O adolescente em conflito com a lei e sua responsabilidade: nem abolicionismo penal nem direito penal máximo

João Batista Costa Saraiva

Juiz em Santo Ângelo-RS. Professor no Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo, na Escola Superior da Magistratura-RS e na Universidade Regional Integrada do Nordeste do Estado-RS.

Sumário: 1. O direito penal juvenil. Da indiferença à proteção integral – 2. Inimputabilidade, não impunidade – 3. As medidas sócio-educativas, de natureza retributiva e conteúdo pedagógico: 3.1 Tríplice sistema de garantias instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – 4. Inimputabilidade penal e responsabilidade penal juvenil. Nem direito penal máximo, nem abolicionismo penal – 5. Ato infracional. Conduta típica, antijurídica e culpável. Medida sócio-educativa, de natureza retributiva e conteúdo pedagógico: 5.1 Inimputabilidade, responsabilidade juvenil e capacidade e incapacidade para cumprir medida sócio-educativa (a questão do portador de sofrimento psíquico) – 6. Não há cidadania sem responsabilidade e não pode haver responsabilização sem o devido processo e o rigor garantista: o direito penal juvenil.

Resumo: O advento da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança e sua ratificação pelo Brasil, e especialmente a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990, que é a versão brasileira da convenção, resultam em uma mudança paradigmática no direito brasileiro no trato da questão da infância e da juventude. Ao desconstruir o paradigma da incapacidade, reconhecendo na criança e no adolescente a condição peculiar de pessoa em desenvolvi-

mento, o Estado brasileiro lhes reconheceu o status de sujeitos de direitos. Na questão do adolescente em conflito com a lei, o Estatuto da Criança e do Adolescente atribui-lhe responsabilidade própria à sua condição, não se confundindo inimputabilidade penal com impunidade. O Estatuto se estrutura sobre um sistema de responsabilidade, fundado em princípios garantistas, um sistema de direito penal juvenil, sob os fundamentos do direito penal mínimo, sem concessões ao direito penal máximo nem ao abolicionismo penal.

Palavras-chave: adolescente e ato infracional; direito penal juvenil; Estatuto da Criança e do Adolescente; ato infracional.

1. O direito penal juvenil. Da indiferença à proteção integral

A questão relativa ao estudo do direito da criança deve ser focada em face do conjunto dos direitos fundamentais, dos direitos humanos, cuja dimensão subjetiva determina o estatuto jurídico da cidadania, quer em suas relações com o Estado, quer em suas relações entre si.

A elaboração destes princípios fundamentais, incorporados no constitucionalismo moderno, remonta a uma caminhada de séculos.

O processo de construção de um sistema de direitos fundamentais e o trato constitucional destes, do ponto de vista histórico, remetem a um período inicial, em que foram concebidos inicialmente como instrumentos de proteção da cidadania diante da onipotência do Estado.

Nas palavras de Antonio Perez Luño, os direitos humanos, em tal contexto, se constituem em uma categoria prévia, legitimadora e informadora dos direitos fundamentais, assim como o reconhecimento de que os direitos fundamentais são uma categoria descritiva dos direitos humanos positivados no ordenamento jurídico.[1]

1. LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales:* temas clave de la Constitución española. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995. especialmente p. 19 a 51.

Assim, o tratamento do direito da criança supõe o conhecimento deste conjunto de valores, ao qual se vincula, na mesma linha de conquistas históricas do direito da mulher, do negro, das minorias etc.

Situando o estudo do direito da criança no conjunto dos direitos fundamentais, abordando a trajetória deste direito na normativa internacional, analisando a questão da responsabilidade penal dos menores de idade, seguidamente em voga no debate latino-americano em torno da responsabilidade juvenil, Emílio Garcia Mendez[2] enumera que, do ponto de vista do direito, é possível dividir a história do direito juvenil em três etapas evolutivas distintas:

– de caráter penal indiferenciado;

– de caráter tutelar;

– de caráter penal juvenil.

Ensina o mestre argentino, cuja contribuição para o direito da infância e juventude na América Latina faz-se insuperável, que a primeira etapa, do caráter indiferenciado, é a marca do tratamento dado pelo direito desde o nascimento dos códigos penais, de conteúdo eminentemente retribucionista, do século XIX até a primeira década do século XX. Esta etapa caracteriza-se por considerar os menores de idade praticamente da mesma forma que os adultos, fixando normas de privação de "liberdade por um menos pouco menos tempo que os adultos e a mais absoluta promiscuidade", na medida em que eram recolhidos todos ao mesmo espaço. As Ordenações Filipinas, vigentes no Brasil até 1830, estabeleciam o "fim da infância" aos sete anos, enquanto os Códigos Penais do Império, de 1830, e o primeiro Código Penal Republicano, de 1890, adotavam o sempre perverso critério biopsicológico, aquele entre sete e quatorze anos e este entre nove e quatorze anos.

O segundo momento, do caráter tutelar da norma, tem sua origem nos Estados Unidos e se irradia pelo mundo, no início do século XX. Num período de tempo de vinte anos, iniciando em 1919 com a legislação da Argentina, todos os

2. MENDEZ, Emílio Garcia. *Adolescentes e responsabilidade penal:* um debate latino-americano. Porto Alegre: Ajuris, ESMP-RS, Fesdep-RS, 2000.

países da América Latina adotaram o novo modelo, resultante da profunda indignação moral decorrente da situação de promiscuidade do alojamento de maiores e menores nas mesmas instituições. As novas idéias foram introduzidas a partir do chamado Movimento dos Reformadores.[3]

Na crítica que faz, sentencia Emílio Garcia Mendez: "(...) uma análise crítica permite pôr em evidência que o projeto dos reformadores, mais que uma vitória sobre o velho sistema, constitui um compromisso profundo com aquele. As novas leis e a nova administração da Justiça de Menores nasceram e se desenvolveram no marco da ideologia nesse momento dominante: o positivismo filosófico. A cultura dominante de seqüestro dos conflitos sociais, quer dizer, a cultura segundo a qual a cada patologia social devia corresponder uma arquitetura especializada de reclusão, somente foi alterada num único aspecto: a promiscuidade. A separação de adultos e de menores foi a bandeira vitoriosa dos reformadores norte-americanos, em menor medida de seus seguidores europeus e, até há muito pouco, muito mais uma expressão de desejo de seus emuladores latino-americanos. Neste último caso, onde ainda hoje a colocação de menores de idade na prisão de adultos persiste como um problema não pouco importante em muitas regiões (...)".[4]

A terceira etapa, com o advento da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança, inaugura um processo de responsabilidade juvenil, caracterizada por conceitos como separação, participação e responsabilidade:

"O conceito de separação refere-se aqui à clara e necessária distinção, para começar no plano normativo, dos problemas de natureza social daqueles conflitos com as leis penais. O conceito de participação (admiravelmente sintetizado no art. 12 da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança) refere-se ao direito da criança formar uma opinião e expressá-la livremente em forma progressiva, de acordo com seu grau de maturidade. Porém o caráter progressivo do

3. Sobre o tema, Emílio Garcia Mendez remete à leitura de Antony Platt, *Los salvadores del niño, o la invención de la delincuencia*, México: Siglo XXI, 1982.

4. Op. cit., p. 7-8.

conceito de participação contém e exige o conceito de responsabilidade, que a partir de determinado momento de maturidade se converte não somente em responsabilidade social, mas ao contrário, além disso e progressivamente, numa responsabilidade de tipo especificamente penal, tal como estabelecem os arts. 37 e 40 da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança".[5]

Esta terceira etapa, no Brasil, que foi pioneiro na América Latina, estabelecendo uma ruptura tanto com o modelo de caráter penal indiferenciado quanto com o modelo tutelar, foi inaugurada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990.

O pedagogo Antônio Carlos Gomes da Costa, desde os primeiros dias de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, do qual foi um dos principais construtores, sentenciava que a nova ordem decorrente da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, incorporada na normativa nacional brasileira e afirmada no art. 227 da CF, cuja regulamentação desembocou no Estatuto da Criança e do Adolescente, promoveu uma completa metamorfose no direito da criança no País, introduzindo um novo paradigma, elevando o até então menor à condição de cidadão, fazendo-se sujeito de direitos.[6]

Esta condição de sujeito de direitos conquistada por crianças e adolescentes no ordenamento jurídico nacional resulta de uma longa e penosa caminhada de lutas e conquistas, a justificar o emprego da expressão de John Stuart Mill: "Toda a história do progresso humano foi uma série de transições através das quais costumes e instituições, umas após outras, foram deixando de ser consideradas necessárias à existência social e passaram para a categoria de injustiças universalmente condenadas".[7]

5. MENDEZ, Emílio Garcia. Op. cit., p. 8.

6. GOMES DA COSTA, Antônio Carlos. *De menor a cidadão:* notas para uma história do novo direito da infância e da juventude no Brasil. Brasília: CBIA – Ministério da Ação Social, 1991.

7. J. S. Mill. *Utilitarianism.* cap. V, p. 94. Apud BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 177.

Até crianças e adolescentes conquistarem o status de titulares de direitos e obrigações próprios da condição de pessoa em peculiar condição de desenvolvimento que ostentam, o reconhecimento de sua condição de sujeitos de direitos, houve necessidade do enfrentamento de uma série de pré-conceitos. Tais pré-conceitos, que até hoje se encontram introjetados no inconsciente coletivo, configuram-se em obstáculos a serem superados para a efetiva incorporação da doutrina da proteção integral dos diretos de crianças e adolescentes.

Este avanço, no plano da efetividade dos direitos humanos de crianças e adolescentes, expresso no Brasil no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990, não resulta de uma dádiva do legislador nem é produto de uma elucubração transitória. Resulta do irreversível processo de construção de direitos humanos conquistados e afirmados pela marcha civilizatória da humanidade.

Maria Auxiliadora Minahim produziu no início dos anos 90 notável trabalho de pesquisa em face da situação do adolescente em conflito com a lei e a imputabilidade penal. No amplo trabalho efetuado, analisa este tema desde tempos remotos – para posicionar-se contrariamente à idéia de redução de idade penal para parâmetro inferior a 18 anos. Neste estudo, que examina a questão desde a antiguidade, realça, por exemplo, que, com foro de ciência e justiça, no período feudal, em países como Itália e Inglaterra, para a imposição de penas a crianças adotava-se o até hoje lembrado "critério do discernimento". Para tanto utilizavam o método da "prova da maçã de Lubecca". Consistia este em oferecer uma maçã e uma moeda à criança. Escolhida a moeda, estava provada a malícia e anulava qualquer proposta legal com tons de proteção. Por isso, temos inúmeras narrativas sobre a aplicação de pena de morte a crianças de dez e onze anos.[8]

8. MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal da emoção:* a inimputabilidade penal do menor. São Paulo: RT, 1992. p. 24.

2. Inimputabilidade, não impunidade

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em consonância com norma constitucional de natureza garantidora de direito individual, expressa no art. 228 da CF brasileira, afirma a inimputabilidade penal daqueles com idade inferior a 18 anos completos.

De tempos em tempos retoma com força, em alguns setores da sociedade brasileira, a idéia de redução da idade de imputabilidade penal para sujeitar os jovens a partir dos 16 anos ao chamado sistema penal adulto (na linha do absurdo, há quem defenda uma idade ainda menor).

Esta tese se faz inconstitucional diante do ordenamento jurídico brasileiro, pois o direito insculpido no art. 228 da CF se constitui em cláusula pétrea, eis que inegável seu conteúdo de "direito e garantia individual", referido no art. 60, IV, da CF brasileira como insuscetível de emenda.

Ademais, a pretensão de redução viola o disposto no art. 41 da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, no qual está implícito que os signatários não tornarão mais gravosa a lei interna de seus países, em face do contexto normativo da convenção. O texto da convenção se faz lei interna de caráter constitucional à luz do § 2.º do art. 5.º da CF brasileira.

Nesta mesma linha de raciocínio, o eminente Magistrado paulista Dr. Luís Fernando Camargo de Barros Vital,[9] versando sobre a insusceptibilidade de redução da idade de responsabilidade penal e a pressão nesse sentido realizada por alguns setores, notadamente da mídia, movidos pela emoção e casuísmo, pronuncia-se: "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 inimputabilidade etária, muito embora tratada noutro capítulo que não aquele das garantias individuais, é sem dúvida um prin-

9. "A irresponsabilidade penal do adolescente". *RBCCrim*, São Paulo: RT, ano 5, n. 18, p. 91, abr.-jun. 1997.

cípio que integra o arcabouço de proteção da pessoa humana do poder estatal projetado naquele, e assim deve ser considerado cláusula pétrea".

Inimputabilidade, todavia, não implica impunidade, vez que estabelece medidas de responsabilização compatíveis com a condição de peculiar pessoa em desenvolvimento destes agentes. Não significa, absolutamente, irresponsabilidade pessoal ou social.[10]

3. As medidas sócio-educativas, de natureza retributiva e conteúdo pedagógico

O Estatuto prevê e sanciona medidas sócio-educativas e medidas de proteção eficazes, aplicáveis ao adolescente autor de ato infracional, expressas em seu art. 112.

Reconhece a possibilidade de privação provisória de liberdade ao adolescente que se atribui a autoria de ato infracional, inclusive ao não sentenciado, em caráter cautelar – em parâmetros semelhantes aos que o Código de Processo Penal destina aos imputáveis na prisão preventiva – e oferece uma gama larga de alternativas de responsabilização, cuja mais grave impõe o internamento sem atividades externas.

Por expressa disposição legal, o Estatuto da Criança e do Adolescente remete à legislação processual pertinente (art. 152) o caráter suplementar de aplicabilidade de suas normas, incidindo na espécie, além de sua principiologia própria, as regras garantidoras do Código de Processo Penal, limitadoras do poder sancionador do Estado.

10. Trato desta questão em pelo menos dois trabalhos anteriores: *Adolescente em conflito com a lei, da indiferença à proteção integral:* uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; e *Direito penal juvenil, adolescente e ato infracional, garantias processuais e medidas sócio-educativas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. Sobre este mesmo tema, v.: AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. "O mito da inimputabilidade penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente". *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina* 5/263, Florianópolis: AMC, nov. 1998, onde sustenta tese da existência de uma "direito penal juvenil" no sistema jurídico brasileiro.

3.1 Tríplice sistema de garantias instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente

A Constituição Federal brasileira de 1988, antecipando-se à Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, incorporou ao ordenamento jurídico nacional, em sede de norma constitucional, os princípios fundantes da doutrina da proteção integral, expressos especialmente em seus arts. 227 e 228.

A ideologia incorporada no texto constitucional norteia o Estatuto da Criança e do Adolescente, legislação infraconstitucional que veio a regulamentar os dispositivos constitucionais que tratam da matéria, sendo, em última análise, a versão brasileira do texto da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança.

O Estatuto da Criança e do Adolescente se assenta no princípio de que todas as crianças e adolescentes, sem distinção, desfrutam dos mesmos direitos e sujeitam-se a obrigações compatíveis com a peculiar condição de desenvolvimento da qual desfrutam, rompendo definitivamente com a idéia até então vigente de que os juizados de menores seriam uma justiça para os pobres, na medida em que na doutrina da situação irregular se constatava que para os bens nascidos a legislação baseada naquele primado lhes era absolutamente indiferente.

O princípio da prioridade absoluta, erigido como preceito fundante da ordem jurídica, estabelece a primazia deste direito no art. 227 da CF. Tal princípio está reafirmado no art. 4.º do ECA. Neste dispositivo estão lançados os fundamentos do chamado sistema primário de garantias, estabelecendo as diretrizes para uma política pública que priorize crianças e adolescentes, reconhecidos em sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

É fundamental explicitar, para compreensão desta nova ordem resultante do Estatuto da Criança e do Adolescente, que este se estrutura a partir de três grandes sistemas de garantia, harmônicos entre si:

a) o sistema primário, que dá conta das políticas públicas de atendimento a crianças e adolescentes (especialmente os arts. 4.º e 85/87);

b) o sistema secundário que trata das medidas de proteção dirigidas a crianças e adolescentes em situação de risco pessoal ou social, não autores de atos infracionais, de natureza preventiva, ou seja, crianças e adolescentes enquanto vítimas, enquanto violados em seus direitos fundamentais (especialmente os arts. 98 e 101).

c) o sistema terciário, que trata das medidas sócio-educativas, aplicáveis a adolescentes em conflito com a lei, autores de atos infracionais, ou seja, quando passam a condição de vitimizadores (especialmente os arts. 103 e 112).

Este tríplice sistema de prevenção primária (políticas públicas), prevenção secundária (medidas de proteção) e prevenção terciária (medidas sócio-educativas) opera de forma harmônica, com acionamento gradual de cada um deles. Quando a criança e o adolescente escaparem ao sistema primário de prevenção, aciona-se o sistema secundário, cujo grande agente operador deve ser o Conselho Tutelar. Estando o adolescente em conflito com a lei, atribuindo-se a ele a prática de algum ato infracional, o terceiro sistema de prevenção, operador das medidas sócio-educativas, será acionado, intervindo aqui o que pode ser chamado genericamente de sistema de justiça (polícia/Ministério Público/defensoria/Judiciário/órgãos executores das medidas sócio-educativas).

O acionamento destes sistemas faz-se integrado, interessando ao sistema terciário de prevenção o adolescente na condição de vitimizador, sob o primado do princípio da reserva legal. Somente a prática de uma conduta descrita na lei como crime ou contravenção sujeita o adolescente a este sistema. Enquanto vitimizando, seja da exclusão social, seja da negligência familiar etc., faz-se sujeito de medida de proteção (do sistema secundário de prevenção, de nítido caráter preventivo à delinqüência).

4. Inimputabilidade penal e responsabilidade penal juvenil. Nem direito penal máximo, nem abolicionismo penal

A violência urbana e a desconfortável sensação de insegurança que assola os centros urbanos, em especial as maiores cidades brasileiras, com seus reflexos

em todos os segmentos da Nação, inquietam e produzem um sem número de proposições visando ao enfrentamento desta questão. Neste contexto, a questão da chamada *delinqüência juvenil* também se mostra um tema angustiante, até porque, como ensina Emílio Garcia Mendez, é suficiente que um problema seja definido como um mal para passar a tornar-se mal.

Há um clamor por segurança, e soluções simplistas são encorajadas, até mesmo porque se estabelece um raciocínio não menos simplista, enfocando um álibi estrutural, que seria a pobreza, apontada como causa da violência e, como esta (a pobreza) não pode ser resolvida (ao menos no imediato), também a violência não teria solução.

A discussão em torno da responsabilidade penal juvenil, da criminalidade juvenil e da delinqüência na adolescência costuma ser conduzida para que imediatamente o foco seja direcionado para a proposta do rebaixamento da idade penal, posicionando-se dois grupos em pontos opostos.

O debate toma este rumo pela desconsideração de que, desde a ratificação da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança pelo Brasil, desde antes, com o advento da Constituição Federal e, especialmente, desde o Estatuto da Criança e do Adolescente, se estabeleceu no País um sistema de responsabilidade penal juvenil.[11]

No debate, posicionam-se em um extremo os partidários da doutrina do direito penal máximo, idéia fundante do movimento de lei e ordem, que imagina que, com mais rigor, com mais pena, com mais cadeia, com mais repressão em todos os níveis, haverá mais segurança.[12] No outro extremo, os seguidores da idéia

11. Sobre o tema, ainda em 1993 publiquei o texto "Inimputabilidade, não impunidade", no Jornal *Zero Hora*, de Porto Alegre, em 12.05.1993. Este texto foi reproduzido em diversas publicações, como *Informativo INESC*, Brasília, n. 58, p. 7, jun. 1995; *Relatório Azul*, CDH da Assembléia Legislativa-RS, p. 33, 1995.

12. A propósito de direito penal máximo, cumpre lembrar que a chamada Lei de Crimes Hediondos, Lei 8.072/1990, editada no mesmo mês e ano do Estatuto da Criança e do Adolescente, resultante na época de um "pacote anti-violência", concebida sob os primados do direito penal

do abolicionismo penal, para quem o direito penal com sua proposta retributiva faliu, a sociedade deve construir novas alternativas para o enfrentamento da criminalidade e a questão da segurança é essencialmente social e não penal. Resulta disso que alguns grupos insistem em ressuscitar o discurso do velho direito tutelar na interpretação que pretendem dar às normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, negando o caráter sancionatório do sistema sócio-educativo e com isso subtraindo as garantias constitucionais que são asseguradas aos adolescentes em conflito com a lei.

A razão nunca está nos extremos. Em meio a estes opostos há a doutrina do direito penal mínimo, que reconhece a necessidade da privação de liberdade para determinadas situações, que propõe a construção de penas alternativas, reservando a medida extrema (de privação de liberdade) para os casos que representem um risco social efetivo. Busca nortear a privação de liberdade por princípios como o da brevidade e o da excepcionalidade, havendo clareza que existem circunstâncias em que esta alternativa se constitui em uma necessidade de retribuição e educação que o Estado deve impor a seus cidadãos que infringirem certas regras de conduta.

Pode se incluir entre os direitos fundamentais o *direito à punição*, à possibilidade de expiação, tanto que é comum, na linguagem prisional, a expressão dos detentos de estar ali "pagando".

De certa forma, parece insuportável a idéia do estar devendo, daí por que o "pagar" é encarado com acatamento. A condição para tanto, todavia, é que esta retribuição seja justa (dentro do estrito devido processo legal) e proporcional.

Dito tudo isso, há de se afirmar que a discussão da questão infracional na adolescência está mal focada.

Não se pode ignorar que o Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu no Brasil um sistema de direito penal juvenil. Estabelece um mecanismo de

máximo, não deu conta de reduzir a criminalidade a que se propunha, haja vista que nenhum dos delitos chamados hediondos sofreu redução de incidência desde o advento daquela norma.

sancionamento, de caráter pedagógico em sua concepção e conteúdo, mas evidentemente retributivo em sua forma, articulado sob o fundamento do garantismo penal e de todos os princípios norteadores do sistema penal enquanto instrumento de cidadania, fundado nos princípios do direito penal mínimo, até porque inegável que tem igualmente um caráter de defesa social.

Quando se faz tal afirmativa, não se está a inventar um direito penal juvenil. Tal está ínsito ao sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente, resultante da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança e do conjunto desta normativa (Regras de Beijing etc.), e seu aclaramento decorre de uma efetiva operação hermenêutica, incorporando as conquistas do garantismo penal e a condição de cidadania que se reconhece no adolescente em conflito com a lei.

A crise no sistema de atendimento a adolescentes infratores privados de liberdade no Brasil só não é maior que a crise do sistema penitenciário, para o qual se pretende transferir os jovens infratores de menos de dezoito anos.

Esta crise, a do sistema dos adolescentes, se agudiza quando os arautos do catastrofismo, sob argumentos os mais variados, até mesmo de defesa dos direitos humanos, deixam de demonstrar uma série de experiências notáveis que se desenvolvem nesta área no País, passando uma falsa idéia de inviabilidade do sistema de privação de liberdade de adolescentes.

Este sistema, quer se goste, quer não se goste, tem um conteúdo aflitivo, pois é inegável que, do ponto de vista objetivo, a privação de liberdade decorrente do internamento faz-se tão ou mais aflitiva que a pena de prisão do sistema penal. Basileu Garcia ensinava que o elemento fundante do conceito de pena seria seu caráter de aflitividade.

Do ponto de vista das sanções, há medidas sócio-educativas que têm a mesma correspondência das penas alternativas, haja vista a prestação de serviços à comunidade (incorporada na legislação penal adulta do Brasil desde 1984), prevista em um e outro sistema, com praticamente o mesmo perfil.

O que pode ser mais aflitivo a um jovem de 16 anos do que a privação de liberdade, mesmo que em uma instituição que lhe assegure educação e uma série de atividades de caráter educacional e pedagógico, mas que dela não pode sair?

Mário Volpi, oficial de programas do Unicef para o Brasil, analisando a questão da internação sob o ponto de vista da percepção dos adolescentes privados de liberdade, tendo ouvido 228 adolescentes em todo o Brasil (em Porto Alegre, São Paulo, Belo Horizonte, Brasília, Recife e Belém), constata: "A experiência da privação de liberdade, quando observada pela percepção de quem a sofreu, revela toda a sua ambigüidade e contradição, constituindo-se num misto de bem e de mal, castigo e oportunidade, alienação e reflexão, cujo balanço final está longe de ser alcançado, uma vez que as contradições da sociedade nunca serão isoladas no interior de qualquer sistema, por mais asséptico que ele seja".[13]

A dificuldade para o reconhecimento da implantação, pela doutrina da proteção integral, de um conceito do que se tem chamado direito penal juvenil, com sanções e sua respectiva carga retributiva e conteúdo pedagógico, resulta de um exacerbado pré-conceito de natureza hermenêutica, em face de uma cultura menorista presente e atuante em toda América Latina, do que já nos adverte Amaral e Silva em suas lições.[14]

No dizer de Lênio Streck, "o intérprete jamais chega ao texto sem um ter-que-ver-prévio com este: se o texto fala de poder, da justiça ou da vida, o leitor/intérprete entenderá o texto em função de suas próprias experiências sobre o poder, a justiça e a vida. Jamais haverá, pois, uma leitura ingênua, porque o intérprete leva consigo uma compreensão prévia daquilo que quer compreender. Entre essa compreensão prévia e o texto (fato, norma etc.) se dá, pois, uma relação de circularidade típica, um círculo que pode frustrar a compreensão definitiva, porém que é certamente algo positivo, porque não há forma de entender uma coisa que não seja inse-

13. VOLPI, Mário. *Sem liberdade, sem direitos*. Cortez: São Paulo, 2001. p. 56.

14. AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. Op. cit.

rindo-a em uma bagagem de conhecimentos prévios que permitem que essa coisa desdobre todo o sentido que encerra. O círculo hermenêutico que se produz entre o texto e o leitor não é senão uma nova versão, uma versão extremada do círculo intelectivo que a hermenêutica clássica havia observado que se dá entre a totalidade de uma obra literária e as partes que a compõem. Não se pode entender o sentido de um texto se não se houver entendido o sentido de cada uma de suas partes, porém tampouco se entende plenamente o sentido de cada uma de suas partes até se conseguir a compreensão da obra. O texto será, assim, um interlocutor, buscando nele um ensinamento que pode enriquecer o próprio acervo do intérprete".[15]

A conduta dos que não admitem a idéia de um direito penal juvenil implica na conclusão de abandono dos conceitos introduzidos pelas normas do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (especialmente no que respeita à responsabilidade com sancionamento de medidas sócio-educativas e de condição de sujeito de direitos ostentada pelo adolescente).

A não admissão deste conceito resulta da desconsideração do conjunto de regras resultante da normativa internacional e, especialmente, a ordem constitucional estabelecida, que contamina o sistema como única forma de lhe emprestar legitimação e que afirma a condição cidadã do adolescente, não se construindo cidadania sem responsabilidade.

A não admissão de um sistema penal juvenil, de natureza sancionatória, reproduz o apego aos antigos dogmas do menorismo, que não reconhecia no "menor" a condição de sujeito, ou significa um discurso de abolicionismo penal. Na questão do menorismo, o discurso tem sido de operação com os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, porém com a lógica da doutrina da situação irregular. Na outra hipótese será o imaginar ingênuo de que apenas o debate sociológico poderá equacionar a questão da responsabilidade juvenil.

15. STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e (M) crise.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 246.

A propósito, afirmando o direito penal juvenil, introduzido no sistema legal brasileiro desde o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, sentencia Emílio Garcia Mendez:

"A construção jurídica da responsabilidade penal dos adolescentes no Estatuto da Criança e do Adolescente (de modo que foram eventualmente sancionados somente os atos típicos, antijurídicos e culpáveis e não os atos 'anti-sociais' definidos casuisticamente pelo juiz de menores), inspirada nos princípios do direito penal mínimo, constitui uma conquista e um avanço extraordinário normativamente consagrados no Estatuto da Criança e do Adolescente. Sustentar a existência de uma suposta responsabilidade social em contraposição à responsabilidade penal não só contradiz a letra do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 103), como também constitui – pelo menos objetivamente – uma posição funcional a políticas repressivas, demagógicas e irracionais. No contexto do sistema de administração da justiça juvenil proposta pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê expressamente a privação de liberdade para delitos de natureza grave, impugnar a existência de um direito penal juvenil é tão absurdo como impugnar a lei da gravidade. Se em uma definição realista o direito penal se caracteriza pela capacidade efetiva – legal e legítima – de produzir sofrimentos reais, sua impugnação ali onde a sanção de privação de liberdade existe e se aplica constitui uma manifestação intolerável de ingenuidade ou o regresso sem dissimulação ao festival de eufemismo que era o direito de 'menores'".[16]

5. Ato infracional. Conduta típica, antijurídica e culpável. Medida sócio-educativa, de natureza retributiva e conteúdo pedagógico

A adoção da doutrina da proteção integral, promovendo o então "menor", mero objeto do processo, para uma nova categoria jurídica, passando-o à

16. Op. cit., p. 16.

condição de sujeito do processo, estabeleceu uma relação de direito e dever, observada a condição especial de pessoa em desenvolvimento, reconhecida ao adolescente.

O conceito que se pretenda emprestar ao sistema jurídico adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no tratamento da questão do adolescente em conflito com a lei, como o disse alhures[17] o *nomem juris* deste sistema, tem provocado algumas reações. Se desejarem chamar de sistema de "responsabilização especial", se de "responsabilização estatutária", se de "responsabilização infracional", ao invés de "direito penal juvenil", desimporta.

Há de existir a percepção de que o Estatuto da Criança e do Adolescente impõe sanções aos adolescentes autores de ato infracional e que a aplicação destas sanções, aptas a interferir, limitar e até suprimir temporariamente a liberdade dos jovens, há de se dar dentro do devido processo legal, sob princípios que são extraídos do direito penal, do garantismo jurídico e, especialmente, da ordem constitucional que assegura os direitos de cidadania.

O Estado de Direito se organiza no binômio direito/dever, de modo que, às pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, assim definidas em lei, cumpre ao Estado definir-lhes direitos e deveres próprios de sua condição.

A sanção estatutária, nominada medida sócio-educativa, tem inegável conteúdo aflitivo. Esta carga retributiva se constitui em elemento pedagógico imprescindível à construção da própria essência da proposta sócio-educativa. Há a regra e há o ônus de sua violação.

Desta forma somente poderá ser sancionável o adolescente em determinadas situações. Só receberá medida sócio-educativa se autor de determinados atos. Quais? Quando autor de ato infracional. E o que é ato infracional? A conduta descrita na lei (penal) como crime e contravenção.

17. *Desconstruindo o mito da impunidade:* um ensaio de direito (penal) juvenil. Brasília: Edição do autor, 2002. p. 64.

Não existe mais o vago e impreciso conceito de "desvio de conduta", tantas vezes invocado no anterior sistema, sob arrimo na doutrina da situação irregular para segregar "menores" inconvenientes.

Desde o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, vige o princípio da legalidade ou da anterioridade penal – aliás, desde o advento da Constituição Federal, que não recepcionou o Código de Menores de 1979. Ou seja, somente haverá medida sócio-educativa se ao adolescente estiver sendo atribuída a prática de uma conduta típica.

Ainda assim, para sofrer a ação estatal visando à sua sócio-educação, haverá de esta conduta ser reprovável, ser passível desta resposta sócio-educativa que o Estado sancionador pretende lhe impor, na medida em que o Ministério Público, na representação que oferece, deduz a pretensão sócio-educativa do Estado em face do adolescente ao qual atribui a prática de ato infracional.

A conduta, pois, além de típica, há de ser antijurídica, ou seja, que não tenha sido praticada sob o pálio de quaisquer das justificadoras legais, as causas excludentes da ilicitude previstas no art. 23 do CP.

Se agiu o jovem em legítima defesa, ele, como o penalmente imputável, terá de ser absolvido, mesmo tendo praticado um fato típico. Será absolvido com fundamento no art. 189, III, do ECA, ou seja, por não constituir o fato ato infracional.

Há de se ter mente o conceito de crime (ato típico, antijurídico e culpável). Não sendo antijurídico, não será a conduta típica crime, e, não sendo a conduta típica crime, também não será ato infracional.

Igualmente não haverá ato infracional, se sua conduta não for culpável, excluindo-se do conceito de culpabilidade o elemento biológico da imputabilidade penal, ou como, para alguns, o pressuposto da culpabilidade.[18] Aliás,

18. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal:* parte geral. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 202.

parafraseando Egas Diniz Moniz de Aragão, em sede de estudo da culpabilidade, ninguém lhe atravessa os umbrais sem receios.[19]

Assim sendo, excluído o pressuposto da culpabilidade do ponto de vista da imputabilidade penal, os demais elementos da culpabilidade hão de ser considerados. Assim, há de se ter em vista, quando o Estado pretenda sancionar o adolescente com alguma medida sócio-educativa, sua potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, circunstâncias que levam à reprovabilidade da conduta.

Se a ação cometida pelo adolescente, embora típica e antijurídica, por ausência de elementos constitutivos do conceito de culpabilidade, não for reprovável, assim como ao adulto não caberá a imposição de pena, ao adolescente não se lhe poderá impor medida sócio-educativa.

Não haverá culpabilidade e, em conseqüência, não haverá sanção sócio-educativa, quando houver na conduta do adolescente erro inevitável sobre a ilicitude do fato (art. 21 do CP); erro inevitável a respeito do fato que configuraria uma descriminante – descriminantes putativas (art. 20, § 1.º, do CP); obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico (art. 22, 2.ª parte, do CP) e ainda a inexigibilidade de conduta diversa na coação moral irresistível (art. 22, 1.ª parte, do CP).[20]

Assim, se no agir do adolescente lhe for inexigível conduta diversa, como legou ao mundo jurídico a doutrina penal alemã, não poderá este ser sancionado com medida sócio-educativa, haja vista que um agente penalmente imputável nes-

19. MONIZ DE ARAGÃO, E. D. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1979. vol. II, p. 329. A propósito do estudo da culpabilidade, cumpre colecionar o interessante ensaio de Luiz Augusto Freire Teotônio, *Culpabilidade:* concepções e modernas tendências internacionais e nacionais, Campinas: Minelli, 2001. Sobre o tema específico no direito penal juvenil: CILLERO BRUÑOL, Miguel. *Nulla poena sine culpa.* Un limite necesario al castigo penal de los adolescentes. Santiago do Chile: OEA, 2001.

20. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 1985. vol. 1, p. 196.

tas condições também não teria sua conduta reprovada e não seria penalizado, incidindo aqui a regra da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança que não admite que se dê ao adolescente em conflito com a lei tratamento legal mais desfavorável que se dá ao adulto – a norma tem de ser inversa, o tratamento mais favorável há de ser o do adolescente, ou, ao menos, em igualdade de tratamento.

O jovem, em certas situações, insusceptível de medida sócio-educativa, poderá necessitar de medida de proteção, como o acompanhamento e orientação temporários, entre as demais listadas no art. 101, em face de alguma situação pessoal ou social que reclame esta medida protetiva, nos termos do art. 98 do ECA (poderá estar evadido da escola ou necessitando de atendimento psicológico ou para combate à dependência química). A medida de proteção neste caso será aplicada sem caráter sancionatório, não decorrerá do que o agente praticou, mas sim de certa circunstância pessoal que a reclame, sem a cogência própria da medida sócio-educativa.

O adolescente jamais poderá ser destinatário de uma medida sócio-educativa quando o seu agir, seja ele penalmente imputável, se fizer insusceptível de reprovação estatal.

5.1 Inimputabilidade, responsabilidade juvenil e capacidade e incapacidade para cumprir medida sócio-educativa (a questão do portador de sofrimento psíquico)

Corolário do até aqui exposto é que, embora o adolescente se faça inimputável, insusceptível às penas aplicáveis aos adultos; faz-se responsável, submetendo-se às sanções que estabelece o sistema juvenil, chamadas na ordem jurídica brasileira de medidas sócio-educativas.

Poderá não se fazer sujeito da medida sócio-educativa este adolescente, quando padecer de sofrimento psíquico que o incapacite. Tal jovem, mesmo ao atingir a idade de imputabilidade penal, permanecerá inimputável nos termos do

art. 26 do CP. Neste caso sequer responsabilidade juvenil terá, por não possuir capacidade para cumprir medida sócio-educativa (art. 112, § 1.º, do ECA).

Faz-se deste modo insusceptível de aplicação de medida sócio-educativa, mesmo sendo autor de ato infracional, haja vista sua incapacidade de cumpri-la. Deverá ser submetido a uma medida de proteção, nos termos do art. 101, V, do ECA, devendo ser internado em hospital psiquiátrico ou submetido a tratamento ambulatorial, sem submissão de medida sócio-educativa.

Não é possível que se permaneça a tratar igualmente os desiguais, supondo que um adolescente portador de sofrimento psíquico, incapaz de discernir e neste caso sem responsabilidade juvenil, submeta-se a medida sócio-educativa. Não se faz admissível que permaneçamos a reproduzir o chamado modelo Salpêtriére, mencionado por Foucault.[21] Sobre este tema já tive oportunidade de me pronunciar em estudo anterior.[22]

6. Não há cidadania sem responsabilidade e não pode haver responsabilização sem o devido processo e o rigor garantista: o direito penal juvenil

O Estatuto da Criança e do Adolescente, a versão brasileira da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, se constitui em instrumento de responsabilidade do Estado, da sociedade, da família e também do próprio adolescente, respeitada sua condição de pessoa em peculiar condição de desenvolvimento.

A inimputabilidade penal do adolescente, cláusula pétrea instituída no art. 228 da CF brasileira, aspecto já destacado neste estudo, significa fundamentalmente a insubmissão do adolescente por seus atos às penalizações previstas na legislação penal, o que não o isenta de responsabilização e sancionamento.

21. FOUCAULT, Michel. *A história da loucura*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1981. p. 48-49.

22. SARAIVA, João Batista Costa. *Direito penal juvenil*. Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas sócio-educativas. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 125-131.

Afinal, pena e sanção são conceitos que se tocam, embora não se confundam. Aliás, as sanções administrativas, advertências, suspensão etc. são espécies de penalização de uma legislação especial, a administrativa. As sanções tributárias, multas etc. são espécies de penalização de outro ramo de legislação especial, e assim por diante.[23]

Do ponto de vista normativo, há necessidade que imediatamente seja regulamentado no Brasil o processo de execução das medidas sócio-educativas, em face do que se fez lacônico no Estatuto da Criança e do Adolescente. Desta lacuna legislativa tem resultado o avanço da discricionariedade e do arbítrio na execução das medidas sócio-educativas.

Há de se ter em mente que o arbítrio deve ser combatido pelo garantismo, que a existência da norma traz segurança e afirma o direito, a ausência de norma tende a produzir a discricionariedade, o subjetivismo, e daí para o autoritarismo é um passo. Como diz Emílio Garcia Mendez, citando Luigi Ferrajoli: "a ausência de regras nunca é tal; a ausência de regras sempre é a regra do mais forte". A discricionariedade e o subjetivismo são sempre um mal, não existem discricionariedades e subjetivismos bons. A questão conceitual aqui exposta se faz fundamental.

Não há cidadania sem responsabilidade e não pode haver responsabilização sem o devido processo e o rigor garantista.

Faz-se impositivo o reconhecimento de tal situação, sob pena de uma suposta autonomia do direito da criança vir justificar o não reconhecimento de todas as garantias constitucionais e penais asseguradas ao adolescente quando se lhe atribui a prática de ato infracional. Não é admissível que se lhe negue, por exemplo, os benefícios introduzidos no sistema penal adulto em face das condições de processabilidade incluídas no chamado processo penal dos adultos pela Lei 9.099 e mais recentemente pela Lei dos Juizados Especiais Federais, todos diplomas legais posteriores ao Estatuto. Não é possível que em decorrência da

23. Sobre o tema: AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. Op. cit.

dita "autonomia" do direito da criança, justificadora de um discurso que visa a não admissão de um conceito de direito penal juvenil, sob o pífio argumento de que medida sócio-educativa não é pena – que deve ser compreendida como sancionamento do Estado diante de uma conduta descrita na lei como crime ou contravenção; seja o adolescente, na mesma situação de um imputável, tratado com desfavor, em flagrante violação da normativa internacional. Não é razoável que na remissão, composta perante o Ministério Público, em verdade uma transação, esteja o adolescente desassistido por defensor, pretendendo atribuir-se uma autonomia do direito da infância a ponto de se fazer autônomo diante do próprio texto constitucional que o fundamenta e legitima.

Não há dúvida de que a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao estabelecerem um sistema de responsabilização do adolescente a que se atribui a prática de ato infracional, afirmaram este direito penal, que será juvenil, porque especial, próprio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento do sujeito desta norma, porém presidido por todo o conjunto garantista do direito penal, visando à consumação de seu fim sócio-educativo.

A suposta autonomia do direito da criança, sustentada por alguns, resulta por reeditar, de forma travestida, o festival de eufemismos e de desrespeito ao direito de cidadania que marcou o Código de Menores, fazendo a operação do Estatuto da Criança e do Adolescente com a lógica da doutrina da situação irregular, fazendo das medidas sócio-educativas instrumentos de política "de bem-estar de menores", de triste experiência nestes Brasis.