. cit.

[290](#) merkel apud jimenes de asúa, Luís. Idem.

[291](#) CARMONA CASTILLO, Gerardo A. *La imputabilidad penal*. México: Porrúa, 1995.

[292](#) FEUERBACH, VON LISZT apud jimenes de asúa, Luís, op. cit., p. 81-82.

[293](#) VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal*. Tradução Luis Jiménez de Asúa. 4. ed. Madrid: Reus, 1999. t. 2, p. 396.

[294](#) Ibidem, p. 401.

[295](#) VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal*, op. cit., t. 2, p. 396.

[296](#) Ibidem, p. 398.

[297](#) BOLDOVA PASAMAR, M. Angél. La responsabilidad penal de los menores. In: GRACÍA MARTÍN, L. (Coord.). *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

[298](#) GOMES RIVERO, Ma. Carmen. La nueva responsabilidad penal del menor: las leyes orgánicas 5/2000 y 7/2000. *Revista Penal*, La Ley, 1997.

- [299](#) VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal*, op. cit., t. 2.
- [300](#) MEZGER, Edmundo. *Derecho penal*. Parte general – Libro de estudio. Tradução Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Din, 1958.
- [301](#) Landecho Velasco, Molina Blázquez apud SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. *Inimputabilidad y sistema penal*, op. cit.
- [302](#) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *O futuro do direito penal* – tem algum futuro a dogmática jurídico-penal? Tradução Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.
- [303](#) LUZÓN PEÑA apud SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. *Inimputabilidad y sistema penal*, op. cit.
- [304](#) MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal* – Parte general. 6. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- [305](#) MIR PUIG. *Derecho penal*. Parte general, op. cit.
- [306](#) QUINTERO OLIVARES, G; MORALES PRATS, F. *Parte general del derecho penal*. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 390.
- [307](#) Albuquerque Mello, Sebastian Borges de. *O conceito material de culpabilidade* – o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: JusPdivm, 2010, p. 13.
- [308](#) Essa posição é defendida por alguns autores estrangeiros, como Miguel Angel Boldova Pasamar e Conde-Pumpido Ferreiro.
- [309](#) BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel. La responsabilidad penal de los menores. In: GRACIA MARTÍN, Luis (Coord.). *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 447.
- [310](#) Aos adolescentes também se deveria reconhecer as causas de semiputabilidade e inimputabilidade fundadas na presença de doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado e embriaguez fortuita completa, definidas no art. 27 do Código Penal brasileiro.
- [311](#) Vives Anton discute essa feição da imputabilidade recuperando as lições de Petrocelli, na obra *La colpevolezza*, no tocante a duas espécies de imputabilidade. A imputabilidade do fato e a imputabilidade do agente. A primeira, a imputabilidade do fato faz referência a uma série de condições que o fato deve reunir para poder ser atribuído ao autor. A segunda, a imputabilidade do agente, designa uma série de condições que o autor deve reunir para que um fato qualquer, por ele realizado, lhe seja atribuído. Doutrinariamente adotou-se a imputabilidade jurídico-penal como imputabilidade do agente. Sendo que todas as pessoas são, em princípio, capazes de imputação, ainda que possam não ostentar essa qualidade em todas as circunstâncias (VIVES ÁNTON, T.; COBO DEL ROSAL, M. *Derecho penal* – Parte general. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 573).
- [312](#) FIANDACA, G.; MUSCO, E. *Diritto penale*. 6. ed. Bologna: Zanichelli Editore, 2010, p. 688-289.

5

Culpabilidade e Responsabilidade Penal Juvenil

Nesse capítulo, o objetivo é discutir a culpabilidade a partir de seus dois grandes atributos: a fundamentação da pena e seu limite^[313], destacando suas repercussões sobre a responsabilidade penal de adolescentes. Trata-se de retomar as distintas teorias formuladas modernamente com o intuito de refletir em que medida a culpabilidade funciona como limitação ao poder de castigar do Estado, seja como critério de individualização da sanção penal, ou mais, de legitimação acerca da necessidade da reação penal.

Essa discussão torna-se fulcral, posto a demonstração da relação imputabilidade/culpabilidade como decisiva ainda hoje para a dogmática penal. No campo da responsabilidade penal de adolescentes, ainda maiores são os motivos para analisar a culpabilidade em sua conexão com o conceito da inimputabilidade penal etária.

Sabe-se que o tema da culpabilidade insere-se dentre os mais importantes na moderna teoria do Direito Penal, mais precisamente na Teoria do Delito, uma vez que, mediante uma ideia de culpabilidade, atribui-se ao agir humano uma característica ou uma feição que o torna culpável e, por consequência, punível. É dizer que a culpabilidade é um dos elementos centrais na definição de relevância penal de determinados atos ou fatos produzidos pela ação humana.

Dito de outro modo, a culpabilidade, juntamente com a ilicitude e a antijuridicidade, é que fundamenta a imposição de uma pena em nossa cultura jurídica. É dessa maneira, *prima facie*, a possibilidade de atribuir e responsabilizar uma pessoa concreta de determinado fato^[314]. Entretanto, além de fundamentar a pena, cabe à culpabilidade limitá-la, servindo de parâmetro para a individualização da sanção.

Essa compreensão está presente desde as formulações de Arthur Kaufmann e Achenbach e se traduz numa “ideia de culpabilidade” com dupla conotação ou significado: o de legitimar a imposição de uma pena e, ao mesmo tempo, limitar sua incidência sobre determinado sujeito.

Todavia, não se pode perder de vista que o fundamento material da culpabilidade e os elementos que a integram vivem hoje uma profunda crise. E não menos importante é a disputa entre funções político-criminais e a determinação da proporcionalidade da sanção penal, como tarefas atribuídas a um único conceito de culpabilidade. É justamente a essas questões que se pretende dedicar.

5.1 Introdução ao conceito normativo de culpabilidade

A culpabilidade é em nossa cultura jurídica um dos pressupostos decisivos para a responsabilização jurídico-penal, e sua conceituação advém basicamente de duas visões da culpabilidade: a psicológica e a normativa, sendo a última a que melhor traduz o conceito de culpabilidade que manejamos no chamado Direito penal de culpabilidade.

Na segunda metade do século XIX, surge a concepção psicológica da culpabilidade, em profunda consonância com a teoria jurídica do delito, própria dos sistemas de Franz Von Liszt e Ernst Beling, que conceituam o tipo penal como uma fórmula estritamente objetiva e descritiva e localizam “todo o subjetivo” na culpabilidade.

Enquanto Liszt constrói a culpabilidade como uma relação subjetiva entre o ato e o autor, Beling, no mesmo sentido, aponta a relação do autor com o resultado e sua vinculação subjetiva com o fato praticado. Para ambos, o que vincula o autor à realização da conduta é a culpabilidade, havendo um pressuposto ideológico acerca da liberdade do homem e de sua capacidade intelectual. Também Gustav Radbruch sustenta um conteúdo de vontade na culpabilidade, uma relação psicológica com o resultado.

Trata-se de um conceito de culpabilidade de matiz causalista, uma vez que busca um nexu psíquico entre a ação e o resultado, cabendo à culpabilidade conceder uma explicação causal subjetiva, simultânea e paralela ao nexu de atribuição objetiva^[315]. Desse modo, configura-se um sistema bipartido rígido do ilícito, separando drasticamente os elementos objetivos dos subjetivos, distinguindo, portanto, o injusto (elementos objetivos) da culpabilidade (elementos subjetivos).

É importante identificar a influência do positivismo naturalista para essa construção, pois o delito se manifesta como um sucesso natural, passível de observação tal qual um fenômeno das ciências naturais. A culpabilidade, nessa perspectiva, é um fato psíquico, observável e também passível de uma

descrição[316].

A consequência mais eloquente do esquema psicológico é imputar determinado fato a um sujeito entendido como culpável, a título de dolo ou culpa[317], buscando estabelecer uma relação psicológica entre o autor e seu ato.

Paulatinamente, as críticas a um conceito de culpabilidade positivista determinista, que se reduzia às ideias de dolo e culpa, conduziram à construção de um conceito normativo de culpabilidade, do qual Reinhard Frank é o maior expoente como fundador, por haver acrescentado ao dolo e à culpa as chamadas circunstâncias concomitantes e concebê-los como elementos da culpabilidade. Sua maior contribuição, entretanto, é o conceito de reprovabilidade como uma valoração negativa de uma conduta desaprovada e que configura, em seu ponto de vista, o perfil normativo da culpabilidade.

Por normativo podemos entender o conceito de culpabilidade a partir de Frank porque é também à luz de suas afirmações que tem início uma concepção segundo a qual a culpabilidade descansa sobre a norma de dever individual, e a exigibilidade se dá quando há a possibilidade de uma conduta adequada ao Direito. Destacam-se nesta linha Goldschmidt e Freudhental, e não se pode negar a presença do neokantismo[318] em tais formulações, uma vez que se acrescentam, ao conceito clássico causal de delito, no qual dolo e culpa são elementos da culpabilidade, as ideias de dano social e reprovabilidade.

Pode-se dizer que com James Goldschmidt e Fredenthal se estrutura uma teoria da exigibilidade na medida em que desenham um conteúdo material: a desobediência de um dever jurídico como fundamento da culpabilidade. Mais do que isso, a reprovabilidade se expressa pelo não se deixar motivar pela representação do dever, e a exigibilidade se constitui no fundamento para a imposição da culpabilidade.

O que está por detrás da exigibilidade, no entanto, é a ideia de que o sujeito poderia agir de modo distinto, ou seja, com livre-arbítrio. Com os avanços do Finalismo, mudanças são implementadas no conceito normativo de culpabilidade, passando este a incorporar, a partir de Hans Welzel, um critério de reprovabilidade consistente na formação antijurídica da vontade do autor[319]. Para Welzel, a culpabilidade é a parte da responsabilidade do autor por sua determinação antijurídica, muito embora não explique de que forma uma pessoa pode evitar o delito e utilizar seu autocontrole com a finalidade de atuar conforme o Direito, ou seja, também Welzel não oferece uma explicação do livre-arbítrio[320], que segue como uma categoria carente de comprovação

empírica.

Importa reconhecer que na Doutrina Finalista da ação se impõe uma separação entre os elementos objetivos do delito e o conceito de culpabilidade, que se perfaz da ideia de reprovação.

Observa-se, portanto, que o finalismo se vale da fórmula de Frank de que culpabilidade equivale à reprovabilidade, agregando a ela elementos valorativos (normativos). Desse modo, a culpabilidade é a reprovação decorrente de uma ação típica e antijurídica realizada, e implica ser responsável por um comportamento antijurídico. Esse é um aspecto de relevância, pois é o que faz do conceito de culpabilidade um conceito jurídico, e não moral ou meramente psicológico. Por essa razão, Maurach e Heinz Zipf denominam esse conceito de *conceito complexo de culpabilidade*, porque compreenderia conjuntamente elementos psíquicos e valorativos.

Muitos autores atuais[321] vêm demonstrando a necessidade de uma redefinição do conceito de culpabilidade ou, de outra parte, até mesmo de sua eliminação como fundamento do delito. Se for possível atribuir à crise do conceito de culpabilidade alguma atualidade, esta talvez se refira, de um ponto de vista dogmático, à dificuldade de medir a liberdade de vontade de um autor de um delito ou de sua capacidade de atuar de modo distinto; de um ponto de vista de política criminal, à dificuldade de legitimação da pena, uma vez que não se pode negar que, atualmente, mais do que antes, espera-se obter consequências positivas através da utilização do Direito Penal. O velho debate acerca da liberdade individual do autor e das finalidades retributivas ou preventivas da pena estatal se renova na discussão sobre a culpabilidade, que oscila entre a culpa individual e sua justa retribuição e a supremacia da prevenção[322].

5.2 Modernas teorias da culpabilidade

Como visto, na cultura social e jurídica dominante mantém-se um conceito de culpabilidade calcado na ideia de liberdade do sujeito. Dizer “quem tem a culpa” implica admitir um grau de decisão e responsabilidade naquele que atuou de forma ilícita e antijurídica.

Entretanto, tendências preventivo-especiais existentes desde Liszt pressionam na direção de um direito penal de autor[323], pois a questão de que a intervenção sobre o delinquente é necessária para evitar delitos futuros depende mais de sua personalidade que do fato concreto individual.

Essa parece ser a questão recorrente para o Direito Penal, que já em 1930

Zimmerl apontava como central na definição de qual modelo de Direito penal deve estruturar o sistema: “Fato concreto ou personalidade: esta é a pergunta sobre o fundamento primário de todo sistema”.

Em síntese, a moderna discussão sobre a culpabilidade não escapa da mesma pergunta: a culpabilidade dirige-se a avaliar a personalidade e as condições pessoais do autor do fato para indicar a pena mais adequada ao alcance de finalidades preventivas, ou dirige-se à avaliação do fato em si mesmo e da atuação do sujeito com vistas a adequar a sanção a uma fórmula o mais proporcional possível à medida de sua “culpa”. Ou expressa, em última instância, uma ofensa à ordem jurídica, que, portanto, gera a necessidade de castigo como mecanismo de restabelecimento do Direito.

Neste capítulo, serão analisados quatro autores: Claus Roxin, Gunther Jakobs, Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde com concepções distintas da culpabilidade e que, por conseguinte, oferecem caminhos divergentes quanto à necessidade de redefinição do conceito e sua incidência para a responsabilização penal. Podemos identificar posturas de substituição, reforço, eliminação ou superação do conceito de culpabilidade como fundamento do delito.

Denominam-se substitutivas as propostas de Roxin, uma vez que o autor sugere que o conceito normativo de culpabilidade seja aperfeiçoado na direção de um conceito normativo de responsabilidade. A leitura de Jakobs, por sua vez, aponta para a construção de um conceito material de culpabilidade que atenda a fins sociais, demonstrando que a culpabilidade cumpre uma função de reforço à fidelidade ao Direito. Hassemer discute a eliminação da reprovação como elemento da culpabilidade e a necessária preponderância de um conceito de Responsabilidade atento ao fato concreto. Por último, Muñoz Conde propõe a superação da culpabilidade com a introdução de uma dimensão social que permita avaliar a conveniência e a necessidade da imposição de uma sanção penal, tendo em vista as condições pessoais e socioeconômicas do sujeito.

5.2.1 Responsabilidade e finalidades preventivas em Claus Roxin

A questão essencial da qual parte Roxin é se a culpabilidade funciona como uma justificativa para a pena. Para ele, de um lado, o conceito de culpabilidade cumpre um papel de legitimação ao mal que se impõe ao acusado (ideia de retribuição) e, de outro, limita o poder de intervenção estatal, assinalando o limite máximo da pena^[324].

Esse segundo aspecto é bastante reforçado por Roxin, que vê na culpabilidade um meio de limitar sanções jurídico-penais, mas não de fundamentá-las. Sua

função político-criminal consiste em impedir que, por razões de prevenção geral ou especial, abuse-se da pena.

Importante ainda observar que seu conceito de culpabilidade combina elementos de conteúdo material de caráter subjetivo e objetivo e se constitui por três aspectos: objeto de valoração (o tipo de culpabilidade), a valoração em si mesma (que muitos autores designam como reprovabilidade/reprovação) e a união entre o objeto e seu predicado de valor (fato culpável).

Na busca de um conceito material de culpabilidade, Roxin[325] defende que os princípios político-criminais da Teoria dos Fins da Pena sustentem a categoria sistemática que comumente se denomina Culpabilidade. Demonstra que as tentativas em separar Injusto de Culpabilidade resultaram inconsistentes. Os binômios Objetivo/Subjetivo, Dever/Poder, Geral/Individual, Desvalor da Ação/Desvalor da Atitude Interna apenas abarcam fragmentos parciais da problemática e não compreendem a totalidade dos fenômenos que se devem incluir sistematicamente nessas categorias.

Reforça que o decisivo não é o poder atuar/agir de outro modo, e sim que o legislador, a partir de pontos de vista jurídico-penais, torne responsável o autor por sua ação. Por isso, trata-se mais de um conceito de Responsabilidade[326] que Culpabilidade, pois o que está em jogo são critérios de política criminal que permitam definir a questão quanto à necessidade jurídico-penal de sancionar no caso concreto. A responsabilidade tem como pressupostos a culpabilidade e o conhecimento da antijuridicidade. Enquanto a antijuridicidade confere a um determinado fato o predicado de infringir a ordem do dever ser jurídico-penal, a responsabilidade significa uma valoração do ponto de vista de fazer responsável penalmente o sujeito.

Em decorrência, no marco da culpabilidade como fundamento da pena, Roxin concebe que as tradicionais causas de exclusão da culpabilidade são, em verdade, casos de exclusão da responsabilidade baseada nos fins da pena. Ou seja, são considerações de prevenção geral e especial que levam o legislador a renunciar à sanção[327]. A distinção entre culpabilidade e responsabilidade reside precisamente em admitir que a reprovação ou reprovabilidade é uma condição necessária, mas não suficiente para a responsabilidade, sendo imprescindível a necessidade preventiva de sanção. Portanto, a responsabilidade consiste em culpabilidade do sujeito, combinada com necessidade preventiva da sanção penal. Ressalte-se que seu conceito de culpabilidade é empírico-normativo, vez que é empiricamente constatável a capacidade de autocontrole e a acessibilidade normativa por parte do sujeito[328].

Por outro lado, no marco da culpabilidade como determinação da pena, Roxin observa que o grau de culpabilidade serve à determinação da pena impondo limites às finalidades preventivas. Uma proporcionalidade, entendida como justa entre culpabilidade e pena, oferece à condenação a possibilidade de um consenso na comunidade jurídica e assegura a autoridade da norma, o que é sumamente útil para a manutenção do ordenamento jurídico.

Nessa direção, pondera que nenhuma necessidade preventiva, por maior que seja, pode justificar uma sanção que contradiga o princípio de culpabilidade[329]. A necessidade preventiva opera como uma proteção adicional em face da intervenção do Direito Penal, pois restringe a possibilidade de punição da conduta culpável mediante a exigência de que ela seja preventivamente imprescindível.

Consequentemente, uma pena pode ser inferior ao grau de culpabilidade quando a pena adequada à culpabilidade possuir um efeito previsivelmente contrário à socialização. Por isso, faz-se relevante frisar que para Roxin, embora a culpabilidade seja determinada em seu conteúdo por critérios preventivos, ela não se confunde com prevenção e produz recíprocas limitações ao poder punitivo. Vejamos; como fundamento da pena, a ideia de responsabilidade impõe uma limitação ao poder de castigar do Estado ao condicioná-lo a uma necessidade pública de prevenção e, simultaneamente, como determinação da pena, a responsabilidade, ao abarcar a culpabilidade do sujeito, limita a prevenção geral intimidatória e a prevenção especial dirigida ao tratamento.

Entende, dessa maneira, Roxin que a manutenção do princípio de culpabilidade significa uma decisão de princípio em favor da prevenção geral integradora[330], e apenas dentro de seus limites admite-se uma prevenção geral intimidatória.

A manutenção do conceito de culpabilidade justifica-se por três razões principais: a primeira, de ordem terminológica, dada a tradição em nossa cultura jurídica e social; a segunda, de cunho dogmático, dado o reconhecimento de que é a culpabilidade a categoria que estabelece em muitas legislações e ordenamentos jurídicos a ponte necessária entre fundamentação e a determinação da pena; a última razão, mas não menos importante, de caráter político-criminal, que consiste em conceber uma distinção estratégica entre culpabilidade e prevenção, definindo-se a culpabilidade como pressuposto de uma responsabilidade configurada preventivamente.

5.2.2 Funcionalismo e fidelidade ao direito em Gunther Jakobs

Gunther Jakobs[331] também discute a culpabilidade a partir de sua função de legitimação da pena estatal, sendo que desenvolve um conceito funcional de culpabilidade, com atribuição preventiva geral. Para ele, somente a finalidade dota de conteúdo o conceito de culpabilidade, e vê essa finalidade na prevenção geral, tanto no sentido de intimidação quanto no de validação das normas penais.

O fim orientador e determinante da culpabilidade é a estabilização na confiança ao ordenamento jurídico perturbado pela conduta delitiva. A atribuição de culpabilidade e a punição a ela vinculada têm o condão de confirmar a “correção da confiança na correção de uma norma”. O delito frustra as expectativas da comunidade jurídica, e tal frustração se compensa interpretando como falha não a norma, e sim a conduta que a frustrou (prevenção geral positiva).

As críticas à visão funcionalista de Jakobs destacam uma instrumentalização do indivíduo que apenas serve como instrumento dos interesses sociais de estabilização[332]. Ele, por sua vez, rebate as críticas com a assertiva de que a reprovabilidade é o que legitima a pena, e que a utilidade pública da pena jamais poderá sobrepor-se à culpabilidade do autor, o que traduz o respeito em face da dignidade da pessoa humana[333]. Acrescenta que um conceito material de culpabilidade implica normas legítimas, reforçando que o ordenamento jurídico não pode comportar-se diante de um autor como se fosse um “cachorro”[334].

O Direito penal de culpabilidade, para Jakobs[335], está fundamentado por fins sociais, e a culpabilidade nada mais é que a falta de fidelidade ao Direito, ou ainda a demonstração de um déficit de fidelidade ao ordenamento jurídico. Em sua obra *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, explicita que é através do conceito de culpabilidade que se operam as soluções decisivas da teoria da imputação.

Jakobs parte de uma distinção fundamental entre sociedade e mundo exterior, que expressa a separação entre *sentido e natureza*, sendo que o que se entende por *sentido* ou por *natureza* se determina funcionalmente. A culpabilidade é para Jakobs o conceito que separa *sentido* de *natureza*[336]. Para melhor compreendermos sua posição, faz-se necessário saber que, para o autor, o injusto se ocupa da presunção de que existe uma expressão de sentido defeituosa. Ou seja, o delito demonstra uma carência de validez da norma, e toda expressão de sentido com conteúdo defeituoso gera responsabilidade, uma vez que existe uma expectativa de fidelidade suficiente ao Direito.

A responsabilidade, entretanto, somente se pode atribuir ao cidadão fiel ao

Direito, ou ainda à pessoa em Direito[337]. Por consequência, a medida da culpabilidade não mede o sujeito, e sim uma pessoa, no sentido mais geral e de quem se espera respeito e fidelidade ao direito, é dizer, aquele que presta uma mínima garantia cognitiva de comportamento fiel ao Direito. Significa conceber que o Direito penal não se desenvolve na consciência individual, e sim na comunicação. Os atores são pessoas (tanto o autor do fato, como a vítima ou o juiz) e suas condições são determinadas socialmente, e não individualmente.

A consequência prática de seu conceito de culpabilidade, como *sentido*, remete à função das leis penais como motivadoras e, portanto, com o escopo de evitar condutas delitivas, donde se depreende também a prevenção geral negativa (intimidação). Em resumo, a culpabilidade para Jakobs é um conceito funcional que expressa um defeito de motivação, e sua proclamação deve reforçar a confiança na ordem jurídica.

5.2.3 Responsabilidade e proporcionalidade em Winfried Hassemer

A construção de Hassemer[338] acerca do conceito de culpabilidade parte da observação crítica de suas principais fragilidades. Em primeiro lugar, identifica o autor que o tradicional conceito de culpabilidade, travestido em princípio, desvia a corresponsabilidade da sociedade sobre o delito, deixando-a tão somente ao indivíduo, em quem se manifesta uma suposta maldade geral. Em segundo, devemos reconhecer que ainda hoje manejamos um conceito híbrido de culpabilidade moral e culpabilidade jurídica e que, por mais esforços destinados, a culpabilidade jurídica nada mais é do que um modo deficitário da moral.

Por fim, resta também evidente um desequilíbrio entre Lei Penal e culpabilidade em muitos casos concretos, nos quais a demonstração de falta de culpabilidade gera consequências muito mais graves que a pena poderia gerar, como se vê, por exemplo, com a imposição de medidas de segurança.

Dessa maneira, parece indiscutível que tanto um conceito abrangente de culpabilidade como sua expressão principiológica estejam sofrendo uma progressiva erosão diante dos desafios atuais colocados ao Direito penal, em especial a obtenção de consequências positivas. Dentre os penalistas, já se admite que a culpabilidade não seja discutida em torno da “liberdade de vontade” ou da capacidade de atuar de modo distinto, e sim a partir das finalidades de prevenção geral e especial.

Para postular uma revisão do conceito, Hassemer identifica cinco dimensões da culpabilidade[339]. Começando pela imputação subjetiva, devemos ter presente que a culpabilidade possibilita uma vinculação entre um acontecer

injusto/fato injusto e uma pessoa atuante. Propõe, de plano, um segundo aspecto, que é a responsabilidade como um critério de aperfeiçoamento da imputação subjetiva pelo conceito de domínio do fato ou, ainda, da possibilidade de governar o acontecer lesivo.

No que diz respeito à diferenciação de graus de participação interna, reforça sua particular função de valoração entre distintos graus de responsabilidade que vão desde a imprudência inconsciente até a comissão intencional de um delito. E sobretudo no tocante aos atores, vítima e o autor do delito, que também modificam a valoração dos graus de participação interna.

Quanto à vítima, é necessário reconhecer que, a partir de sua perspectiva, pode-se sentir o dano causado de diferentes modos, ou seja, quem atua dolosamente produz um dano maior que aquele que atua imprudentemente, ainda que seja do ponto de vista social, pessoal, e não médico-empírico. Delitos que se realizam na presença do autor e da vítima encerram uma vexação social e pessoal da vítima. O exemplo de um delito de estupro expressa bem que, mais que as lesões físicas produzidas, provoca-se uma séria violação à dignidade da vítima.

Quanto ao autor, desempenham especial papel os chamados delitos sem vítimas, pois nestes também quem atua dolosamente ameaça em maior grau a vigência da norma e, ao mesmo tempo, a ordem jurídica. Enquanto do autor imprudente espera-se maior cautela em suas ações no futuro, do autor que agiu com dolo, espera-se sua “conversão normativa, sua mudança de atitude frente às normas”. O terrorista que realiza um sequestro busca um ataque à ordem estatal e jurídica.

A quarta dimensão refere-se à proporcionalidade para a adequação das penas, que acaba sendo uma decorrência das anteriores: possibilitar a imputação subjetiva e diferenciar graus de participação interna são tarefas que o direito penal cumpre não por um mero interesse acadêmico, senão por buscar fundamentar e medir uma consequência jurídico-penal que possa ser qualificada como justa.

Vale dizer que a proporção das sanções jurídico-penais se depreende justamente da aceitação de diferentes graus de participação, ou seja, a diferenciação que o conceito de culpabilidade provoca, concretiza o princípio da proporcionalidade, sem, contudo, perder de vista que outros elementos interagem como critérios de proporcionalidade, como é o caso da lesão ao bem jurídico protegido.

Por último, a reprovação pode ser entendida como uma dimensão central do conceito de culpabilidade e pressupõe um conjunto de elementos que Hassemer descreve detalhadamente. São eles, a Liberdade de Vontade como um elemento observável no processo penal que avalia e mensura as limitações materiais da liberdade do acusado, ou seja, os indicadores de déficit de liberdade. De outra parte, a vida cotidiana há de ser considerada, uma vez que nela se constroem os conceitos de reprovação ou desculpa.

Todavia, a ponderação de que não exista uma vida cotidiana, e sim normas grupais de referência e estilos de conduta com diferenças relevantes de reprovação e desculpa, também pode desempenhar um papel importante de exemplaridade para o Direito; é dizer, a cultura cotidiana pode ensinar a cultura do direito de que devemos ser mais cuidadosos com as reprovações, que podemos cogitar evitá-las, ou esquecê-las. De modo geral, o Direito sempre manteve um distanciamento da cultura cotidiana, o desafio, entretanto, não é traduzi-la ao pé da letra, e sim, na medida do factível, transformar as formas humanas em formas institucionais de elaboração formalizada de conflitos.

Outro elemento da reprovação que não pode ser ignorado está presente no que Hassemer chama de Teoria do Bode Expiatório[340]. A reprovação decorrente da culpabilidade faz com que a sociedade afetada pelo mal o projete sobre a pessoa individual, que deve ser afastada ou expulsa. Esse mecanismo pode oferecer uma explicação a mais para a reinserção social do delinquente ser algo tão difícil de alcançar.

O autor defende que a eliminação da reprovação do conceito de culpabilidade, embora não pudesse extinguir tal mecanismo psicossociológico, poderia evitar sua intensificação. Ademais, pondera que a reprovação já não cumpre o papel de limitação das penas, e tampouco funciona como justificação do direito penal, pois este sempre terá uma justificação ético-social que não se encontra no âmbito individual ou na culpabilidade do indivíduo. A justificação se encontra na força do direito penal para elaborar os conflitos mais graves.

É importante perceber que Hassemer, ao descrever as dimensões da culpabilidade e todos os elementos que a compõem, acaba por desvendar sua utilização como mecanismo de intimidação[341] e tratamento. O juízo de culpabilidade, tal qual hoje elaboramos, restringe-se à verificação de em que medida a ação de um sujeito afronta o ordenamento jurídico e se o mesmo sujeito é ou não objeto de tratamento[342].

Hassemer critica veementemente que a culpabilidade sirva para definir o que

se pode fazer racionalmente com uma pessoa, quando deveria servir para definir a responsabilidade. Ao propor um conceito de Responsabilidade, propõe que a atenção dispensada pelo Direito dirija-se a avaliar se o sujeito era responsável por sua ação típica e antijurídica, e não esteja voltada aos objetivos político-criminais de futuro. A responsabilidade desde sua perspectiva é um juízo que aponta para o passado, e não para o futuro.

Pode-se dizer que, de acordo com Hassemer, a delimitação da responsabilidade e de seus distintos graus importa como fundamento e princípio de ajuste para a proporcionalidade da sanção penal, conceitos deixados à margem pelas concepções preventiva e funcionalista.

5.2.4 *Motivação e combinação entre dogmática e política criminal em Francisco Muñoz Conde*

O primeiro aspecto de elevada importância na posição defendida por Muñoz Conde está na superação de um conceito de culpabilidade fundado na possibilidade de agir de modo distinto. Para ele, as normas penais se dirigem a indivíduos capazes de motivarem-se em seus comportamentos pelos mandatos normativos. A diferença é marcante na medida em que substitui a lógica de que os indivíduos possam eleger entre várias formas de agir, optando pela norma penal que os motiva através de seus mandatos ou proibições para que, por exemplo, abstenham-se de determinada conduta em face da ameaça de pena[343].

Configura-se, dessa forma, um conceito material de culpabilidade cujo fundamento descansa sobre as faculdades que permitem ao ser humano participar com seus pares e, portanto, em condições de igualdade em uma vida pacífica e justamente organizada. Em outras palavras, a motivabilidade (ou motivação), para Muñoz Conde, é a capacidade para reagir às exigências normativas[344], sendo que tais exigências ou expectativas se estruturam à luz de necessidades preventivas e, para tanto, vale-se das lições de Mir Puig:

O fundamento da culpabilidade não pode derivar-se da natureza das coisas, como crê a concepção tradicional – não cabe castigo ao inculpável porque não pode atuar de outro modo – e perigosamente como dá a entender a teoria da motivação normativa – não cabe castigo ao inculpável porque não pode ser motivado em absoluto pela norma; é imprescindível introduzir um momento normativo essencial. (...) Em um Estado Social e Democrático de Direito não se considera justo levar o desejo de prevenção até o castigo a quem atua sem culpabilidade.[345]

Refere-se, portanto, aos limites que necessidades preventivas podem impor às penas, tanto do ponto de vista da prevenção geral como especial. A prevenção

geral se revela no ato de determinação da pena, e a especial, por sua vez, na definição ao caso concreto da resposta adequada à ressocialização ou ao menos à não dessocialização do delinquente.

Pode-se, contudo, incorrer em dois equívocos acerca da posição de Muñoz Conde: primeiro, que se remeta ao conceito puramente funcionalista de Jakobs, ao admitir que as exigências normativas são fixadas socialmente através de uma normativa concreta; segundo, que defenda um caráter essencialmente preventivo tal qual Roxin para a culpabilidade. Nem uma, nem outra.

Em primeiro lugar, sua concepção de culpabilidade se desenvolve em referência aos demais; é dizer, não se trata de um fenômeno individual isolado, tampouco a culpabilidade traduz uma qualidade da ação individual. É uma característica que se lhe atribui para poder imputar a alguém. Donde decorre importante reconhecer que a definição do que é culpável e não culpável é uma opção de política criminal que determinado Estado elege.

Não se trata de uma visão funcional da culpabilidade, porque, mesmo partindo da função motivadora da norma penal, Muñoz Conde combina à frustração das expectativas normativas uma dimensão social como fundamento da culpabilidade, que impõe avaliar a utilidade da pena em face da motivação individual e do papel social do indivíduo. Prepondera sobre a busca de fidelidade ao Direito, um juízo de utilidade da pena; ou seja, a pena não deve ser aplicada a qualquer custo, mesmo sendo inútil e desnecessária apenas para reforçar a confiança no sistema[346].

Por outro lado, não compartilha da separação proposta por Roxin, entre dogmática jurídico-penal e política criminal, ou substituição da culpabilidade por responsabilidade, quando, ao final, as fragilidades conceituais apresentadas são as mesmas.

A máxima preventiva em Roxin padece de um deslize. Não é a culpabilidade que oferece o limite máximo para a imposição da pena, e sim o princípio de legalidade, que fixa os limites dentro dos quais pode mover-se o arbítrio judicial. E tão somente no marco do limite legal preestabelecido podem ser discutidas as necessidades preventivas. Demonstra-se inequívoca a relação entre dogmática e política criminal, favorecendo que se desmistifique o direito penal preventivo[347], dado que tem o potencial de conferir legitimidade e eficácia político-criminal às normas penais.

5.3 Considerações sobre a culpabilidade

Considerando que a culpabilidade e seus elementos é que operam a atribuição de responsabilidade a um sujeito por um fato típico e antijurídico, deve-se reconhecer sua relevância como um dos aspectos fundamentais para o sistema de controle penal, e de igual maneira para o sistema do Direito Penal. Isso porque a culpabilidade não é só um problema do indivíduo imputado, e sim do próprio Estado no tocante à sua legitimidade e capacidade de exigir responsabilidade. Em outras palavras, a culpabilidade deflagra para o Estado a necessidade de demonstrar sua condição para exigir do indivíduo o cumprimento das normas jurídicas e, evidentemente, tal capacidade de exigir varia de acordo com cada pessoa, suas circunstâncias pessoais e sua relação com o próprio Estado.

A teoria dominante da culpabilidade penal baseia-se, como visto, em um pressuposto lógico da liberdade de decisão do homem, e que se relaciona estreitamente com a ideia da possibilidade de atuar de modo distinto a partir da suposição de como outras pessoas atuariam nas mesmas circunstâncias; é o que se convencionou chamar de “teoria do homem médio”, pois a punição se dirige àquele que se desviou da média. Importante observar não se tratar mais de um conceito psicológico, e sim normativo, sustentado em um juízo de reprovação.

Na reprovação identifica-se a censura, e ambas, reprovação e censura, são elementos que funcionam como justificativas do castigo que se dirige ao infrator. Em outras palavras, a reprovação ou a censura são expressão da moralidade que considera as pessoas responsáveis por seu comportamento. Quando alguém realiza um mal, outros o julgam negativamente porque sua conduta é repreensível. A censura consiste em demonstrar esse juízo, ou seja, tratar o infrator como uma pessoa que realizou um dano[348].

Censura e reprovação são, desse modo, elementos que integram um juízo de culpabilidade, uma vez que se destinam ao infrator e, ao mesmo tempo, dirigem-se a terceiras pessoas, levando a mensagem de que determinadas condutas são puníveis e, mais que isso, são daninhas e por isso devem ser inibidas ou evitadas. A ameaça mediante consequências negativas tem por escopo desalentar condutas delitivas[349], e isso se dá mediante uma dupla função presente no castigo: a consequência desagradável como medida da retribuição e a censura como razão de ordem moral que serve para desestimular comportamentos delitivos. Vale observar que a natureza ou a gravidade da consequência também interage com a censura, na medida em que baixar ou elevar penas altera substantivamente o grau de censura expressado.

Não por acaso que alguns autores proponham a substituição da ideia de poder atuar de modo distinto pela capacidade de motivar-se pelas normas. Com isso,

contudo, retoma-se a tensão inicial: retribuição e prevenção como objetivos perseguidos na conceituação da culpabilidade. E acrescenta-se ao debate a indagação se os menores de idade são ou não motiváveis e de que maneira.

A culpabilidade, desde uma ótica preventiva, encontra duas vertentes que se procurou detalhar neste trabalho, em Roxin e em Jakobs, sendo que este último leva às últimas consequências a prevenção geral.

Das preciosas lições de Roxin, devemos sublinhar a concepção de que, assim como o injusto penal não pressupõe qualquer antijuridicidade senão uma antijuridicidade qualificada pelo dano social, os fins da pena não reclamam de todo injusto culpável uma punição, e sim se remetem a uma cota de reprovabilidade qualificada. O que faz Roxin é construir um conceito de culpabilidade atrelado à teoria dos fins da pena, evidenciando as finalidades preventivas e propondo uma vinculação entre política criminal e sistema penal[350].

Na mesma direção, Muñoz Conde reforça a necessária inter-relação entre política criminal e dogmática penal, propondo um conceito de culpabilidade que contemple uma dimensão social acerca do imputado e, conseqüentemente, uma reflexão quanto à utilidade e conveniência de uma sanção penal, tendo em vista necessidades preventivas. Diferentemente de Roxin, entretanto, substitui a lógica da finalidade por um critério de necessidade da pena, que cabe à culpabilidade oferecer.

Já Hassemer, em aguda contradição à vertente preventiva, sustenta um conceito de culpabilidade como critério de proporção entre o agir e a punição; é dizer, a responsabilidade é determinada pelos diferentes graus de participação, e a culpabilidade deve configurar-se nesta definição de responsabilidade, e não cuidar de atender objetivos político-criminais. Trata-se de uma avaliação do passado, e não do futuro.

A posição de Jakobs, por sua vez, concentra-se em objetivos de prevenção geral. Para ele, o Direito Penal não se desenvolve na consciência do indivíduo, e sim na comunicação, portanto a culpabilidade material, em sua concepção, nada mais é que um déficit de lealdade comunicativa.

Diante dessa descrição crítica das principais tendências acerca da culpabilidade na moderna teoria do delito, surge a necessidade de uma redefinição conceitual, que permita construir uma conexão punitiva[351] na qual o limite ao poder de punir seja concedido por uma culpabilidade, ainda que redefinida. Evidentemente, tomando essa direção, afastam-se as posições

puramente funcionalistas da culpabilidade como reforço à confiança no direito e toma-se outro rumo consistente na busca de sentido e legitimação para a imposição de uma pena ou qualquer sanção jurídico-penal. Daí se depreende a tarefa de individualização da sanção que deve combinar a proporcionalidade decorrente da lesão ao bem jurídico protegido com a prevenção de delitos.

Dessa forma, parece plausível uma aproximação entre os posicionamentos de Roxin, Hassemer e Muñoz Conde. De uma parte, porque todos concebem a ideia de responsabilidade como elemento que integra a culpabilidade, e também trabalham com o conceito de exigibilidade, seja no tocante à capacidade de motivação pela norma, no aspecto da acessibilidade normativa ou ainda como critério de necessidade da pena.

No Direito penal juvenil, é certo que a garantia do princípio da culpabilidade se faz mais relevante que no direito penal em geral. Em parte, isso se explica porque, no Direito penal juvenil, não existem limites mínimos para a medição das sanções e sua eleição, de modo que é necessário preencher o amplo espaço da discricionariedade judicial com decisões valorativas consistentes, entre as quais não cabe dúvida que a culpabilidade concebida como condição de legitimidade da imposição de toda reação penal cumpre um papel fundamental.

Evidente também que isso não afasta por completo a necessidade de algumas alterações legislativas que possibilitem reduzir o arbítrio judicial, garantindo maior objetividade e menor seletividade arbitrária na escolha das sanções e na aplicação de alternativas despenalizadoras de cunho processual.

O tema da culpabilidade em matéria de Direito penal juvenil, conforme aponta brilhantemente Jaime Couso Salas^[352], inaugura um novo paradigma, fundado na lógica garantista de que “não existe pena sem culpabilidade” também aos inimputáveis. Conforme insiste Couso Salas: “o princípio da culpabilidade – é preciso insistir – na medida em que se converte em condição de legitimidade da pena estatal, deve reger todo o Direito Penal (...) deve reger toda reação punitiva (denomine-se pena ou medida)”.

As necessidades preventivas, portanto, não podem superar um juízo de culpabilidade, como descreve Hassemer, o que conduziria a um conceito de culpabilidade de autor, e não de ato. Por outro lado, para que a culpabilidade não se reduza a uma medida de pura retribuição, os objetivos político-criminais devem ser observados como propõe Roxin, mas sempre em relação às condições sociais e pessoais do sujeito, de forma a demonstrar ser a resposta penal necessária para o indivíduo e para a sociedade, como adverte Muñoz Conde.

Reforça-se, finalmente, que a culpabilidade, nessa perspectiva, é uma demonstração de que o Estado pode exigir responsabilidade por um comportamento antinormativo. Reveste-se de um caráter de garantia e proteção do indivíduo diante do poder de castigar, condicionado à possibilidade de culpar. Dito de outro modo, o Estado pode castigar tão somente quando a culpabilidade permitir e nesse juízo, elementos éticos, racionais, de conteúdo sociológico devem interagir para evitar a seletividade do sistema penal e sua repercussão negativa na vida do indivíduo adolescente. Parece justo e necessário reconhecer que a pena é um mal não só para o delinquente como também para toda a sociedade[353]. Ao assim repensar a culpabilidade, pode-se, quiçá em um futuro próximo, avançar na delimitação do controle penal ao mínimo indispensável à convivência social, não só no campo do Direito penal de adultos, mas também no Direito penal juvenil.

[313](#) Essa é a concepção dominante na doutrina contemporânea ao enfrentar o tema da culpabilidade.

[314](#) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUTS, J. Miguel. *Manual de derecho penal – parte general*. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2000.

[315](#) FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Culpabilidad y teoría del delito*. Buenos Aires: Editorial B de F, 1995, v. 1, p. 164.

[316](#) JESCHECK, HANS-HEINRICH. Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Disponível em: <<http://www.www.criminet.ugr.es>>. Acesso em: 10 fev. 2011.

[317](#) Historicamente, culpa e dolo são conceitos utilizados para a atribuição subjetiva de responsabilidade e, até fins do século XIX, foram os mesmos para o direito civil e o direito penal (QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUTS, J. Miguel. *Manual de derecho penal – parte general*, op. cit.).

[318](#) A influência do neokantismo a partir da segunda metade do século XIX para o Direito Penal consistiu na introdução de métodos próprios das ciências humanas dirigidos à compreensão e valoração, em substituição aos métodos das ciências naturais de observação e descrição.

[319](#) Tal concepção pode ser vista em uma sentença do Supremo Tribunal Federal Alemão, que versa sobre o erro: “Com o juízo de desvalor da culpabilidade se reprova o autor que tenha decidido pelo injusto quando poderia comportar-se licitamente, e decidir-se pelo Direito. (...) A razão profunda da reprovação de culpabilidade está no fato de que o homem está em disposição de autodeterminar-se livre, responsável e moralmente, e está capacitado portanto, para decidir-se pelo Direito ou ao contrário pelo injusto” BGHSt 2, 2000 (ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Madrid: Instituto Reus, 1981, p. 64).

[320](#) JESCHECK, HANS-HEINRICH. *Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria*, op. cit.

[321](#) Vale dizer que a crise do conceito de culpabilidade e também da ideia de livre-arbítrio é tão antiga quanto o Direito Penal, datando desde a Escola Positiva italiana as primeiras objeções.

[322](#) Com a expressão prevenção pretende-se designar a prevenção geral – a possível influência sobre o autor e a prevenção especial (já discutida anteriormente) como correção ou asseguração de eventuais autores (NAUCKE, WOLFGANG. *Prevención general y derechos fundamentales de la persona*. In: FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Org.). *Principales problemas de la prevención general*. Buenos Aires: Editorial B de F. 2004, p. 15).

[323](#) Como acentua Zaffaroni, por Direito penal do autor denomina-se o conjunto das teorias que concebem a explicação da pena pelas características dos autores dos delitos. Esse direito penal imagina que o delito é um *estado do autor*, sempre inferior às demais pessoas consideradas normais. Tal estado de inferioridade tem, para alguns, natureza moral; e, para outros, natureza mecânica; ou seja, para os primeiros, o homem que incorre na prática de delitos coloca-se em estado de pecado penal, em consequência, a reprovação e a pena devem adequar-se ao grau de perversão pecaminosa de sua conduta. Para os segundos, o delito sinaliza uma falha, indicando um *estado de perigo ou perigosidade*, e as agências jurídicas constituem aparatos mecanicamente determinados a corrigir ou neutralizar as peças que falham. Em ambas as concepções, o criminalizado é um ser inferior (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal: parte general – Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar. 2002). Claus Roxin adverte que o Direito penal de autor se verifica sempre que a pena se vincule à personalidade do autor e sejam sua associabilidade e o grau desta o que decida sobre a sanção: o que faz culpável o autor não é o cometimento de um ato, e sim que sua condição o converta em objeto de censura legal (ROXIN, Claus. *Derecho penal*. t. I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1999, p. 176).

[324](#) Essa visão de Roxin retoma o pensamento de Arthur Kaufmann de que “em última instância o

problema da liberdade de vontade também pode atenuar-se, reconhecendo na culpabilidade unicamente uma função limitadora e considerando que seu único sentido consiste em limitar a pena que por outras razões é legítima e necessária, e deste modo, proteger o indivíduo frente aos abusos do poder punitivo do Estado” (ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, op. cit.).

[325](#) ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, op. cit.

[326](#) Assim também Henkel concebe uma zona limite de exclusão da responsabilidade que escapa a uma normatização descritiva e é recomendada ao juiz para que pondere no caso em concreto.

[327](#) Juntamente com Leckner, Roxin aponta que a renúncia ao castigo se produz tanto por razões de prevenção geral como também de prevenção especial.

[328](#) Por acessibilidade normativa devemos entender a capacidade de comportar-se conforme a norma que é conhecida pelo sujeito.

[329](#) Muñoz Conde elucida que a culpabilidade pode ser compreendida a partir de uma tríplice função: como fundamento da pena – no que se refere à verificação dos elementos necessários para a imposição de uma pena (capacidade de culpabilidade, conhecimento da antijuridicidade, exigibilidade de conduta diversa); como elemento de determinação ou medição da pena – no tocante à gravidade e à duração da pena adequadas ao caso concreto; e como proscrição de responsabilidade pelo resultado – o que reduz as formas e imputação de um resultado ao dolo ou à culpa. Essa última é justamente a que caracteriza o princípio de culpabilidade, já que exige a existência de dolo ou culpa para que uma pena possa ser imposta. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal* – parte general. 6. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 95.

[330](#) Por prevenção geral integradora devemos entender a capacidade das normas penais e sua imposição em motivar o cumprimento e a interiorização das regras de convivência elementares e que reforçam a confiança social no Direito, enquanto a prevenção geral intimidatória se caracteriza pela intimidação que a ameaça da pena promove nos cidadãos.

[331](#) JAKOBS, Gunther. *Tratado de direito penal*. Teoria do injusto penal e culpabilidade. Luiz Moreira (coordenador e supervisor). Tradutores Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

[332](#) Desde Kant, há a advertência de tratar-se de uma violação da dignidade humana: “o ser humano jamais pode ser utilizado meramente como meio para os propósitos de outro e ser misturado com os objetos do Direito das Coisas, o que fere sua personalidade inata” (KANT, Immanuel. *à paz perpétua*. 2. ed. Tradução Marco Antonio de A. Zingano. Porto Alegre: LPM Editores, 1989).

[333](#) JAKOBS, Gunther. El princípio de culpabilidade. In: JAKOBS, Gunther (Org.). *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 365.

[334](#) Ibidem, p. 381.

[335](#) JAKOBS, Gunther. *Tratado de direito penal*. Teoria do injusto penal e culpabilidade, op. cit.

[336](#) Importante observar que a expectativa normativa é, antes de mais nada, uma expectativa cognitiva.

[337](#) Pessoas são destinatários de direitos e deveres e vice-versa. Somente é pessoa quem é capaz juridicamente e, portanto, está excluído do âmbito das pessoas aquele que não pode desfrutar ou exercer nenhum direito e também não pode suportar nenhum dever (JAKOBS, Gunther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas, 2004, p. 52).

[338](#) HASSEMER, Winfried. Introdução aos fundamentos do direito penal. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

[339](#) HASSEMER, Winfried. Crisis y características del moderno derecho penal. *Actualidad Penal*, n. 43/22, 1993.

[340](#) HASSEMER, Winfried. *Crisis y características del moderno derecho penal*, op. cit.

[341](#) Hassemer critica as Modernas Teorias de Prevenção Intimidatória relembrando que trabalham na mesma lógica dos sacrifícios humanos na construção de diques. A crença de que a imposição de uma sanção a quem infringe o ordenamento jurídico influirá de maneira positiva em muitas outras pessoas que simpatizem com o delinquente não se distingue muito da tradição medieval no norte da Alemanha de empregar uma pessoa, nos diques de contenção do mar, preferentemente uma criança, pela crença de que isso faria com que o dique suportasse o mar mais eficazmente.

[342](#) Como já analisado no item 2.6.2 do Capítulo 2 deste trabalho, as doutrinas e legislações penais de tipo correccional articulam-se com as finalidades da prevenção especial: a positiva (reeducação do réu), e a negativa de sua eliminação ou neutralização. Em diferentes momentos, as distintas doutrinas da prevenção especial (moralistas de emenda/da defesa social/e da diferenciação da pena) preocuparam-se muito mais com o sujeito do ato do que propriamente com o ato praticado (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – Teoría del garantismo penal*, op. cit.).

[343](#) Max Weber, ao demonstrar a distinção sociológica entre Direito Público e Privado, reflete que o primeiro é um conjunto de normas para as ações que, segundo o sentido que a ordem jurídica lhes deve atribuir, refere-se à instituição estatal, isto é, que se destina à conservação, à expansão ou à execução direta dos fins dessa instituição, vigentes por estatuto ou consenso. O direito privado define como conjunto de normas para as ações que, segundo o sentido atribuído pela ordem jurídica, não se refere à instituição estatal, sendo apenas regulado por ela mediante normas. O mesmo autor ressalta que o *imperium ou jus imperii* do Estado tem como componente o poder de castigar, que se constitui precisamente em “vencer a desobediência não apenas por violência direta, mas também pela ameaça de desvantagens” (WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília: Editora UnB, 1999, v. 2).

[344](#) MUÑOZ CONDE, Francisco. Culpabilidad y prevención en derecho penal. *Cuadernos de Política Criminal*, 1980, p. 54.

[345](#) MIR PUIG, Santiago. *introducción a las bases del derecho penal*. Barcelona, 1976, p. 147.

[346](#) Gimbernat reforça que o Estado, ao impor uma pena, coloca-se em situação de demonstrar que ela seja necessária para alcançar uma convivência social suportável e que seja suficiente em sua gravidade, tanto para conseguir a intimidação geral como para a afirmação do Direito e a consequente segurança e confiança dos cidadãos (Bustos Ramírez, Juan; Hormazábal Mallaré, Hernan. Pena y estado. *PAPERS: Revista de Sociologia*, 13, 1980, p. 99, passim).

[347](#) Fala-se em desmistificação, porque as críticas que se dirigem ao Direito penal preventivo ou ao Direito Penal voltado exclusivamente à prevenção do delito, questionam a legitimidade de um tratamento penal dirigido à alteração coativa da pessoa adulta com fins de recuperação ou integração social e, portanto, violador não só da dignidade do sujeito tratado, senão também de um dos princípios do Estado Democrático de Direito: o respeito às diferenças e a tolerância às subjetividades humanas. Fala-se ainda que, nessa perspectiva, o poder punitivo é concebido como bem metajurídico, e o delito, como mal moral ou enfermidade natural ou social, o que acaba por justificar um direito penal máximo, que se impõe sob a égide de um Estado pedagogo, tutelar ou terapeuta. A desmistificação aqui sugerida trata de reconhecer que, embora o excesso preventivo possa dar margem a arbitrariedades, de outra parte necessidades preventivas especiais têm funcionado como fundamento para redução de penas, substituições e até mesmo para a suspensão de sua execução.

[348](#) A diferenciação entre o pagamento de um imposto e uma multa é elucidativa, pois, enquanto a multa expressa desaprovação e censura, o imposto é tão somente o cumprimento de um dever da cidadania (VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. Madrid: Trotta, 1998, p. 35).

[349](#) Esse é o esquema de funcionamento do Direito Penal, pois o Estado criminaliza determinada conduta e

emite uma ameaça legal consistente no castigo específico previsto. A ameaça está dirigida explicitamente para evitar a conduta prevista (VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*, op. cit., p. 39).

[350](#) SCHUNEMANN, Bernd. La culpabilidad: estado de la cuestión. In: SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Sobre el estado de la teoría del delito*. Seminario en la Universidad Pompeu Fabra. Madrid: Cuadernos Civitas, 2000, p. 116.

[351](#) Conforme Eugenio Raúl Zaffaroni, a conexão punitiva é a vinculação entre o delito e sua consequência, ou seja, a pena, comportando, portanto, uma quantificação da pena adequada ao caso concreto (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidad por la vulnerabilidad. Discurso em al aceptación del doctorado honoris causa otorgado por la Universidad de Macerata (Itália) 2002. *Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2003).

[352](#) COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del derecho penal de culpabilidad: historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 474.

[353](#) DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Actualidad Penal*, n. 1, 2001, p. 13.

Tendências Político-criminais em Matéria de Responsabilidade Penal de Adolescentes

6.1 Considerações gerais

A consolidação do Direito da Criança e do Adolescente ocorre simultaneamente à consolidação dos pilares do Estado de Bem-Estar Social, o que produz um traço bastante particular sobre toda a normativa pertinente e que não poderia ser diferente no que se refere à responsabilidade penal dos menores de idade, ainda que sendo matéria específica e vinculada ao Direito Penal. Basicamente, a consideração da adolescência como uma fase peculiar do desenvolvimento humano foi o princípio orientador para a construção de regras e normas jurídicas distintas do Direito Penal tradicional destinado aos adultos[354].

De outro lado, a percepção da infração juvenil como episódica na vida da maior parte dos adolescentes e também, em grande parte das vezes, a insignificância de sua natureza, constituem as razões fundamentais para o caráter subsidiário e de *ultima ratio* das medidas de privação da liberdade, reforçado pela demonstração empírica de que suas consequências e efeitos, em geral, mais impedem do que favorecem a inserção social dos jovens.

Nessa direção, alternativas à privação da liberdade e ao encarceramento constituem-se hoje como importante tendência no mundo todo. As regras fundadas sobre o princípio da subsidiariedade e também da proporcionalidade das intervenções públicas contra os jovens delinquentes refletem as tendências da política criminal nessa matéria, especialmente nos últimos dez anos.

Tais tendências caracterizam-se pelo reforço às garantias constitucionais nos procedimentos e pela diminuição da gravidade ou severidade das respostas penais. Nessa ótica, não se trata apenas de evitar a privação de liberdade[355], senão também que esta tenha a duração mais breve possível, a fim de reduzir seus efeitos negativos demonstrados empiricamente (princípio da brevidade).

Esse aspecto, aliás, é particularmente importante em sistemas de justiça juvenil nos quais a privação de liberdade tem duração indeterminada, como é o

caso brasileiro. Na maioria dos países, isso tem sido eliminado, como é o caso da Alemanha, Inglaterra, Nova Zelândia, Canadá, entre outros. As razões para essa eliminação do caráter indeterminado das medidas privativas de liberdades fundam-se em aspectos pedagógicos e constitucionais.

Modernamente, observa-se, a exemplo de diversos países europeus, intensa reformulação nos Sistemas de Justiça Juvenil (Alemanha, Inglaterra, França, Itália, Áustria), de modo a situar o Direito penal juvenil à frente do direito penal dos adultos. A título de exemplo, na Áustria, a prioridade à reparação extrajudicial introduzida na Justiça da Infância e Juventude no ano de 1988 tem sido atualmente examinada no campo do direito penal também. Na Alemanha, a discussão sobre mediação entre vítima e delinquente e reparação de danos já estabelecidas nos procedimentos da justiça juvenil tem sido um dos aspectos da reforma do direito penal tradicional.

A legislação alemã sobre Justiça Juvenil estabeleceu de maneira expressa o princípio da subsidiariedade da pena e do procedimento penal, por exemplo. E, por força das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores, essa concepção espalhou-se por diversos países. Portanto, a desjudicialização ou *diversion* é reforçada, em sintonia com o princípio da *ultima ratio* do encarceramento, nas sentenças judiciais relativas aos jovens[356].

Sobre a experiência alemã, é interessante pontuar que a Lei Judicial Juvenil estabelece uma culpabilidade diferenciada para os adolescentes, calcada na percepção de que seu grau de discernimento e maturidade é distinto do dos adultos[357]. Por essa razão, o art. 3º da lei alemã estabelece que o menor é penalmente responsável se no momento do ato era suficientemente maduro para compreender a antijuridicidade do ato praticado.

Ressalte-se que a lei alemã menciona responsabilidade penal, e esta incide sobre as pessoas entre 14 e 18 anos. A faixa etária seguinte, dos 18 aos 21 anos, possui um sistema diferenciado, o dos jovens adultos. E, por consequência lógica, os menores de 14 anos não sofrem nenhum tipo de resposta penal. Nesse aspecto, o sistema brasileiro é mais severo, uma vez que a adolescência tem início aos 12 anos.

O Sistema dos Jovens Adultos na Alemanha tem despertado grande interesse acadêmico e prático entre os demais países. Consiste na possibilidade de aplicação da legislação penal juvenil aos maiores de 18 anos até a idade de 21 anos, se demonstrada a ausência de pleno discernimento no momento do cometimento do fato.

No caso brasileiro, são recorrentes as tentativas de justificação da redução da idade penal para 16 anos, propugnando-se um sistema para jovens adultos, que incidiria na faixa etária dos 16 aos 18 anos. O equívoco é grotesco, pois o Sistema de Jovens Adultos Alemão, além de dirigir-se à idade mais avançada, tem uma característica fundamental, qual seja, a incorporação dos jovens adultos no próprio Sistema Juvenil. A lógica, portanto, é diametralmente oposta da pretendida por alguns setores no Brasil. Enquanto as propostas de redução da idade penal fundamentam-se pela ideia de exclusão dos jovens entre 16 e 18 anos do Sistema Juvenil, o modelo alemão, ao contrário, tem como pressuposta a inclusão dos jovens adultos nas regras destinadas aos adolescentes.

O fundamento legal dessa inclusão é o reconhecimento da Lei Penal Comum como subsidiária. A Lei Penal Comum é aplicável a adolescentes e jovens adultos, na medida em que a Lei Penal Juvenil não dispuser de outra forma. Assim, se um jovem adulto incorre na prática de um fato ilícito, que segundo as disposições gerais está sancionado com pena, abre-se a possibilidade para o juiz utilizar o Sistema Juvenil de modo concorrente ao Sistema comum.

A tendência que se observa naquele país é a aplicação predominante da Lei Penal Juvenil aos jovens adultos, uma vez que a maturidade do agente deverá ser aferida para essa escolha. Nos sistemas antigos, como a Etapa Penal Indiferenciada Brasileira, a regra adotada de forma simplista e massificada era a atenuação das penas dos adultos aos menores de 18 anos em face da maturidade diminuída. A evolução parece ter possibilitado a construção de um Sistema completamente oposto, como no caso alemão, em que a maturidade diminuída implica a adoção da legislação especial, mesmo para aqueles que a princípio estariam fora de seu âmbito de incidência.

Ainda sobre a desjudicialização, sua presença é marcante no modelo espanhol. Tendo em vista o monopólio da ação pelo Ministério Público, exatamente como ocorre no Sistema Brasileiro^[358], toda instrução é de sua responsabilidade e, portanto, a observância do princípio da oportunidade é sua atribuição.

6.2 Diferenças relativas à idade penal

Diferentemente do que alguns jornais, revistas ou veículos de comunicação em geral têm divulgado, a idade de responsabilidade penal no Brasil não se encontra em desequilíbrio se comparada à maioria dos países do mundo.

De uma lista de 54 países analisados, a maioria deles, como discutido a seguir, adota a idade de responsabilidade penal absoluta aos 18 anos de idade, como é o

caso brasileiro.

No entanto, tem sido fonte de grande confusão conceitual o fato de que muitos países possuam uma legislação específica de responsabilidade penal juvenil e que, portanto, acolham a expressão penal para designar a responsabilidade especial que incide sobre os adolescentes abaixo dos 18 anos.

Nesse caso, países como Alemanha, Espanha e França possuem idades de início da responsabilidade penal juvenil aos 14, 12 e 13 anos. No caso brasileiro, tem início a mesma responsabilidade aos 12 anos de idade. A diferença é que no Direito Brasileiro, nem a Constituição Federal nem o ECA mencionam a expressão penal para designar a responsabilidade que se atribui aos adolescentes a partir dos 12 anos de idade. Apesar disso, as seis modalidades de sanções jurídico-penais possuem, tal qual as penas dos adultos, finalidades de repressão social. A não utilização da expressão *Penal* em nosso sistema não altera a natureza das medidas aplicadas, que, como visto, é inegavelmente penal.

Acredita-se que essa revelação tem muito a colaborar no recorrente debate em torno da redução da idade penal, posto que reconhecer a já existência de um Sistema Penal Juvenil resulta na completa inutilidade em seguir alimentando uma discussão que, mais que compromissada com a proteção da sociedade, é altamente populista e demagógica, amparada na ignorância e desconhecimento da população e da opinião pública sobre o modelo brasileiro.

Da informação de 53 países, sem contar o Brasil, temos que 42 deles (79%) adotam a maioria penal aos 18 anos ou mais. Essa fixação majoritária decorre das recomendações internacionais já discutidas que sugerem a existência de um sistema de justiça especializado para julgar, processar e responsabilizar autores de delitos abaixo dos 18 anos. Em outras palavras, no mundo todo, a tendência é a implantação de legislações e justiças especializadas para os menores de 18 anos, como é o caso brasileiro.

No que concerne à idade mínima inicial para que esses sistemas de justiça especializados tenham incidência, observa-se que, entre os 53 países, sem referir o Brasil, a predominância é a fixação do início da responsabilidade juvenil entre 13/14 anos, o que se expressa em 25 países da lista (47%).

Especificamente, temos as seguintes idades: *abaixo dos 12 anos* estão Escócia em alguns casos (8 anos), Estados Unidos (10), Inglaterra e Países de Gales (10 anos), México (11 anos), Suíça em alguns casos (7 anos) e Turquia (11 anos), portanto 7 países. Os países que estabelecem a idade de *início aos 12 anos*, tal qual o Brasil, são 12: Bolívia, Canadá, Costa Rica, El Salvador, Espanha,

Equador, Holanda, Irlanda, Países Baixos, Portugal, Peru e Venezuela. Aos 13 anos de idade, Argélia, Estônia, França, Grécia, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Polônia, República Dominicana e Uruguai totalizam 10 países. Já Alemanha, Áustria, Bulgária, Colômbia, Chile, China, Croácia, Eslovênia, Hungria, Itália, Japão, Lituânia, Panamá, Paraguai e Rússia (em casos graves) formam o grupo mais numeroso de 15 países que adotam a idade de 14 anos para o início da responsabilidade juvenil. Cinco países da lista têm a idade fixada aos 15 anos: Dinamarca, Finlândia, Noruega, República Checa e Suécia. E, por fim, aos 16 anos estão Argentina, Bélgica e Romênia.

O Comitê da Criança das Nações Unidas, em sessões realizadas em janeiro e fevereiro de 2007, discutiu aspectos relacionados à idade mínima para a responsabilidade juvenil e a incidência dos sistemas de justiça especializados. Em primeiro lugar, identificou que há uma grande variedade de idades mínimas estabelecidas, como apresentado. Entretanto, ressaltou como recomendável que os estados-parte adotem idades entre 14 ou 16 anos.

Como se vê, o direito brasileiro encontra-se em sintonia com a tendência mundial de fixação da maioridade penal aos 18 anos. Porém, quanto à idade inicial de responsabilidade penal juvenil fixada aos 12 anos mediante a definição de adolescente, encontra-se dentre os países que adotam idades relativamente precoces para a responsabilização.

Além disso, não há no sistema brasileiro faixas etárias diferenciadas de modo a condicionar a qualidade e intensidade das medidas aplicadas, ou seja, já a partir dos 12 anos admite-se a imposição da privação de liberdade. Esse aspecto em particular vem sendo discutido na comunidade internacional na perspectiva de sua aplicação unicamente como último recurso.

6.3 O debate da redução da idade penal no Brasil

É sabido que no âmbito do legislativo nacional pretende-se modificar as normas concernentes aos adolescentes em conflito com a lei. A PEC 20/99^[359], desarquivada no dia 05 de abril de 2011, objetiva alterar o art. 228 da Constituição Federal. Também a PEC 171/93^[360], atualmente pronta para a pauta, busca reduzir para 16 (dezesseis) anos a idade de imputabilidade penal.

O paradigma adotado na legislação nacional especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no bojo de um inegável processo de constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente, põe em evidência o tratamento constitucional conferido aos adolescentes. Por isso, perverter a racionalidade e a

principiologia constitucional, através dos intentos em modificar o sistema, admitindo-se que maiores de 16 (dezesseis) anos, ou abaixo disso, recebam as mesmas penas cominadas aos adultos, consistiria em retrocesso jurídico, além de afronta às garantias constitucionais, já asseguradas no Estado Democrático de Direito.

Adultos, crianças e adolescentes, sendo pessoas diferentes entre si, não podem ser tratadas de igual maneira pelo Direito. Deve-se obedecer à isonomia e à proporcionalidade, respeitando-se o Princípio da Culpabilidade, da Proteção Integral e, principalmente, da Condição Peculiar de Pessoa em Desenvolvimento. Dessa maneira, diante do cometimento do delito por menor de idade, busca-se como resposta não a defesa da impunidade ou a indiferença penal, mas a compatibilidade da sanção em relação ao agente que o cometeu, inclusive por imperativo de ordem político-criminal.

A primeira objeção a qualquer alteração no modelo e sistema adotado está amparada na constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente no âmbito do Estado Democrático de Direito, como barreira efetiva para tais propostas de emenda e reforma constitucional.

6.3. 1 *Impedimentos constitucionais à redução da idade penal*

Não resta dúvida que a presença de princípios e regras de garantia em matéria dos direitos da infância e juventude no texto constitucional brasileiro configura não só um novo modelo de proteção e salvaguarda dos direitos dessa população, como produz efeitos em toda a disciplina infraconstitucional que venha a regular a condição material de crianças e adolescentes.

Mais que isso, no bojo de uma Constituição material^[361], como a brasileira, quaisquer propostas de alteração ou diminuição de garantias vêm a se constituir como violação inequívoca de cláusula pétrea. Neste sentido, Luís Fernando Camargo de Barros Vidal^[362] defende a natureza pétrea da cláusula constitucional que estabelece a idade penal. Afirma que:

A inimputabilidade etária, muito embora tratada noutro capítulo que não aquele das garantias individuais, é, sem dúvida, um princípio que integra o arcabouço de proteção da pessoa humana do poder estatal projetado naquele, e assim deve ser considerado cláusula pétrea.

Levando-se em conta que a reforma constitucional se configura como a via formal de mutação para as constituições rígidas (estruturação de um procedimento mais rigoroso em se tratando de modificação do texto), a exemplo da Carta Magna brasileira, que se concretiza através de procedimentos

específicos realizados pelo poder constituinte derivado[363], a própria Constituição, em seu texto, traça limites no que tange à redução de garantias e direitos já assegurados constitucionalmente.

Quanto às possibilidades de emenda, de maneira expressa o seu procedimento vem delimitado no art. 60 da Constituição Federal da República Federativa: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – **os direitos e garantias individuais**” (grifo nosso).

Em se tratando da modificação da menoridade penal poder ser ou não objeto de quaisquer deliberações de emenda constitucional, no sentido de restringir direitos e garantias individuais atinentes ao adolescente, René Ariel Dotti[364] entende não ser possível:

A inimizabilidade assim declarada constitui uma das garantias fundamentais da pessoa humana, embora topograficamente não esteja incluída no respectivo Título (II) da Constituição que regula a matéria. Trata-se, pois de um dos direitos individuais inerentes à relação do art. 5º, caracterizando, assim, uma cláusula pétrea. Consequentemente, a garantia não pode ser objeto de emenda constitucional visando à sua abolição para reduzir a capacidade penal em limite inferior à idade penal – dezesseis anos, por exemplo, como se tem cogitado. A isso se opõe a regra do § 4º, IV, do art. 60 da CF.

Reforça-se assim a identificação do direito à inimizabilidade penal como cláusula pétrea, conteúdo material da Constituição, derivado de princípios imutáveis.

Tratando-se de direito e garantia individuais, a melhor interpretação é aquela que não só enfatiza a principiologia constitucional (prioridade e proteção especial a crianças e adolescentes), mas também reconhece o peso de norma constitucional dos parâmetros internacionais decorrentes da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança[365] e outros instrumentos ratificados pelo Estado brasileiro. Todos esses dispositivos apontam para a necessidade de uma legislação e jurisdição especiais no trato de questões relacionadas à infância e à juventude.

Ressalte-se que a EC n. 45/2004 estabelece que os tratados e as convenções internacionais têm *status* de emenda constitucional.

Nessa direção, Flávia Piovesan[366], associando-se às mesmas ideias de José Joaquim Gomes Canotilho, defende a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais resultantes de documentos e tratados internacionais:

O reconhecimento se faz explícito na Carta de 1988, ao invocar a previsão do art. 5º, § 2º. Vale dizer, se não se tratasse de matéria constitucional, ficaria sem sentido tal previsão. A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional.

Desse modo, qualquer proposta de alteração de uma dessas regras desmonta e impede a operacionalização do sistema como um todo, interferindo inclusive em outras esferas jurídicas, como a civil, à medida que reconhecer e imputar a responsabilidade penal a uma pessoa de 16 anos entra em contradição com a regra da incapacidade relativa do Direito Civil, por exemplo.

Outras contradições se revelam também no que diz respeito às competências jurisdicionais para a imposição das penas, se aplicadas aos adolescentes a partir dos 16 anos, como também a que órgão corresponderia a fiscalização e o acompanhamento da execução penal.

Destaca-se que os direitos da criança e do adolescente compõem uma classe de direitos fundamentais. A universalidade se realiza porque todas as relações jurídicas das quais participem crianças e adolescentes são reguladas pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e, nesse aspecto, estão incluídos toda criança e todo adolescente, independentemente de classe social. A normatividade é composta, além da legislação especial, das regras constitucionais e dos princípios decorrentes dos tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. Já a matéria correspondente à resposta à prática de infrações penais cometidas por adolescentes está regulada, no caso brasileiro, especificamente pelo Título III do Estatuto da Criança e do Adolescente. O que se pode definir como o Direito penal juvenil, subsidiário à dogmática da Criança e do Adolescente^[367].

Assim, o reconhecimento da dignidade humana de todo adolescente impõe a existência de uma “justiça especializada”, que introduza em seu funcionamento o critério da sanção mais adequada para cada caso concreto, com atenção à condição peculiar de desenvolvimento em que o adolescente se encontra.

Não por acaso, diversos estudiosos da matéria alertam que o Direito penal juvenil tem muito a ensinar ao Direito Penal tradicional de adultos. E isso, de fato, vem ocorrendo. Além do mecanismo de transação que originalmente foi introduzido no Direito brasileiro pelo instituto da remissão do Estatuto da Criança e do Adolescente, influenciando posteriormente a própria lei de criação

dos juizados especiais criminais – a Lei n. 9.099/95 –, mais recentemente são crescentes as experiências de justiça restaurativa, que, iniciadas nos juizados da infância e juventude, paulatinamente vêm ganhando espaço na justiça penal como um todo.

Quando se situa o Direito da Criança e do Adolescente como categoria integrante dos direitos fundamentais, reforça-se a compreensão dos direitos da criança e do adolescente como parte da doutrina universal de direitos humanos. Do ponto de vista normativo, é interessante observar que os mecanismos de proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente são complementares, nunca substitutivos dos mecanismos gerais de proteção de direitos reconhecidos a todas as pessoas, como estabelece o art. 41 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

Um segundo esclarecimento parece necessário e se refere a uma subdivisão: enquanto a normativa da criança e do adolescente é parte integrante da doutrina de direitos humanos, o Direito penal de adolescentes é subsistema do Sistema de Garantias e Direitos que se faz presente no Estatuto da Criança e do Adolescente. A imposição de medidas socioeducativas para adolescentes autores de infração penal tem um lugar seletivo, restrito e simbólico quando as políticas sociais básicas são insuficientes. Ou seja, como já dito, o Direito penal juvenil é subsidiário em relação ao Direito da Criança e do Adolescente.

Além disso, Direito penal de adolescentes também se encontra constitucionalizado. Normas constitucionais funcionam como limite ou garantia ante o poder punitivo sobre adolescentes. Sua caracterização inicial revela dois fundamentos principais: o reconhecimento de uma responsabilidade especial a partir de certa idade – no caso, o início da adolescência está fixado aos 12 anos de idade – e a incorporação de um conjunto de garantias que limita o poder punitivo do Estado e orienta uma reação ao delito juvenil que promova a integração social e a observância dos direitos da criança e do adolescente.

O estabelecimento de uma idade mínima para o início da responsabilidade juvenil deriva de várias recomendações de instrumentos internacionais, a exemplo do item 4.1 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude, conhecidas como Regras de Beijing^[368], que estabelece: “Nos sistemas jurídicos que reconheçam o conceito de responsabilidade penal para jovens, seu começo não deverá fixar-se numa idade demasiado precoce, levando-se em conta as circunstâncias que acompanham a maturidade emocional, mental e intelectual”.

Conforme já assinalado, no Direito brasileiro a idade de início da responsabilidade penal juvenil está fixada em 12 anos. Se comparada a outros países, é uma idade relativamente baixa. Quando se desmascara a natureza penal das medidas aplicadas aos adolescentes a partir dos 12 anos, o debate da redução da idade penal certamente resta vazio em conteúdo e utilidade. Mais que isso, reconhecer sua dimensão constitucional implica inevitavelmente traçar os efetivos impedimentos de tais propostas prosperarem dentro do nosso sistema democrático constitucional

6.3.2 *Da inconstitucionalidade das propostas de redução da idade penal e violação da constituição material*

Todas as propostas de alteração da idade penal que vez por outra aparecem no cenário político e no debate público nacional têm a mesma característica, independentemente de seus conteúdos diversificados. Todas, indistintamente, afrontam o texto constitucional brasileiro, pois a Constituição Federal de 1988 destaca a absoluta prioridade dos direitos da criança e do adolescente e consagra ainda como princípios o respeito à condição peculiar de desenvolvimento de crianças e adolescentes e a brevidade e excepcionalidade na aplicação de medidas privativas da liberdade^[369]. Trata-se do direito à proteção integral, que abrange ainda o direito a responder por infrações penais com base na legislação especial, nos moldes do já citado art. 228 da CF/1988.

Os intentos em modificar o sistema, admitindo-se que maiores de 16 anos, ou até mais jovens, recebam as mesmas penas que se aplicam aos adultos, representam uma violação da Constituição material, tendo em vista que a Constituição assegura, dentre as cláusulas pétreas constitucionais, os direitos e garantias individuais, conforme o também já mencionado art. 60, § 4º, IV, da CF/1988.

É direito individual de todo adolescente a possibilidade de responder pela prática de infrações penais com base em legislação especial, diferenciada do Código Penal, que se aplica aos adultos, maiores de 18 anos. É, portanto, matéria que não poderá ser abolida como se pretende nas propostas de emenda à Constituição.

Em decisão do STF referente à EC n. 3/93, foi conferida interpretação extensiva à cláusula “direitos e garantias fundamentais”, alcançando nesse exemplo a garantia tributária da anterioridade. Como não reconhecer a mesma interpretação extensiva para a questão do modelo de responsabilidade previsto aos adolescentes?

Em outras palavras, não é necessário que o direito ou a garantia individual esteja expressamente descrito no art. 5º da CF/1988 para impedir a deliberação da proposta. Basta que esteja no texto constitucional como um direito ou garantia que diga respeito diretamente à vida, à liberdade, à igualdade e até mesmo à propriedade, e que no caput do citado art. 5º venha reforçado por uma cláusula de inviolabilidade. Além disso, a referência, no art. 34, VII, *b*, da CF/1988, aos direitos da pessoa humana como princípio sensível, auxilia a firmar ainda mais essa linha de raciocínio:

A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...) VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; **b) direitos da pessoa humana**; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (grifo nosso).

Desse modo, é direito da pessoa humana com idade inferior a 18 anos ser julgada, processada e responsabilizada com base em uma legislação especial, diferenciada da dos adultos. Em decorrência de sua natureza, a matéria encontra-se ao abrigo das cláusulas pétreas constitucionais e se constitui como conteúdo material da Constituição, ainda que derivado de princípio implícito.

Além disso, não se pode esquecer dos parâmetros internacionais que, por força do art. 5º, § 2º, da CF/1988^[370], têm peso de norma constitucional. Os direitos enunciados em tratados e documentos internacionais de proteção aos direitos humanos somam-se aos direitos nacionais, reforçando a imperatividade jurídica dos comandos constitucionais já mencionados.

Desse modo, é inconteste que o novo direito constitucional também foi responsável pela exigência de uma leitura verticalizante no campo do Direito da Criança e do Adolescente e, por consequência, do Direito penal juvenil. Tal constitucionalização do direito se evidencia através da necessária interpretação da lei conforme a Constituição e da aplicação direta da Lex Máxima às relações jurídicas.

Conclui-se preliminarmente que a constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente abre significativos espaços de controle sobre qualquer impulso ou compulsão de descumprimento de norma constitucional e consequentemente sua alteração. Deve-se fazer prevalecer a supremacia constitucional como garantia da própria Constituição^[371]; do contrário, coloca-se em risco a própria unidade da Carta Política.

A constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil vem operando efeitos importantes na organização da Justiça especializada para o trato de questões relacionadas à infância e juventude, na formulação de políticas públicas dirigidas a essa população em atendimento ao princípio da prioridade absoluta e, de modo geral, na ação de diversos atores políticos e na configuração de um novo padrão para as relações sociais que envolvem crianças e adolescentes e seus interesses.

Igualmente ao que ocorre em outros ramos, nota-se um conjunto de princípios, considerados imutáveis, dentre os quais estão o da proteção integral, o do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e o da inimputabilidade penal.

Esse conjunto principiológico exige que toda matéria infraconstitucional seja filtrada pela ótica da Constituição, ou seja, impõe também no âmbito do Direito da Criança e do Adolescente a chamada filtragem constitucional^[372], tal qual definiu Gomes Canotilho, como condição inclusive do efetivo garantismo em torno dos direitos da infância e juventude.

Conclusões

Diante de todo o exposto e em face do desenvolvimento dos argumentos que foram discutidos ao longo dos seis capítulos que compõem o presente trabalho, seguem as conclusões:

1. É premente a necessidade de uma construção dogmática acerca da responsabilidade penal de adolescentes, que tome em consideração os principais elementos da responsabilidade penal e a eles agregue os aspectos de uma teoria particular fundada nos princípios que informam o Sistema especializado destinado à adolescência em conflito com a lei.
2. Historicamente, sempre foi frágil a construção jurídico-penal voltada a explicar e fundamentar a intervenção punitiva sobre adolescentes autores de infração penal, deixando-se prevalecer argumentos e fundamentos extrajurídicos na operacionalização do sistema.
3. Como é possível constatar ao longo da história, envolvidas em um discurso de assistência e educação, as sanções aplicadas aos adolescentes, denominadas medidas socioeducativas, operaram, e ainda hoje operam, um exercício do poder punitivo sobre os adolescentes e jovens, muitas vezes mais agudo e desmedido que qualquer outro.
4. A superação da categoria de menoridade, como desqualificação e inferiorização de crianças e jovens, agora em condições de igualdade perante a lei, a incorporação do devido processo legal e dos princípios constitucionais como limites objetivos ao poder punitivo sobre jovens em conflito com a lei e o caráter predominantemente educativo das sanções aplicáveis denotam que o modelo adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente impõe que as garantias do Direito Penal sejam trasladadas ao terreno do Direito penal de adolescentes, favorecendo, dada a sua essência, invocar e construir as bases de um Direito penal juvenil mínimo.
5. Entretanto, a negação da natureza penal da regulação correspondente à responsabilidade dos adolescentes deriva sobretudo da

ambiguidade do Estatuto da Criança e do Adolescente, que, dada a não utilização da expressão penal, tende a permitir confusões conceituais, deixando aberto o espaço para interpretações tutelares acerca de suas finalidades, o que pode ser apontado como um dos principais obstáculos para a consolidação de um modelo de responsabilidade no Brasil.

6. A resistência em reconhecer um modelo penal de responsabilidade de adolescentes constitui não apenas uma fraude de etiquetas que dá margem a distorções conceituais, como constitui fator impeditivo para o devido avanço doutrinário e elaboração teórica e doutrinária que deveriam, de forma mais consistente, enfrentar o tema da imputabilidade dos menores de idade. A ausência do estudo de uma culpabilidade específica a ser reconhecida para os menores de idade permite que a intervenção siga marcada por imensa arbitrariedade e insegurança jurídica. Ademais, o tratamento a situações díspares de forma generalizada tem favorecido a percepção na opinião pública de que a delinquência juvenil é um dos problemas contemporâneos mais graves e sem solução.
7. Evidencia-se, assim, que as medidas socioeducativas e sua execução não se dissociam da política criminal. E revestem-se de uma feição extremamente importante, pois constituem o sistema formalizado de controle penal sobre a adolescência.
8. Se o Direito penal de adolescentes é, ao final e ao cabo, Direito Penal, necessário fazer repercutirem no Sistema Especializado os mesmos princípios e fundamentos que informam o Direito penal de adultos, com especial referência à culpabilidade como fundamento e limite da resposta penal.
9. A natureza penal das medidas aplicáveis aos adolescentes impõe uma incidência restrita e limitada aos casos de estrita necessidade. Vale dizer que a imposição de uma medida socioeducativa não pode fundamentar-se em condições pessoais dos adolescentes, tal como a falta de respaldo familiar, a baixa escolarização, a presença de algum sofrimento psíquico, entre outras circunstâncias que não traduzem a prática de um ilícito penal.
10. São elementos pressupostos da responsabilidade penal de adolescentes, a definição do próprio Direito penal juvenil, o conceito

de ato infracional, a natureza jurídica da medida socioeducativa e delimitação do conceito da inimputabilidade penal etária.

11. O Direito penal de adolescentes corresponde ao conjunto de normas que regulam a responsabilidade penal dos menores de idade, sendo um direito penal especial que se orienta fundamentalmente para a prevenção especial positiva em seu aspecto educativo.
12. O ato infracional é toda conduta típica (crime ou contravenção penal), antijurídica e culpável (punível/reprovável). Por conseguinte, as medidas socioeducativas são uma modalidade específica de consequência jurídica derivada do delito, com natureza penal, uma vez que representam o exercício do poder coercitivo do Estado e implicam necessariamente uma limitação ou restrição de direitos ou de liberdade. De uma perspectiva estrutural qualitativa, não diferem das penas. Isso porque cumprem o mesmo papel de controle social formalizado que a pena, possuindo finalidades e conteúdo assemelhados.
12. Na eleição e aplicação das medidas, as exigências da prevenção especial jogam um papel importante, mas, ainda que em menor medida, também aquelas de reafirmação do ordenamento jurídico e de prevenção geral se fazem presentes.
13. A inimputabilidade dos menores de 18 anos (inimputabilidade penal etária) não exclui, portanto, sua responsabilidade por ilícitos penais, nem tampouco autoriza uma indiferença penal diante do cometimento de um ato típico e antijurídico. Daí emerge a necessidade de uma adequada Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes, que admita uma *imputabilidade sui generis* aos adolescentes e inclua o reconhecimento de uma “culpabilidade específica” aos menores de idade.
14. O tema da culpabilidade, em matéria de responsabilidade de adolescentes, impõe a definição de um novo paradigma que combine as necessidades preventivas (finalidade eminentemente educativa), aos objetivos político-criminais e à proporcionalidade da reação penal, sempre observando-se as condições sociais e pessoais do adolescente (suas necessidades pedagógicas e circunstâncias) de forma a demonstrar ser a medida socioeducativa necessária para o indivíduo e para a sociedade.

15. A discussão não se encerra ao incorporar as garantias de direito penal de adultos aos adolescentes. Não se pretende que os Estados Nacionais reconheçam crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e então os tratem como adultos, e sim que os tratem como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. O desafio, portanto, é maior e mais complexo: não basta aplicar o direito penal tradicional aos adolescentes, é preciso que o direito penal juvenil ou de adolescentes se consolide como tal e seja mais benigno que o direito penal.
16. O reconhecimento de um Sistema Próprio de Responsabilidade para os Menores de idade, fundado em um modelo de responsabilidade diferenciado do modelo dos adultos, emerge como condição necessária ao reconhecimento de garantias. Ou seja, situa-se na consolidação de um modelo de responsabilidade penal de adolescentes que, de um lado lhes garanta as regras democráticas do devido processo legal e de outro, que elimine das práticas institucionais o legado das ideologias correcionais e da prevenção especial desmedida que subvertem as sanções jurídico-penais em suposto bem metajurídico.
17. Um sistema ou Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes exige, em primeiro lugar, reconhecer que a inimputabilidade penal etária não exclui as possibilidades de definir regras de atribuição ou imputação do ato antinormativo ao sujeito e, por consequente, de desenhar uma culpabilidade específica aos adolescentes.
18. Ser inimputável, em razão da idade, portanto, não significa que o indivíduo seja irresponsável, uma vez que a responsabilidade é assunção, diante da ordem jurídica, das consequências do fato a que deu causa. Assim como o maior imputável tem a pena como resposta pela conduta praticada e o maior inimputável tem a medida de segurança, ao menor de 18 anos se aplica a medida socioeducativa.
19. Diante da ordem jurídica, todo ato reprovável deverá receber uma sanção do Estado e, assim sendo, sua aplicação também deverá ser acompanhada de garantias constitucionalmente previstas. Os menores em idade precoce, como são as crianças abaixo dos 12 anos de idade, são excluídos do Sistema por questões de ordem político-criminal.
20. Não pode existir educação para a cidadania sem o respeito aos mais

elementares direitos de cidadão, donde se destaca o de ser sujeito responsável por seus atos.

Referências

ALBUQUERQUE MELLO, Sebastian Borges de. *O conceito material de culpabilidade – o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. Salvador: JusPdivm, 2010.

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

ANDRÉS IBAÑEZ, P. El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada. In: JIMÉNEZ BURILLO, J.; CLEMENTE, M. (Orgs.). *Psicología social y sistema pena*. Madrid, 1986.

ARIÈS, Philippe. *A criança e a vida familiar no antigo regime*. Tradução Miguel Serras Pereira e Ana Luísa Faria. Lisboa: Relógio D'Água, 1988.

ARISTÓTELES. *Retórica*. Introdução de Manuel Alexandre Jr. Tradução do grego e notas de Manuel Alexandre Jr., Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: INCM, 1998.

AROCA, Juan Monteiro. *Principios del processo penal – una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo blanch, 1997.

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

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2001b.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASILEU GARCIA. *Instituições de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, t. 1.

BELOFF, Mary. Responsabilidad penal juvenil y derechos humanos.

Revista Justicia y Derechos del Niño, Buenos Aires: UNICEF, n. 2, 2001.

BETTIOL, Giuseppe. *El problema penal*. Tradução José Luis Guzman Dalbora. Buenos Aires: Hammurabi, 1995.

BINDER, Alberto. M. *De las repúblicas aéreas al estado de derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel. La responsabilidad penal de los menores. In: GRACÍA MARTÍN, L. (Coord.). *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

BRANCHER, Leoberto Narciso. *Visão sistêmica da implementação e da gestão da rede de atendimento*. O direito é aprender. Fundescola/Projeto Nordeste/MEC, 1999.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal – parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. II: Fato punível.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1956. t. II.

BUSTOS RAMIREZ, J. Imputabilidad y edad penal. In: *Criminología y derecho penal al servicio de la persona – Libro homenaje al profesor Antonio Beristain*. San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989.

_____. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1994.

_____; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid: Trotta, 2004.

_____; _____. Pena y estado. *PAPERS: Revista de Sociologia*, n. 13, 1980.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gublbienkian, 2008.

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

CARMONA CASTILLO, Gerardo A. *La imputabilidad penal*. México: Porrúa, 1995.

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

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español – parte general*. Teoría jurídica del delito/2. Madrid: Tecnos, 2001. t. III.

CIRINO DOS SANTOS, J. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2005.

_____. *Direito penal – Parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del derecho penal de culpabilidad: historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Actualidad penal*, n. 1, 2001.

DORADO MONTERO, P. *Bases para un nuevo derecho penal*. Nueva edición con prólogo, bibliografía y notas por Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Buenos Aires: Depalma, 1973.

_____. *Los peritos médicos y la justicia criminal*. Madrid, 1905.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Curso de direito penal – Parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1.

_____. *Reforma penal brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Culpabilidad y teoría del delito*. Buenos Aires: Editorial B de F, 1995. v. 1.

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

_____. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001.

_____. Sobre los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.

_____. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FIANDACA, G.; MUSCO, E. *Diritto penale*. 6. ed. Bologna: Zanichelli Editore, 2010.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal – Parte geral. Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*. 1. ed. brasileira/2. ed. portuguesa. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra Editora, 2007. t. I.

_____. *Liberdade – culpa – direito penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

FLETCHER, George. *Conceptos básicos de derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

FRANCO, Alberto Silva; Stocco, Rui (Coords.). *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997. v. 1, t. 1.

FRASSETO, Flávio Américo. *Ato infracional, medida socioeducativa e processo: a nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <www.abmp.org.br/sites/frasseto>. Acesso em: jun. 2010.

_____. Medidas socioeducativas: do debate sobre natureza aos parâmetros legais de aplicação e execução. In: *Matriz curricular de formação continuada do SINASE*. No prelo, 2011.

_____. Pela necessidade de uma doutrina do processo de execução de medidas socioeducativas. In: *Relatório do 19º Congresso Brasileiro de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude*. Belém/Pará, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 1999.

_____. *Verdade e método II – complementos e índice*. 3. ed. Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. Tópica, retórica y teorías de la argumentación jurídica. In: *Congreso Internacional de Derecho Público, Filosofía e Sociología Jurídica: perspectivas para o próximo milênio*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1996.

GARCIA MENDEZ, Emilio. Breve histórico dos direitos da criança e do

adolescente. In: FIGUEIROA, Ana Cláudia (Coord.). *Da situação irregular às garantias processuais da criança e do adolescente*. São Paulo: CBIA/Cedeca-ABC, 1994.

_____. Evolución histórica del derecho de la infancia: por que una história de los derechos da la infancia? In: ILANUD/ABMP/SEDH/UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

_____. *Infância e cidadania na América Latina*. São Paulo: Hucitec/IAS, 1998.

_____. Infância, lei e democracia: uma questão de justiça. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – Esmec*. Santa Catarina: Associação dos Magistrados Catarinense, 1998.

_____. *Infancia: de los derechos y de la justicia*. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Tratado de criminología* (Introducción. Modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen). 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2002.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *O futuro do direito penal – tem algum futuro a dogmática jurídico-penal?* Tradução Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.

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

_____. Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor. *Revista Semanal Técnico-jurídica de Derecho Penal. Actualidad Penal*, Madrid: La Ley, n. 9, 2001.

GOMIDE, Paula. *Menor infrator a caminho de um novo tempo*. Curitiba: Juruá, 1990.

GONZALEZ ZORRILLA, C. *Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad*. Documentación jurídica, monográfico dedicado a la

propuesta de anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983. v. I.

GONZALO, D. (Org). *Principales problemas de la prevención general*. Buenos Aires: Editorial B de F., 2004.

GORDILHO, Heron José de Santana. Por uma dogmática pós-moderna. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia* – Homenagem ao Prof. Orlando Gomes, 2008.

GROSSI, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*. Madrid: Trotta, 2003.

GUASTINI, Ricardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Porrúa, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

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

HASSEMER, Winfried. Crisis y características del moderno derecho penal. *Actualidad Penal*, n. 43/22, 1993.

_____. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

Higuera Guimerá, J. *Derecho penal juvenil*. Barcelona: Bosch, 2003.

HUNGRIA, Nelson. A pandectização do direito penal. In: *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. I, t. II.

_____. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, t. 2.

JAKOBS, Gunther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas, 2004.

_____. El princípio de culpabilidade. In: JAKOBS, Gunther (Org.). *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Tratado de direito penal*. Teoria do injusto penal e culpabilidade. Luiz Moreira (coordenador e supervisor). Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JESCHECK, HANS-HEINRICH. Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Disponível em: <<http://www. www.criminet.ugr.es>>. Acesso em: 10 fev. 2011.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L.; ANTÓN ONCEA, J. *Derecho penal conforme al Código Penal de 1928 – Parte general*. Madrid: PE, 1929. t. I.

KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Tradução Marco Antonio de A. Zingano. 2. ed. Porto Alegre: LPM, 1989.

KELSEN. Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LAHALLE, Anina. *As regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de menores*. I Encontro Nacional de Promotores de Justiça e Curadores de Menores, São Paulo, 1989.

LANDROVE DÍAZ, G. *Derecho penal de menores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LECHNER, Norbert. *Los patios interiores de la democracia: subjetividad y política*. 2. ed. México/DF: Fondo de Cultura Econômica, 1995.

LILLY, J. Robert et al. *Criminological theory: context and consequences*. 2. ed. London: Sage Publications, 1995.

MACHADO, Martha de Toledo. Sistema especial de proteção da liberdade do adolescente na Constituição Brasileira de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente. In: ILANUD/ABMP/SEDH/UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

_____. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri: Manole, 2003.

MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

MARTINEZ GARAY, Lucía. *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

MEZGER, Edmundo. *Derecho penal – parte general – Libro de estudio*.

Tradução Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Din, 1958.

_____. *Tratado de derecho penal*. Traducción y notas de derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz. 3. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957. t. II.

MINAHIM, Maria Auxiliadora (Coord. Cient.). *ECA: apuração do ato infracional atribuído a adolescentes*. Série pensando o direito, n. 26/2010. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos e Programa para o Desenvolvimento das Nações Unidas, 2010.

_____. *Direito penal da emoção – a inimputabilidade do menor*. São Paulo: RT, 1992.

_____; SPOSATO, Karyna B. A internação de adolescentes pela lente dos tribunais. *Revista Direito GV*, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2011, v. 7, n. 1.

MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*. 2. ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1982.

_____. *Introducción a las bases del derecho penal*. Barcelona: Trotta, 1976.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – Parte general*. 6. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. As reformas da parte especial do direito penal espanhol em 2003: da tolerância zero ao direito penal do inimigo. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas – RECJ*. Disponível em: <<http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp>>. Acesso em: 2 jan. 2005.

_____. Culpabilidad y prevención en derecho penal. *Cuadernos de Política Criminal*, 1980.

_____. *Derecho penal y control social*. Bogotá: Temis, 2004b.

_____; HASSEMER, Winfried. *Introducción a la criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

_____. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

_____. *O direito penal do inimigo*. Tradução Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012.

NUVOLONE, Pietro. *O sistema do direito penal*. Tradução Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: RT, 1981.

OST, François; KERKOVE, Michel van de. *Elementos para una teoría crítica del derecho. colección teoría y justicia*. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá, D.C.: Unibiblos, 2001.

PASSETTI, Edson. Crianças carentes e políticas públicas. In: DEL PRIORI, Mary (Org.). *História das crianças no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2000.

PECES-BARBA, G. El pecado de la ignorancia. In: *Tercera del Diálogo ABC*, Madrid, 13 de noviembre de 1998.

PEREIRA, T. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru: Jalovi, 1980.

PINHO, Ruy Rebello. *História do direito penal brasileiro – período colonial*. São Paulo: Edusp, 1973.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIRES, Álvaro Penna. Alguns obstáculos a uma mutação “humanista” do direito penal. *Sociologias – Revista Semestral do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFRGS*, Porto Alegre: Dossiê Conflitualidades, ano 1, n. 1, 1999.

PLATT, Anthony M. *The child savers: the invention of delinquency*. 2. ed. Chicago: University of Chicago presss, 1977.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el derecho penal*. Sevilla: Editorial Católica Española – Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix. 1996.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS

CANUTS, J. Miguel. *Parte general del derecho penal*. Navarra: Aranzadi, 2005.

_____. *Manual de derecho penal – Parte general*. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2000.

REALE JR., Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

RIBEIRO LOPES, Maurício Antônio. *Teoria constitucional do direito penal*. São Paulo: RT, 2000.

RIZZINI, Irene. *O século perdido – raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Universitária Santa Úrsula/Amais, 1997.

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

ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general*. Madrid: Civitas, 1997. t. I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.

_____. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Madrid: Instituto Reus, 1981.

_____. *Derecho penal – Parte general*. Madrid: Civitas, 2003. t. I: Fundamentos. La estrutura de la teoria del delito.

SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel. *Teoria del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

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

_____. *Direito penal juvenil – adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002a.

_____. *Desconstruindo o mito da impunidade – um ensaio de direito (penal) juvenil*. Brasília: UnB, 2002.

SCHUNEMANN, Bernd. La culpabilidad: estado de la cuestión. In: SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-maria. *Sobre el estado de la teoría del delito*. Seminario en la Universidad Pompeu Fabra. Madrid: Cuadernos Civitas, 2000.

SEDA, Edson. Das medidas de proteção. In: CURY, Munir (Coord.).

Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. Comentários jurídicos e sociais. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SEGURA ORTEGA, Manuel. *La racionalidad jurídica*. Madrid: Tecnos, 1998.

SHECAIRA, Sergio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: RT, 2008.

_____; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004.

SILVA FRANCO, Alberto; STOCCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997. v. 1, t. 1.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

Documento do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE/Secretaria Especial dos Direitos Humanos – Brasília-DF: CONANDA, 2006.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. *Inimputabilidad y sistema penal*. Colombia: Temis, 1996.

SOTTO MAIOR NETO, Olympio de Sá. Garantias penais do adolescente autor de ato infracional. In: ILANUD/ABMP/SEDH/UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

SPOSATO, Karyna Batista. A criança no neoconstitucionalismo brasileiro. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de (Orgs.). *Direitos fundamentais em construção: um estudo em homenagem ao ministro Carlos Ayres Britto*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. Culpa e castigo: modernas teorias da culpabilidade e limites ao poder de punir. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n. 56, set./out. 2005.

_____. Gato por lebre: a ideologia correcional no Estatuto da Criança e

do Adolescente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: IBCCRIM, n. 58, jan./fev. de 2006.

_____. *O direito penal juvenil*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Passo a passo da municipalização – guia de orientações para a municipalização das medidas socioeducativas em meio aberto*. Documento Técnico. Brasília: UNICEF, 2007.

THOMPSON, Augusto F. G. *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro*. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1982.

TUTT, N. Utilización de los delitos por su condición y disposiciones conductistas equivalentes para prevenir la delincuencia. *RIPCrim*, Nueva lorque: Naciones Unidas, ns. 39 y 40, v. 2, 1990.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Delincuencia juvenil – consideraciones penales y criminológicas*. Madrid: Comex, 2003.

_____. (Editor). *Derecho penal juvenil*. Madrid: Dykinson, 2005.

VENTAS SASTRE, Rosa. *Estudio de la minoría de edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica*. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 2002.

VIDAL, Luís Fernando Camargo de Barros. A irresponsabilidade penal do adolescente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: IBCCrim, n. 18, abr./jun. 1997.

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

VIVES ÁNTON, T.; COBO DEL ROSAL, M. *Derecho penal – Parte general*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. Madrid: Trotta, 1998.

VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal*. Tradução Luis Jiménez de Asúa. 4. ed. Madrid: Reus, 1999. t. 2.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília: Editora UnB, 1999. v. 2.

WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*. Estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidade y acción. Derecho penal y filosofia.

Tradução Gustavo Eduardo Aboso y Tea Low. Montevideo/Buenos Aires: Editorial IBdef, Julio Cesar Faria Editor, 2003.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002 (Pensamento Criminológico 7).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidad por la vulnerabilidad – discurso em al aceptación del doctorado honoris causa otorgado por la Universidad de Macerata (Itália) 2002. – *Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2003.

_____; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Derecho penal* – Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

Apêndice

Apêndice 1

Marcos de idade de responsabilidade penal na história jurídica brasileira

07	1. Ordenações Filipinas Responsabilidade penal plena aos 7 anos com isenção da pena de morte até 17 anos – aplicação de redução de pena. 2. Código Penal do Império de 1830 De 7 a 14 anos – imputabilidade relativa. Responsabilidade penal plena aos 14 anos. Privação de liberdade poderia se estender até os 17 anos.
09	1. Código Penal Republicano de 1889 De 9 a 14 anos – imputabilidade relativa. Responsabilidade penal plena aos 14 anos. Privação de liberdade poderia se estender até os 17 anos.
12	1. Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.072/90) De 12 a 18 anos incompletos – responsabilidade de adolescentes diferenciada.
14	1. Código Penal do Império de 1830 Responsabilidade penal plena aos 14 anos. Privação de liberdade poderia se estender até os 17 anos. 2. Código Penal Republicano de 1890 Responsabilidade penal plena aos 14 anos – podendo retroagir a 9 anos se demonstrado discernimento. Privação de liberdade poderia se estender até os 17 anos. 3. Lei n. 4.242, de 1921 Responsabilidade penal plena aos 14 anos.
	4. Código de Menores de 1927 (Código Mello Mattos) De 14 a 18 anos – imposição do Direito do menor. 5. Código de Menores de 1979 De 14 a 18 anos, imposição do Direito do menor – ápice da doutrina da situação irregular.
16	1. Código Penal Militar (Decreto-lei n. 1.001/69)

	Nos crimes militares, imputabilidade penal fixada excepcionalmente aos 16 anos.
17	1. Ordenações Filipinas Isenção da pena de morte até 17 anos – aplicação de redução de pena; De 17 a 21 anos – Sistema de Jovem Adulto.
18	1. Código de Menores de 1927 (Código Mello Mattos) De 14 a 18 anos – imposição do Direito do menor. 2. Código Penal de 1940 Imputabilidade penal plena fixada aos 18 anos. 3. Lei n. 7.209/84 (Reforma da Parte Geral do Código Penal) Imputabilidade penal aos 18 anos – critério objetivo. 4. Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.072/90) Abaixo dos 18 anos, responsabilidade de adolescentes diferenciada.
21	1. Ordenações Filipinas De 17 a 21 anos – Sistema de Jovem Adulto.

Tabela 1 – Marcos de idade de responsabilidade penal na história jurídica brasileira.

Apêndice 2

Quadro sinótico

Diferentes acepções da imputabilidade	Teoria correspondente
Capacidade jurídica de ação	Teoria da ação
Capacidade jurídica de dever	Teoria da antijuridicidade
Capacidade de pena	Teoria da intimidação/teoria da normalidade
Capacidade de entender e querer	Teoria da vontade
Capacidade de compreender e autodeterminar-se	Teoria do livre-arbítrio
Capacidade de motivação	Teoria da motivabilidade

Tabela 2 – Quadro sinótico.

Apêndice 3

Idade de responsabilidade penal juvenil em diferentes países (Tabela comparativa)

Países	Responsabilidade penal juvenil ^[373]	Responsabilidade penal de adultos	Observações
Alemanha	14	18/21	De 18 a 21 anos, o sistema alemão admite o que se convencionou chamar de sistema de jovens adultos, no qual, mesmo após os 18 anos, a depender do estudo do discernimento, podem ser aplicadas as regras do Sistema de justiça juvenil. Após os 21 anos, a competência é exclusiva da jurisdição penal tradicional.
Argentina	16	18	O sistema argentino é tutelar.
Argélia	13	18	Dos 13 aos 16 anos, o adolescente está sujeito a uma sanção educativa e, como exceção, a uma pena atenuada a depender de uma análise psicossocial. Dos 16 aos 18, há uma responsabilidade especial atenuada.
Áustria	14	19	O sistema austríaco prevê até os 19 anos a aplicação da Lei de Justiça Juvenil (JGG). Dos 19 aos 21 anos, as penas são atenuadas.
Bélgica	16/18	16/18	O sistema belga é tutelar e, portanto, não admite responsabilidade abaixo dos 18 anos. Porém, a partir dos 16 anos, admite-se a revisão da presunção de irresponsabilidade para alguns tipos de delitos, por exemplo os delitos de trânsito, quando o adolescente poderá ser submetido a um regime de penas.
Bolívia	12	16/18/21	O art. 2º da Lei n. 2.026, de 1999, prevê que a responsabilidade de adolescentes incidirá entre os 12 e os 18 anos. Entretanto, outro artigo (o 222) estabelece que a responsabilidade se aplicará a pessoas entre os 12 e 16 anos. Sendo que na faixa etária de 16 a 21 anos serão também aplicadas as normas da legislação.
Bulgária	14	18	—
			A legislação canadense (Youth Criminal Justice

Canadá	12	14/18	Act/2002) admite que a partir dos 14 anos, nos casos de delitos de extrema gravidade, o adolescente seja julgado pela Justiça comum e venha a receber sanções previstas no Código Criminal, porém estabelece que nenhuma sanção aplicada a um adolescente poderá ser mais severa do que aquela aplicada a um adulto pela prática do mesmo crime.
Colômbia	14	18	A nova lei colombiana n. 1.098, de 2006, regula um sistema de responsabilidade penal de adolescentes a partir dos 14 anos; no entanto, a privação de liberdade somente é admitida aos maiores de 16 anos, exceto nos casos de homicídio doloso, sequestro e extorsão.
Chile	14/16	18	A Lei de Responsabilidade Penal de Adolescentes chilena define um sistema de responsabilidade dos 14 aos 18 anos, sendo que, em geral, os adolescentes somente são responsáveis a partir dos 16 anos. No caso de um adolescente de 14 anos autor de infração penal, a responsabilidade será dos Tribunais de Família.
China	14/16	18	A Lei chinesa admite a responsabilidade de adolescentes de 14 anos nos casos de crimes violentos como homicídios, lesões graves intencionais, estupro, roubo, tráfico de drogas, incêndio, explosão, envenenamento, etc. Nos crimes cometidos sem violência, a responsabilidade somente se dará aos 16 anos.
Costa Rica	12	18	–
Croácia	14/16	18	No regime croata, o adolescente entre 14 e 16 anos é considerado <i>junior minor</i> , não podendo ser submetido a medidas institucionais/correcionais. Estas somente são impostas na faixa de 16 a 18 anos, quando os adolescentes já são considerados <i>sênior minor</i> .
Dinamarca	15	15/18	–
El Salvador	12	18	–
Escócia	8/16	16/21	Também se adota, como na Alemanha, o sistema de jovens adultos. Até os 21 anos de idade, podem ser aplicadas as regras da justiça juvenil.
Eslováquia	15	18	

Eslovênia	14	18	
Espanha	12	18/21	A Espanha também adota um Sistema de Jovens Adultos, com a aplicação da Lei Orgânica n. 5/2000 para a faixa dos 18 aos 21 anos.
Estados Unidos	10***	12/16	Na maioria dos estados do país, adolescentes com mais de 12 anos podem ser submetidos aos mesmos procedimentos dos adultos, inclusive com a imposição de pena de morte ou prisão perpétua. O país não ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.
Estônia	13	17	Sistema de Jovens Adultos até os 20 anos de idade.
Equador	12	18	–
Finlândia	15	18	–
França	13	18	Os adolescentes entre 13 e 18 anos gozam de uma presunção relativa de irresponsabilidade penal. Quando demonstrado o discernimento e fixada a pena, nessa faixa de idade (<i>Jeune</i>) haverá uma diminuição obrigatória. Na faixa de idade seguinte (16 a 18), a diminuição fica a critério do juiz.
Grécia	13	18/21	Sistema de jovens adultos dos 18 aos 21 anos, nos mesmos moldes alemães.
Guatemala	13	18	–
Holanda	12	18	–
Honduras	13	18	–
Hungria	14	18	–
Inglaterra e Países de Gales	10/15*	18/21	Embora a idade de início da responsabilidade penal na Inglaterra esteja fixada aos 10 anos, a privação de liberdade somente é admitida após os 15 anos de idade. Isso porque entre 10 e 14 anos existe a categoria <i>Child</i> , e de 14 a 18, a <i>Young Person</i> , para a qual há a presunção de plena capacidade e a imposição de penas em quantidade diferenciada das penas aplicadas aos adultos. De 18 a 21 anos, há também atenuação das penas aplicadas.
Irlanda	12	18	A idade de início da responsabilidade está fixada aos 12 anos, porém a privação de liberdade somente é aplicada a partir dos 15.

Itália	14	18/21	Sistema de Jovens Adultos até 21 anos.
Japão	14	21	A Lei Juvenil Japonesa, embora possua uma definição de delinquência juvenil mais ampla que a maioria dos países, fixa a maioridade penal aos 21 anos.
Lituânia	14	18	–
México	11****	18	A idade de início da responsabilidade juvenil mexicana é, na maior parte, aos 11 anos, porém os estados do país possuem legislações próprias e o sistema ainda é tutelar.
Nicarágua	13	18	–
Noruega	15	18	–
Países Baixos	12	18/21	Sistema de Jovens Adultos até 21 anos.
Panamá	14	18	–
Paraguai	14	18	–
Peru	12	18	–
Polônia	13	17/18	Sistema de Jovens Adultos até 18 anos.
Portugal	12	16/21	Sistema de Jovens Adultos até 21 anos.
República Dominicana	13	18	–
República Checa	15	18	–
Romênia	16/18	16/18/21	Sistema de Jovens Adultos.
Rússia	14***/16	14/16	A responsabilidade fixada aos 14 anos somente incide na prática de delitos graves; para os demais delitos, a idade de início é 16 anos.
Suécia	15	15/18	Sistema de Jovens Adultos até 18 anos.
Suíça	7/15	15/18	Sistema de Jovens Adultos até 18 anos.
Turquia	11	15	Sistema de Jovens Adultos até os 20 anos de idade.
Uruguai	13	18	–
Venezuela	12/14	18	A Lei n. 5.266/98 incide sobre adolescentes de 12 a 18 anos, porém estabelece diferenciações quanto às sanções aplicáveis para as faixas de 12 a 14 e de 14 a 18 anos. Para a primeira, as

			medidas privativas de liberdade não poderão exceder 2 anos; e para a segunda, não serão superiores a 5 anos.
Brasil	12	18	

Tabela 3 – Idade de responsabilidade penal juvenil em diferentes países (Tabela comparativa).

[354](#) Com a adoção da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Adolescente das Nações Unidas e outros documentos internacionais que a complementam na maioria dos países do globo, uma série de direitos processuais comuns aos adultos, tais como o direito de ser tratado com humanidade e respeito, a proibição de ser torturado, o princípio da presunção da inocência, o direito de ser informado acerca dos fatos que lhe são imputados, direito ao contraditório, direito à ampla defesa, inclusive pública, o direito de não ser privado de sua liberdade arbitrariamente, entre outros, passou a delimitar o direito penal juvenil, em legislações denominadas de segunda geração.

[355](#) Paralelamente às recomendações das Nações Unidas, vale ressaltar que o Conselho Europeu recomendou que a internação seja restrita aos casos indispensáveis (princípio da excepcionalidade). Recomendação n. 30 do Conselho de Ministros dos estados membros do Conselho Europeu.

[356](#) De acordo com as Regras de Beijing n. 17, a privação da liberdade deve se restringir aos casos de violência grave contra a pessoa e a jovens multirreincidentes, e desde que não haja outras medidas adequadas.

[357](#) A Lei Alemã concebe as diferenças de motivação entre adultos e adolescentes como resultado da maturidade intelectual e espiritual, ou seja, a capacidade de compreensão e reconhecimento do que é proibido pelas leis, a capacidade de autodeterminação e a consciência de compreender um fato proibido.

[358](#) Essa não é a única semelhança entre o modelo espanhol e o brasileiro. Da mesma forma como ocorre no Brasil, são as equipes técnicas que se pronunciam acerca da medida mais adequada e interferem de forma direta na execução das medidas.

[359](#) Proposta de Emenda à Constituição n. 20/99, de autoria do Senador José Roberto Arruda e outros senadores.

[360](#) Proposta de Emenda à Constituição n. 171/93, de iniciativa de Benedito Domingos.

[361](#) Como já trabalhado no item 1.1 do primeiro capítulo desta obra.

[362](#) VIDAL, Luís Fernando Camargo de Barros. A irresponsabilidade penal do adolescente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCrim, n. 18/1997, p. 91.

[363](#) Manoel Jorge e Silva Neto esclarece que, por vezes, a conveniência de modificação de aspectos pontuais do texto constitucional faz surgir o poder constituinte derivado, o poder reformador, ou ainda o poder de competência constitucional derivado. Trata-se, em verdade, de aspecto vinculado à técnica constitucional, eis que se tornaria impossível o chamamento do constituinte originário a cada vez que os fatores de ordem, social, política ou econômica apontassem para a mudança da Constituição. “Consagrada à expressão poder constituinte derivado, ela admite, por sua vez, duas subespécies: o poder de reforma constitucional e o poder constituinte decorrente” (SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 15).

[364](#) DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 1, p. 412-413.

[365](#) Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990, que ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança (Resolução n. 44/25 da Assembleia Geral, de 20 de novembro de 1989). Regras da ONU para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade.

[366](#) PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 54-55.

[367](#) Justamente por ser subsidiário e fragmentário, o Direito penal juvenil e, nesse caso, como é o Direito Penal, só deve ser acionado quando falharem os demais mecanismos de controle social (Sposato, Karyna Batista, op. cit., 2006, p. 68).

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

[369](#) Nos termos do já citado art. 227, § 3º O direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: V – Obediência aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade. O mesmo princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento encontra previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente.

[370](#) “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

[371](#) Cunha Júnior, Dirley da, op. cit., p. 33.

[372](#) Gomes Canotilho denominou de filtragem constitucional o fenômeno de ler e aprender toda a ordem jurídica através da lente da Constituição, na medida em que todos os institutos, inclusive do direito infraconstitucional, são reinterpretados na ótica constitucional com o objetivo de consagrar os valores enunciados pela Constituição (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., 1991).

[373](#) * Idade a partir da qual se admite privação de liberdade; ** Somente para delitos de trânsito; *** Somente para delitos graves; **** Legislações diferenciadas em cada estado; x/x Sistema de Jovens Adultos.