

2. DOUTRINA NACIONAL

A IRRESPONSABILIDADE PENAL DO ADOLESCENTE

LUÍS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL

1. O tema da inimputabilidade penal do menor de 18 anos é objeto de posicionamentos ideológicos muito claros e precisos por aqueles que defendem o limite etário previsto na Constituição Federal ou seu rebaixamento.

Não pretendemos a análise destas posições, de todos conhecidas. Limitamos-nos a afirmar que a visão de hordas desestabilizadoras da ordem social tão projetadas pelos setores que defendem o rebaixamento da idade penal constitui não só equívoco interpretativo da realidade, mas sobretudo argumento cínico de uma sociedade esvaziada em seus princípios éticos, dada a corrosão provocada pela adesão incontida e sem limites a modelos de desenvolvimento utilitaristas e materialistas extremados.

A despeito de todo o discurso dogmático e legislativo acerca da questão, a irresignação para com a idade penal expressa esperança na lei e na ordem e aversão ao direito penal mínimo e à moderna criminologia, o que faz vis seus argumentos, pois manipula a problemática do menor sob os auspícios de lhe oferecer e entregar a sociedade legislação rígida e conforme a terrível realidade que a todos cerca. Tal discurso pretende ruir a imunidade simbólica do menor ao direito penal.

O pior cego, como afirma o dito popular, é aquele que não quer ver. Como na ficção de José Saramago (*Ensaio sobre a Cegueira*), os defensores da solução radical do encarceramento não percebem que as causas do mal permanecem latentes e operantes além dos muros da reclu-

são, e momento haverá que ninguém, dentro ou fora das prisões, estará imune aos seus efeitos.

2. A doutrina e a jurisprudência proclamam a autonomia científica do direito do menor, alçando à condição de ramo específico da ciência o estudo da legislação correlata, que conta assim com regras próprias de interpretação e aplicação.

O princípio fundamental do direito menorista é o do “bem-estar do menor”, de natureza finalista, segundo o qual as regras são interpretadas e aplicadas, como prescreve o art. 3.º da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU.

O conteúdo do princípio “do bem-estar do menor”, também conhecido por princípio da “proteção especial”, é dado pelo art. 7.º do ECA, segundo o qual a criança ou adolescente tem “direito a proteção à vida e à saúde, mediante políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

Neste diapasão, a lei menorista proclama que ao menor autor de ato infracional serão aplicadas medidas socioeducativas.

Nisto se apegam os defensores do rebaixamento da idade penal para vazar a conclusão de que “menor não vai para a cadeia”, sem razão contudo.

Conquanto a didática exija a divisão do direito em especialidades tais como o direito constitucional, civil, penal, processual civil, processual penal etc., é certo que o direito é ciência cultural que tem unidade e organização de modo a caracterizar um sistema, completo ou incompleto não importa, pelo que não é

válida a assertiva da existência de autonomia entre os diversos ramos.

Mera exigência didática, afirma-se que determinado ramo possui autonomia quando manipulado por meio de regras e princípios a ele exclusivos, tais como as regras de interpretação do direito civil ou a exegese da norma penal.

Mas tal evidentemente não é correto, bastando a tanto a recordação de que a noção de boa-fé é tão essencial ao direito penal quanto é a legalidade estrita às restrições de direitos da pessoa física no direito civil.

O denominado direito do menor por consequência faz parte do sistema e não pode, senão por conveniência didática, ser proclamado e tratado como ramo autônomo do direito.

Não há em verdade qualquer regra de interpretação ou aplicação exclusiva do direito do menor, pois todas assim proclamadas derivam do sistema.

Que é o princípio da proteção integral ou especial senão derivação da regra da existência digna de todo o ser humano, inerente e essencial aos regimes jurídicos democráticos contemporâneos, princípio fundamental da República previsto no art. 1.º da CF?

Assim também a regra da excepcionalidade da colocação em lar substituto, que deriva da noção burguesa da célula familiar como base da sociedade — art. 226 da CF.

Daí que uma análise crítica do ECA deve apartar-se do discurso legislativo e dogmático e perquirir as reais estruturas que compõem o direito do menor, fixando-o não como ramo do direito, mas subsistema da unidade.

3. O Título III do ECA cuida do que denomina prática de ato infracional.

De início o art. 103 estabelece que se considera ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção.

O direito penal opera essencialmente com a descrição de condutas proibidas de cuja caracterização deriva sanção.

Muito embora a característica sanção seja considerada a nota diferencial do direito penal, não se pode olvidar que tal ramo da ciência lida com o denominado *mínimo ético* da convivência social (Battaglini, *Direito Penal*, São Paulo : Saraiva, 1964, p. 7).

A noção do *mínimo ético* é fornecida pelo preceito primário da norma jurídico-penal, que descreve a conduta proibida ou indesejada.

A caracterização da conduta proibida faz-se pelo fenômeno da subsunção, cuja análise é informada por princípios de garantia, tais como a legalidade estrita.

Em torno desta noção gravitam causas inibidoras do poder punitivo, tais como as excludentes de criminalidade e culpabilidade.

Ao definir o ato infracional como a conduta criminosa ou contravençional, evidentemente a lei opera com o fenômeno da criminalidade na visão parcial do direito penal, pois se vale justamente da noção do *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 regras de competência, de hipóteses absolutórias etc., previstas no ECA, comprova o raciocínio.

Há porém uma razão da denominação de ato infracional à conduta criminosa ou contravençional praticada pelo menor: o fenômeno da inimputabilidade.

Sabe-se que a inimputabilidade é causa de imunidade à lei penal, definindo-se de acordo com conveniências biológicas ou psicológicas.

No que interessa ao presente, temos que o menor de 18 anos é imune à lei penal de acordo com a proclamação do texto constitucional.

Os crescentes abusos verificados na vigência do revogado Código de Menores a pretexto da caracterização do então denominado ato anti-social levaram a lei a buscar definição exata e precisa das

condutas praticadas pelos menores de 18 anos que ofendam os interesses fundamentais e de relevo social.

Porque o direito é um sistema, valeu-se justamente o legislador do direito penal, dele emprestando a noção de delito e suas implicações teóricas.

Como o menor de 18 anos não está sujeito à lei penal nos termos do art. 228 da CF, a exigência recomendou a alternativa de denominação diversa ao fenômeno, que foi o legislador encontrar em ato infracional.

Vista a questão neste prisma, do antecedente normativo, é forçoso concluir que o inimputável etário pratica sob a denominação de ato infracional a mesma conduta que do imputável é caracterizada como crime sob o prisma normativo.

O ato infracional é pois um eufemismo jurídico de delito.

Consequentemente, afirmamos que os defensores do rebaixamento da idade penal estão em verdade a questionar o estabelecimento de regras de garantia mínimas que o direito menorista agasalhou ao constituir no ECA, em especial a noção de legalidade derivada do sistema penal como limitação ao poder punitivo.

Como a noção de legalidade é antecedente lógico às idéias de intervenção mínima, nisto também reside o temor do conservadorismo penal nacional.

Mas importa aqui fixar a noção: ato infracional é eufemismo jurídico de delito.

4. O ECA prevê em seu art. 112 medidas ao autor de ato infracional que denomina socioeducativas, quais sejam, advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação, bem como aquelas denominadas protetivas previstas no art. 101, exceção feita à colocação em lar substituto: encaminhamento mediante termo de responsabilidade, monitoração temporária, obrigação de estudar, inclusão

em programa de auxílio, tratamento da saúde física e mental e programa para alcoólatras e toxicômanos.

Segundo os teóricos, tais modalidades de sanção não têm caráter penal e são aplicadas no interesse do menor.

O raciocínio padece de validade.

Nuvolone, depois de afirmar que o direito penal é um complexo de obrigações providas de uma sanção particular, esclarece que a pena se define como sanção heterogênea afliitiva, apartando-a da espécie impeditiva e da congênere homogênea (*O sistema do Direito Penal*, São Paulo : RT, 1981, p. 18).

Trata-se do conseqüente normativo inerente à norma-comando, isto é, motivação antitética àquela constitutiva do móvel criminógeno.

Cumpra pois perquirir sobre a natureza jurídica da medida socioeducativa.

Sem receio de incidir no vício da petição de princípios, é intuitivo que a medida em questão caracteriza-se como sanção afliitiva, pois deriva da violação da norma-comando.

E a realidade das coisas, no âmago da compostura jurídica do preceito secundário do direito menorista, não permite de fato conclusão distinta.

Ainda segundo Nuvolone (*op. e loc. cit.*), a sanção heterogênea afliitiva aparta-se das demais modalidades porque incide sobre o agente e não sobre o ato, e ainda se revela como reação autônoma, isto é, constituída de uma conseqüência incomensurável relativamente à violação da obrigação, do *dever-ser* na linguagem de Kelsen.

Evidentemente que a medida de internação e outras mais já mencionadas assim se caracterizam, pois incidem sobre a pessoa do infrator e de modo autônomo, propositadamente sem qualquer vinculação com a natureza do dever violado.

Temos pois indubitavelmente que a medida socioeducativa é de natureza penal.

Não se pode olvidar porém que as medidas socioeducativas não se resumem à internação ou semiliberdade, pois outras existem que em princípio induzem à negação do raciocínio, quicá dentre elas como mais expressiva a de reparação do dano, dado em princípio o nítido caráter retributivo e proporcional à violação do dever-ser.

É sabido que a reparação do dano no direito vigente não constitui sanção autônoma. Mas o moderno pensamento penal, sensível à crise do sistema, apóia-se nas ciências auxiliares para concluir que em sem número de hipóteses a mera assistência à vítima satisfaz à política criminal.

E por atenção a tal realidade é que o legislador criminal alienígena adota sanções assim particulares, que nem por esta razão perdem o caráter penal como assinala Beristain (*Medidas Penales en Derecho Contemporaneo*, Reus, S.A., p. 90), segundo entendemos que, de acordo com seu pensamento, a tipicidade é o pressuposto da aplicação de tais medidas (*op. cit.*, p. 165).

Mas com isto nos afastaríamos da sanção como *discrímen* do direito penal e repousamos apenas na noção de direito penal como *mínimo ético*, noção meramente formal.

Afirmamos acima que medidas como a reparação do dano em princípio têm nítido caráter de sanção homogênea. Bem analisada, a reparação do dano não é sanção de tal natureza.

A recomposição patrimonial que enseja a reparação do dano não é absoluta, pois não incide sobre todos os elementos da conduta violada, e assim não tem a mesma natureza daquela.

Ao direito civil a recomposição patrimonial decorrente de violação contratual objetiva o denominado *status quo ante*, v.g. a rescisão contratual, tanto quanto aquela decorrente de ilícito extracontratual, como a reparação de dano nos termos do art. 159 do CC.

Não assim no direito penal. À vítima não se devolve a incolumidade física, ofendida com a violência real empregada no roubo, nem tampouco a paz doméstica atacada na ação clandestina inerente ao furto em residência sob o repouso noturno.

Tais bens jurídicos, de extrema relevância ao sistema penal, inserem-se mesmo no núcleo da ação típica de infrações como o roubo e furto qualificados, e restam não abrangidos pela sanção reparatória.

Daí que a conseqüência do preceito secundário, mera reparação do dano, não é proporcional e nem tampouco tem a mesma natureza do dever violado.

Conseqüentemente, a reparação do dano não é sanção homogênea, mas heterogênea, isto é, penal.

O mesmo se diga em relação à medida de advertência.

4. Assim, forçoso concluir que estrutura jurídica dos denominados ato infracional e medida socioeducativa é idêntica àquela do crime e da pena, pelo que nisto verifica-se, no direito menorista relativo à delinquência, caráter penal.

Daí um passo a compreender os críticos da idade penal.

É difícil tolerar o princípio da legalidade e são inacreditáveis os benefícios das garantias processuais, quanto mais em favor de adolescentes, esses seres naturalmente esquisitos e particularmente atemorizantes no contexto de um país perverso com suas crianças excluídas.

Mais terrível ainda é que a tal segmento a legislação tenha adotado princípios modernos da criminologia mediante a adoção de sanções alternativas ao encarceramento.

Disto a um passo para as desordeiras idéias de intervenção mínima e mesmo abolicionismo penal, como que a se vislumbrar em futuro próximo uma sociedade despida de meios eficazes de controle social.

Esta é a realidade lógica da crítica dirigida ao fenômeno da inimputabilidade

penal na vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois, como procuramos demonstrar, ato infracional e crime, bem como pena e medida socio-educativa, são na essência a mesma coisa e só as diferença a linguagem.

5. Nem por isso a significação semântica é algo sem relevo.

Por séculos o direito penal tem sido visto como a redenção da ordem social e seu mecanismo mais eficaz de garantia e controle.

Curioso mesmo que numa sociedade marcadamente utilitarista, em que a relação custo/benefício justifica até a seletividade do tratamento de saúde em hospitais, este ineficaz remédio que tem sido o direito penal adquira cada dia mais importância e se torne fiel depositário das aspirações populares. A simbologia da pena e a mídia se encarregam de explicar um e outro fenômenos.

Neste contexto, o binômio crime-pena é visto como imperativo da defesa social, seu instrumento necessário e imprescindível.

O significado que o termo *medida socioeducativa* empresta ao fenômeno sanção é completamente diferente do conteúdo semântico de *pena*. O caráter expiatório da pena não subsiste na medida socioeducativa, assim como o elemento prevenção. Nesta última, quem expia é a sociedade e dela o menor se previne.

Esta profunda diferença estabelecida pela linguagem esvazia por completo, em relação à denominada delinquência juvenil, o caráter simbólico do direito penal como poder do Estado mediante a afirmação de valores socialmente aceitos, que reside no binômio crime-pena.

Isto explica, no plano simbólico, o terror da sociedade contra o *menor* e seus direitos, bem como situa o espaço psicossocial em que agem os defensores do rebaixamento da imputabilidade penal.

Neste terreno movediço em que falta a razão, só mesmo a natureza pétrea da cláusula constitucional (art. 228) que

estabelece a idade penal resiste ao assédio do conservadorismo penal.

A inimizabilidade etária, muito embora tratada noutro capítulo que não aquele das garantias individuais, é sem dúvida um princípio que integra o arcabouço de proteção da pessoa humana do poder estatal projetado naquele, e assim deve ser considerado cláusula pétrea (art. 5.º, § 2.º). No mesmo sentido leva a Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU.

De outro lado, esta mesma diferença semântica impede a interpretação de que o ECA viola o preceito constitucional da inimizabilidade penal do menor de 18 anos.

A declaração constitucional de inimizabilidade penal significa que os menores não têm responsabilidade penal, “estão fora do direito penal e não podem ser autores de fatos puníveis” na expressão de Fragoso (*Direito Penal, Parte Geral*, 13.ª ed., Rio de Janeiro : Forense, p. 197).

O que pretende a declaração de inimizabilidade etária é por critério de política criminal excluir o menor de 18 anos dos efeitos sempre negativos e estigmatizantes do direito penal, impedir de “assinalar o adolescente transviado com o ferrete de uma condenação criminal”, na expressão de Hungria (*Comentários...*, v. 1, § 108).

Quando o legislador empresta do direito penal o comando proibitivo do ponto de vista formal e material, e principalmente ao dele tomar sob a ótica material o preceito sancionatório em sua estrutura, está sem dúvida a manipular aquele ramo do direito como já visto.

Isto implicaria violação substancial do preceito constitucional que estabelece a inimizabilidade penal, não fosse a diferenciação semântica estabelecida pelos termos ato infracional e medida socioeducativa.

É a linguagem e os símbolos por ela manipulados que permitem o ajuste de

constitucionalidade do ECA neste particular. É dela que decorre o efeito pretendido pela Constituição Federal, qual seja, aquele de afirmar imune a lei penal o menor de 18 anos. Só disso e mais nada, pois na estrutura e essência o direito penal e tutelar são a mesma coisa.

Portanto, a manipulação de linguagem pelo legislador infraconstitucional exerce a função de reconhecimento de constitucionalidade do ECA e situa o espaço

de discussão sobre o rebaixamento da idade penal.

6. Em síntese, a crítica feita pelos defensores da redução da imputabilidade penal não se justifica no caráter não-penal do direito do menor e tem por objeto a distinção meramente semântica de crime-ato infracional e pena-medida socioeducativa (que objetiva excluir a simbologia do direito penal como forma de controle social), bem como os princípios garantistas desta ciência.