

DIGRESSÕES HISTÓRICAS DA INIMPUTABILIDADE PENAL DO MENOR E O MITO DA IMPUNIDADE

Maria Luísa Romeiro de Carvalho¹

Flávio Macedo Freire²

RESUMO

A inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos foi construída durante toda a história do Brasil, sendo atualmente consagrada no ordenamento jurídico brasileiro, aderindo o critério puramente biológico. A sociedade entende que nada acontece ao adolescente quando comete infração, por não responder de acordo com o Código Penal. Entretanto, mesmo sendo considerados inimputáveis e excluídos do direito penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente não isenta os adolescentes de serem punidos, com sanções de caráter pedagógico e retributivo. Os adolescentes não possuem uma responsabilidade penal, mas sim responsabilidade estatutária juvenil, que é colocada em prática através de medidas socioeducativas. Essas medidas são compatíveis com a condição de pessoa em desenvolvimento, necessitando de tratamento especial e diferenciado, devido a idade de transformação. Implica dizer que estes não conhecem inteiramente seus direitos e não possuem capacidade de defendê-los e fazê-los valer plenamente. A inimputabilidade penal não é sinônimo de impunidade ou irresponsabilidade.

Palavras-chaves: Inimputabilidade penal. Estatuto da Criança e do Adolescente. Responsabilidade estatutária juvenil.

HISTORICAL DIGRESSIONS NONIMPUTABILITY CRIMINAL OF THE MINOR AND THE MYTH OF IMPUNITY

ABSTRACT

The criminal insanity of the age of eighteen was built throughout the history of Brazil, and is currently enshrined in Brazilian law, adhering to the purely biological criteria. The company understands that nothing happens when a teenager commits the offense did not respond according to the Penal Code. However, even being considered incompetent and excluded from the criminal law, the Statute of Children and Adolescents not exempt teenagers from being punished with penalties of teaching and retributive character. Teenagers do not have a criminal liability, but juvenile statutory responsibility that is put into practice through educational measures. These measures are consistent with the condition developing person

¹ Bacharelanda do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – Uni-rn
E-mail: mluisarcarvalho@gmail.com

² Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – Uni-rn
E-mail: flaviofreire.adv@gmail.com

requiring special and differential treatment because of the age of transformation. Implies that they do not fully know their rights and have no ability to defend them and make them fully avail. The criminal insanity is not synonymous with impunity and irresponsibility.

Keywords: Criminal insanity. Statute of Children and Adolescents. Juvenile statutory responsibility.

1 INTRODUÇÃO

Com o crescente envolvimento de crianças e adolescentes em crimes, a sociedade encontra-se extasiada com a falta de responsabilidade que as mesmas não sofrem, acreditando que nada irá acontecer a elas e que, assim, podem continuar a cometer crimes e permanecer impunes. Mas será mesmo que a nossa ordenação pátria deixaria isso acontecer? Será que as crianças e os adolescentes não possuem responsabilidade alguma para com seus atos, ficando, por isso, impunes? Ou o problema está no sistema falho e pouco efetivo?

A responsabilidade aqui tratada não é a responsabilidade civil, que significa a obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa a outra.

A intenção do presente trabalho é traçar toda a evolução da inimputabilidade para ao final demonstrar que as crianças e adolescentes não estão impunes, bem como não são irresponsáveis pelos seus atos.

Inicialmente, é feita a análise histórica da inimputabilidade, mostrando sua construção e como foi consagrada a idade de 18 anos, desde as Ordenações Filipinas até o atual Estatuto da Criança e do Adolescente. As crianças e adolescentes, no início, eram tidos como objetos de direitos, passando, posteriormente, a possuir direitos próprios, através do estabelecimento da Doutrina da Proteção Integral.

Na segunda parte, explica-se o que é a inimputabilidade, através da análise da imputabilidade e seus critérios, para, ao final, comprovar que inimputabilidade não é sinônimo de impunidade, e que, por isso, os menores são punidos pelos seus atos, mesmo diante sua condição de pessoa em desenvolvimento.

Em decorrência da punição que sofrem, o último passo é compreender a responsabilidade do menor infrator, esclarecendo o que é o ato infracional praticado por este e as medidas aplicáveis, capazes de responsabilizá-lo pelos seus atos infracionais.

Vale esclarecer que a intenção deste artigo não é defender ou atacar a maioria penal, mas apenas trazer maior conhecimento sobre a inimputabilidade dos menores, bem como a ilusão tida sobre sua impunidade.

O principal objetivo da pesquisa é buscar desconstruir o mito da impunidade, demonstrando que os menores, mesmo sendo inimputáveis, são responsabilizados pelos seus atos e punidos através da eficaz aplicação das medidas socioeducativas.

2 CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA INIMPUTABILIDADE PENAL DO MENOR INFRATOR NO BRASIL

Desde logo, é importante compreender detalhadamente a transformação histórica da inimputabilidade penal das crianças e adolescentes, passando do critério biopsicológico ao critério objetivo, utilizado atualmente, juntamente com a evolução da idade dos inimputáveis.

No Direito Romano, como afirma Flávia Lages, “os impúberes eram considerados, dependendo do caso, como sendo semi-imputáveis, porque, embora não lhes fossem atribuídas as penas mais severas, o ressarcimento era sempre exigido” (CASTRO, 2008, P. 113)³.

As crianças e os adolescentes deixaram de ser tratados como objetos de direitos, sem garantias e apoios estatais, onde apenas os menores em situação irregular possuíam proteção, e passaram a ser sujeitos de direitos.

Como bem idealiza Paulo Afonso Garrido de Paula (PAULA, 2009), as crianças e Adolescentes não possuíam direitos próprios, sendo tidos como “*pequenos adultos*”, podendo exercitar alguns direitos comuns a qualquer pessoa.

Porém, ao surgir da Constituição Federal de 1988, os menores passaram a ter interesses especiais, advindos da sua própria natureza, passando a possuir direitos próprios. Assim, em seu artigo 227, a Constituição preconizou:

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. (BRASIL, 1988)

³ Impúbere é o menor que não responde pelos seus atos e que precisa que os pais o façam por ele perante a sociedade civil, ou ainda, na ausência dos mesmos que seja nomeado um tutor ou representante legal.

Em consequência, foi necessária a substituição do Código de Menores por outro diploma que regulamentasse tais direitos, surgindo o atual Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei Federal nº. 8.069, de 13 de junho de 1990. Além disso, substituiu a doutrina da situação irregular vigente no Código de Menores, passando a vigorar a doutrina da proteção integral.

2.1 As Ordenações Filipinas

No período colonial, o território nacional era regido pelas legislações e ordenações provenientes das metrópoles. Por isso, a imputabilidade penal teve início na legislação brasileira com o desembarque da família real no Brasil, em 1808. Nesse período, estavam vigentes as Ordenações Filipinas no âmbito do Direito Penal.

De acordo com as Ordenações Filipinas, a imputabilidade penal iniciava-se aos sete anos, eximindo-se o menor da pena de morte e concedendo-lhe redução da pena. Entre dezessete e vinte e um anos havia um sistema de "jovem adulto", o qual poderia até mesmo ser condenado à morte, ou, dependendo de certas circunstâncias, ter sua pena diminuída. A imputabilidade penal plena ficava para os maiores de vinte e um anos, a quem se cominava, inclusive, a pena de morte para certos delitos. (SOARES, 2003)

As crianças e os jovens eram punidos severamente, sem muita diferenciação quanto aos adultos. Por serem menores de idade, apenas possuía uma atenuante à pena.

2.2 O Código Criminal do Império de 1830

Após a Proclamação da Independência do Brasil, foi outorgada a Constituição do Império, em 25 de março de 1824, fez-se necessária a elaboração de uma moderna legislação penal, a qual culminou com a elaboração do primeiro Código Penal, em 1830, denominado Código Criminal do Império do Brasil.

O Código implantou a imputabilidade penal plena aos quatorze anos, baseada no sistema biopsicológico, possibilitando que os menores de quatorze anos respondessem penalmente mediante comprovado discernimento da prática delituosa. *In verbis*:

Art. 13: Se se provar que os menores de quatorze anos, que tiverem cometido crimes obraram com discernimento, deverão ser recolhidos às casas de correção, pelo tempo que ao juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda a idade de dezessete anos.⁴

Importa salientar que a presunção da irresponsabilidade era presunção *juris tantum*, ou seja, seriam penalmente responsáveis desde que agissem com discernimento.

Aos maiores de quatorze anos e menores de dezessete anos, eram atribuídas as chamadas “penas de cumplicidade”, sendo dispensado tratamento peculiar, desde que o julgador assim entendesse. As penas de cumplicidade se traduziam em 2/3 da pena que coubesse ao adulto.

Quanto ao maior de dezesseteanos e menor de vinte e um anos, caberia apenas uma atenuante de menoridade.

2.3 O Código Penal dos Estados Unidos do Brasil

Entre a Proclamação da República e a primeira Constituição Republicana do Brasil é promulgado o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, com o Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890.

A imputabilidade penal plena, com caráter objetivo, permaneceu fixada para os quatorze anos de idade. Irresponsável penalmente seria o menor com idade até nove anos. Quanto ao menor de quatorze anos e maior de nove anos, era adotado ainda o critério biopsicológico, fundado na ideia do "discernimento", estabelecendo-se que ele se submeteria à avaliação do magistrado. (SOARES, 2003)

Assim, para os menores de nove anos a presunção era *juris et de jure*, ou seja, seriam plenamente irresponsáveis, enquanto para os maiores de nove anos e menores de quatorze era presunção *juris tantum*, ou seja, de acordo com seu discernimento no ilícito penal. Estes eram recolhidos em estabelecimento disciplinar industrial, por tempo que não ultrapassasse a idade de dezessete anos.

Além disso, funcionava como atenuante o fator “menor de vinte e um anos”. E quando o delinquente tivesse entre quatorze e dezessete anos, o juiz aplicaria as penas de cumplicidade (2/3 daquela que coubesse ao adulto), a qual passou a ser obrigatória.

⁴ Se o menor cometesse crime antes de completar quatorze anos de idade, deveria ser punido ainda assim, visto que o Juiz levaria em consideração a idade na época do crime, e não na do julgamento.

Com a Proclamação da República, a temática “crianças e jovens” adquirem certa dimensão política, percebendo a urgência de intervenção estatal, para educar e corrigir. Porém, prevalecera a preocupação com a defesa da sociedade contra as mesmas crianças e jovens abandonados, sendo vistos como uma ameaça à ordem pública. Diante disso, vários projetos de lei sobre o “problema da criança” surgiram.

Foi só a partir do século XX, com movimentos internacionais, que os menores tiveram seus direitos amplamente reconhecidos, sendo introduzidas inovações no ordenamento jurídico brasileiro, como um código e processo especiais para as crianças e adolescentes.

Ocorreram dois episódios primordiais para reconhecer a ideia do Direito do Menor: a realização do Congresso Internacional de Menores em Paris, em 1911, e a Declaração de Gênova, adotada pela Liga das Nações em 1924.

O primeiro Tribunal de Menores foi criado em 1899, nos Estados Unidos, que foi seguido pela Inglaterra (1905), Alemanha (1908) Portugal e Hungria (1911), França (1912), Argentina (1921), Japão (1922), Brasil (1923), Espanha (1924), México (1927) e Chile (1928).

Ensina Saraivaque paralelamente se veio construindo a Doutrina do Direito do Menor, fundada no binômio carência/delinquência. Se não mais se confundiam criança com adulto, desta nova concepção resulta outro mal: a conseqüente criminalização da pobreza.

Criava-se a Doutrina da Situação Irregular, com uma política de supressão das garantias em troca da "proteção" dos menores. (SOARES, 2003)

A Lei nº 4.242, de 05 de janeiro de 1921, e o Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1922, fixaram um novo juízo de imputabilidade penal, abandonando o sistema biopsicológico e adotando um critério puramente objetivo, o qual fixou em quatorze anos a imputabilidade penal, em seu art. 30, § 12, e art. 27, § 1º

No Brasil, ocorreu o I Congresso Brasileiro de Proteção à Infância, em 1922. Foram criadas as primeiras normas de Assistência Social, através do Decreto nº 16.272 de 20 de dezembro de 1923, buscando à proteção dos menores abandonados e delinquentes. Ainda no mesmo ano, surge o Decreto nº 16.273, reorganizando a Justiça do Distrito Federal, incluindo a figura do Juiz de Menores na administração da Justiça, sendo Mello Mattos o primeiro juiz de menores da América Latina.

2.4 OCódigo de Menores de 1927 – Código de Mello Mattos

O primeiro Código de Menores do Brasil foi estabelecido por meio do Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927. Também era conhecido como o Código de Mello Mattos, em homenagem àquele que consolidou as leis de assistência e proteção aos menores.

Os menores eram classificados em delinqüentes e abandonados, tratando somente alguns e não todos. Se não fosse delinqüente ou abandonado, não havia proteção integral.

Assim, ficaria submetido a este Código o menor, abandonado ou delinqüente, maior de quatorze anos e menor de dezoito anos, não podendo nenhum menor de dezoito anos, preso por qualquer motivo ou apreendido, ser recolhido à prisão comum.

Os menores de quatorze anos estariam impunes de qualquer processo penal, já que foi imposto o novo critério objetivo, no qual fixou a imputabilidade nesta mesma idade, não sendo eles capazes de agir com discernimento.

Até os 14 anos, o indivíduo não tem o pleno desenvolvimento psíquico para que se possa responsabilizá-lo pelos delitos que cometer. A capacidade de imputação, escreve REGIS (Précis de Psychiatrie), donde decorre a responsabilidade penal, é, como dizem KRAFFT-EBING e REMOND, o estado em que se encontra o indivíduo que é capaz de escolher entre a execução e a não execução de um ato qualificado criminoso e a de tomar uma resolução em um ou outro sentido. Os mais ardorosos partidários do livre arbítrio, não se animam a atribuí-lo a uma criança de menos de 14 anos. (SOARES, 2003)

O Código de Mello Mattos possuía um teor protecionista, tendo como objetivo principal 'resolver' o problema dos menores, presumindo todos os possíveis detalhes e exercendo firme controle sobre estes, através de mecanismos de tutela, guarda, vigilância, reeducação, reabilitação, preservação, reforma e educação, aliando a Justiça e a Assistência.

Caberia à autoridade competente ordenar a apreensão, providenciar sua guarda, educação e vigilância e recolher vadios e mendigos e apresentá-lo à autoridade judicial. Se o menor for abandonado, pervertido, ou iminência de o ser, seria colocado em asilo, casa de educação, escola de preservação, ou confiado a pessoa idônea, por todo o tempo necessário à sua educação, contanto que não ultrapasse a idade de vinte e um anos.

Através do Decreto nº 2.035, 27 de fevereiro de 1940, foi idealizada uma Justiça de Menores no Brasil, estabelecendo as funções do Juiz e do Curador de Menores.

Esta Justiça foi inspirada no amplo movimento humanitário do século XIX e terá como base a idéia de salvar a criança, como forma de salvar o Brasil. Identifica-se na criança, filha da pobreza, um importante elemento de

transformação social, de acordo com o projeto político da época, o que justificará e legitimará uma série de medidas repressivas impostas sob a forma de assistência aos pobres. (SOARES, 2003)

A partir de então, surge o conceito do “menor”, que se caracteriza a infância pobre e potencialmente perigosa.

Nota-se que as primeiras legislações buscavam proteção contra o aumento da criminalidade infantil, protegendo tanto a sociedade quanto a criança. Qualquer criança, pela própria condição de pobreza, era analisada pelo sistema de proteção e assistência do Código de Menores.

Entretanto, com a outorga da Constituição de 10 de novembro de 1937, o problema dos menores passou a caracterizar-se especificamente pelo cunho social da infância e da juventude.

2.5 O Código Penal de 1940

Consolidando a evolução normativa que vigorava sobre as crianças e os adolescentes, o Código Penal de 1940, consolidado pelo Decreto nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, aferiu a imputabilidade penal aos dezoito anos, prosseguindo com o critério puramente biológico, isto é, levava em conta apenas a idade do infrator, ignorando totalmente o grau de desenvolvimento mental do menor. Trata-se de presunção absoluta de falta de discernimento do menor.

Enquanto na *Exposição de Motivos* do Código Penal de 1940 esclarecia-se que o Projeto não cuidava dos *imaturos* (menores de 18 anos), senão para declará-los inteira e irrestritamente fora do Direito Penal, sujeitos apenas à pedagogia corretiva da legislação especial, na *Exposição de Motivos* da Lei 7.209, de 11.07.84, justificou-se a permanência do princípios nestes termos: “Manteve o Projeto a inimputabilidade penal ao menor de 18 anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior números de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente antissocial na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinquente, menor de 18 anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinquente adulto, expondo-o à contaminação carcerária”. (AMARANTE, 2010, p. 498)

Ao entrar em vigor, o Código Penal de 1940 utilizava a terminologia “irresponsável”, sendo posteriormente substituída por “inimputável” pela Lei n. 7.209 de 1984, que introduziu modificações na Parte Geral do referido Código, o qual continua a vigorar até a atualidade. Isso porque irresponsabilidade e inimputabilidade expressam ideias com alcance diversos no âmbito do Direito.

Quanto aos maiores de 18 anos e menores de 21 anos, estes eram beneficiados com a circunstância atenuante da pena, em vista da chamada “maioridade relativa”.

Em 1967, a Lei nº 5.258 dispôs que, à partir de 14 anos, os menores ficariam sujeitos a medida de proteção de acordo com o grau de discernimento. A época era de repressão, que vinha por meio de leis de censura, rebaixamento da inimputabilidade penal para 16 anos, dentre outras.

Contudo, 1968, sobreveio a Lei nº 5.439, dispondo que os menores de 18 anos ficariam sujeitos às normas estabelecidas por esta lei, anulando a de nº 5.258/67, acirrando a antiga luta entre o tratamento jurídico conferido ao problema social do menor e o entendimento do menor enquanto sujeito de direitos.

Devido ao aumento da idade da responsabilidade penal para dezoito anos, tornou-se imprescindível a necessidade de revisão do Código de Menores, já que não abarcava as necessidades da época.

Além disso, em 1959, a ONU elaborou a Declaração dos Direitos da Criança, marco essencial no ordenamento jurídico internacional, dando início a nova percepção da criança como sujeito do processo, titular de direitos e obrigações próprios, consagrando a Doutrina da Proteção Integral. Muito embora não houvesse incentivo para a continuação dos debates em relação à infância, devido à política repressiva instaurada pelos militares no Brasil, que ainda prevalecia a Doutrina da Situação Irregular.

2.6 O Código de Menores de 1979

Visando a necessidade da atualização do Código de Mello Mattos, foi formada, em 1943, uma comissão revisora do Código de Menores, a qual deu origem ao Departamento Nacional da Criança. O novo Código deveria abandonar o caráter essencialmente político e passar a ter caráter social, visto que o problema em destaque era a assistência.

Finalmente, a Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979 estabelece o novo Código de Menores 29, consagrando a Doutrina da Situação Irregular,

mediante o caráter tutelar da legislação e a idéia de criminalização da pobreza. Seus destinatários foram as crianças e os jovens considerados em situação irregular, caracterizados como objeto potencial de intervenção do sistema de justiça, os Juizados de Menores, que não fazia qualquer distinção entre menor abandonado e delinqüente, pois na condição de menores em situação irregular enquadravam-se tanto os infratores quanto os menores abandonados.(SOARES, 2003)

Assim, ficou submetido que, aquele que praticasse infração penal, menor de dezoito anos, deveria ser encaminhado à autoridade judiciária. O menor de dezoito e maior de quatorze anos que praticasse qualquer infração, seria passível de uma das medidas previstas no Código de Menores, conforme o arbítrio do juiz, mediante apuração do ato. Já o menor de quatorze anos não sofria qualquer procedimento, estando sujeito à aplicação de medidas.

A medida mais utilizada pelo Juiz de Menores era a internação, por tempo indeterminado, independentemente da situação do menor, seja por cometer infração ou por sofrer abandono. Longe estava o caráter ressocializador nos estabelecimentos onde os menores eram internados.

Freqüentemente as instituições totais afirmam sua preocupação com a reabilitação, isto é, com o restabelecimento dos mecanismos auto-reguladores do internado, de forma que, depois de sair, manterá, espontaneamente, os padrões do estabelecimento. [...] Na realidade, raramente se consegue essa mudança, e, mesmo quando ocorre mudança permanente, tais alterações freqüentemente não são as desejadas pela equipe dirigente. (SOARES, 2003)

Os menores se sujeitavam a norma, sendo vistos como uma “patologia social”, como diz Janine Borges Soares, podendo ser derivada de sua conduta pessoal (infrações ou de desvio de condutas), da família (maus-tratos) ou da própria sociedade (abandono). Em decorrência, fez-se distinção entre a criança da alta sociedade e as crianças em situação irregular, sendo estas denominadas como “menor” (SOARES, 2003).

O fato é que, ao invés de uma efetiva reformulação da lei, ocorreram inúmeras modificações de caráter provisório. O Código ainda se dirigia aos menores em situação irregular, carentes e abandonados, e destinava-se a vigiar e punir.

2.7 A Reforma Penal de 1984

A imputabilidade penal ainda seguia o critério puramente biológico e o menor de dezoito anos não possuía capacidade de discernimento do crime cometido. Várias foram as tentativas de reaver o critério biopsicológico, reformando o Código Penal de 1940. Em 1963, viu-se realizando este desejo, através do Projeto Hungria, que retomou o critério biopsicológico, mantendo a imputabilidade do adolescente aos dezoito anos de idade, porém, com a possibilidade de enquadramento do jovem a partir dos dezesseis anos à lei penal quando comprovado odiscernimento, com direito à diminuição da pena, de um terço até a metade.

Este projeto seria concretizado pelo Decreto nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, propondo um novo Código Penal, que sequer chegou a entrar em vigor. Nele trazia a possibilidade de imposição de pena ao maior de dezesseis anos e menor de dezoito, desde que revelasse discernimento ou capacidade de entender o ilícito da conduta criminosa, adotando o legislador o critério biopsicológico. A inimputabilidade absoluta persistia aos menores de dezesseis anos, porquanto para aqueles que se encontrassem na faixa de idade compreendida entre dezesseis a dezoito anos teriam a presunção relativa.

Porém, o Código Penal de 1969, que estabeleceu o critério do discernimento, veio a ser modificado através da Lei 6.016 de 31.12.73, sendo elevado novamente o limite de inimputabilidade para dezoito anos, em vista da significativa parcela de estudiosos que destacaram a impossibilidade de se aferir à capacidade de entendimento de cada adolescente infrator que esteja na faixa dos dezesseis a dezoito anos de idade.

Em 11 de julho de 1984, pelo Decreto nº 7.209, ocorreu nova redação à parte geral do Código Penal. A imputabilidade permaneceu regida pelo critério objetivo, visto que a maioria das democracias ocidentais aderiu a ele. Assim como permaneceu a imputabilidade aos dezoito anos, *in verbis*: “Art. 27: Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.

A única alteração realizada quanto ao critério biológico foi a mudança do termo “irresponsáveis” para “inimputáveis”.

A Constituição Federal de 1988 consolidou a imputabilidade do menor de dezoito anos de idade, constituindo cláusula pétrea, devendo, por isso, estar sujeito às normas da legislação especial. Logo, é impossível a redução da imputabilidade penal, em decorrência da natureza do artigo 228, da Constituição Federal⁵.

⁵Art. 228, Constituição Federal: São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

2.8 A Doutrina da Proteção Integral

O Brasil havia ratificado a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, que promovia a Doutrina da Proteção Integral. Entretanto o Código de Menores ainda se submetia a Doutrina da Situação Irregular.

Enquanto no Brasil, em 1979, consagrava-se a Doutrina da Situação Irregular com a edição do novo Código de Menores, começa, a nível mundial, um balanço da efetivação dos direitos na área da criança, que resultaria mais tarde na Doutrina da Proteção Integral.(SOARES, 2003)

Para dar ainda mais força aos direitos preconizados na Declaração dos Direitos da Criança, ocorreu, em 1989, a Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990, e promulgada pelo Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990.

A Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, que consagrou a Doutrina da Proteção Integral, constituindo o mais importante documento internacional de Direito da Criança, foi aprovada em Nova Iorque e adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, passando a ter força coercitiva para todos os Estados signatários, entre eles o Brasil.(SOARES, 2003)

O Brasil então adotou a Doutrina da Proteção Integral ocasionando profundas alterações políticas, culturais e jurídicas quanto à questão da criança e do adolescente.

Esta normativa internacional revogou a arcaica concepção tutelar do menor em situação irregular, estabelecendo que a criança e o adolescente são sujeitos de direito, e não mais objetos da norma, remodelando totalmente a Justiça da Infância e da Juventude, abandonando o conceito de menor, como subcategoria da cidadania.(SOARES, 2003)

2.9 O Estatuto da Criança e do Adolescente

Após a promulgação da Constituição de 1988, anterior à Convenção das Nações Unidas, havia a necessidade de uma nova lei para a infância, visto que já havia aderido integralmente à Doutrina da Proteção Integral, em seu art. 227⁶.

Para se adequar aos ditames da Constituição Federal, o Código de 79 foi revogado em vista da sua índole repressiva e contrária aos princípios da Magna Carta, sendo promulgado o então Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que, em seus moldes, consagrou a Doutrina da Proteção Integral, sendo o Brasil o primeiro país a adequar sua legislação às normas da Convenção, sendo considerado a lei mais moderna do mundo e copiado por vários países da América Latina.

Com a Constituição e o Estatuto da Criança e do Adolescente o menor foi elevado à condição de sujeito de direito, tendo ampla garantia aos seus direitos sociais e pessoais. Também foi reconhecida sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, passando o menor a ser caracterizado como criança ou adolescente.

Com a vigência do ECA, ocorreu uma descentralização das ações. Família, Estado e sociedade estariam obrigados à garantir os direitos infantis, devendo ser encaminhados ao Judiciário somente os casos em que houvesse total falta de apoio, levando as criança e adolescentes a terem seus direitos violados ou ameaçados.

Entre as transformações, surgiu a responsabilidade dos adolescentes. Nesse sistema, aplicam-se todas as garantias asseguradas aos maiores de idade que infringem a lei penal. As medidas socioeducativas têm natureza sancionatória e caráter pedagógico. Trata-se de um modelo de justiça e de garantias para o adolescente em conflito com a lei.

O adolescente infrator (pessoa entre doze e dezoito anos de idade), autor de conduta contrária à lei penal, deverá responder a um procedimento para apuração de ato infracional, sendo passível, se comprovada 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) que praticar ato contrário à lei penal ficará sujeita apenas à aplicação de uma medida protetiva, também prevista no referido estatuto. (SOARES, 2003)

O ECA, ao contrário do que se entende na sociedade, não exime o adolescente de suas responsabilidades. Ocorre que é feita uma grande confusão entre inimputabilidade penal e impunidade.

⁶ Supra citado

É válido considerar que o ECA institui um sistema que pode ser definido como de Direito Penal Juvenil.

3 O MITO DA IMPUNIDADE

Para total compreensão do presente trabalho, é preciso estabelecer a distinção entre inimputabilidade penal e impunidade.

A sociedade entende que nada acontece ao adolescente quando autor de infração penal. Não é porque o menor – por ser inimputável – não responde por seus atos delituosos de acordo com o Código Penal que ele deixa de ser responsável. Ao contrário, o Estatuto da Criança e do Adolescente faz com que os menores infratores entre doze e dezoito anos sejam responsáveis e, em caso de infração, prevê e sanciona medidas socioeducativas, eficazes, inclusive com privação de liberdade.

O que se faz necessário é o compromisso com a efetivação plena do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A conquista da inimputabilidade deve ser defendida. O sistema carcerário aplicado aos adultos não constituem instituições adequadas para os menores. Crianças e adolescentes devem ser compreendidas como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento e, por isso, merecedores de atenção e cuidado especiais.

3.1 O que é inimputabilidade?

Primeiramente, é conciso entender o que é a imputabilidade, para então estudar seu oposto. Sob a óptica do Direito Penal, a imputabilidade está relacionada a compreensão da prática de um ato ilícito, típico, antijurídico e com culpabilidade. Nas palavras de Fernando Capez:

É a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não é só. Além dessa capacidade penal de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade. Em outras palavras, imputável é não apenas aquele que tem capacidade de inteligência sobre o significado de sua conduta, mas também de comando da própria vontade, de acordo com esse entendimento. (CAPEZ, 2014, p. 326)

Em concordância, Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabrinni consideram a imputabilidade “quando o sujeito é capaz de entender a ilicitude de sua conduta e de agir de acordo com esse entendimento”, só sendo reprovável a conduta “se o sujeito tem certo grau de capacidade psíquica que lhe permita compreender a antijuridicidade do fato e também a de adequar essa conduta a sua consciência” (MIRABETE E FABRINNI, 2014, p. 196).

Assim, aqueles que praticam um crime e não apresentam essas características, perdem a imputabilidade, deixando de ser considerados culpáveis pelo ato criminoso que praticou. Segundo Damásio de Jesus, “a inimputabilidade é a incapacidade para apreciar o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com essa apreciação” (JESUS, 2014, p. 515).

Para distinguir o inimputável do imputável, o Código Penal, em seu artigo 26, explica: “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

De acordo com Fernando Capez, a imputabilidade apresenta dois aspectos: um intelectual e outro volitivo. O primeiro consiste na capacidade de entendimento e, o segundo, na faculdade de controlar e comandar a própria vontade. Faltando um desses elementos, o agente não poderá ser considerado responsável pelos seus atos (CAPEZ, 2014, p. 327).

A doutrina prescreve que o Direito Penal brasileiro adotou o critério biopsicológico para fixar os limites da imputabilidade, segundo o qual verifica-se, primeiramente, se o agente é doente mental ou tem desenvolvimento mental incompleto ou retardado e, em caso negativo, se ele, ao tempo da prática da conduta delituosa, era capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de agir de acordo com esse entendimento[...]. (CUNEO, 2003)

Outra causa de inimputabilidade está prevista no art. 27⁷ do mesmo Código, que isenta o menor de dezoito anos da prática do ato ilícito.

Além disso, também é considerado inimputável o agente que comete ato criminoso em estado de embriaguez completa proveniente de caso fortuito e força maior⁸.

O que interessa no presente estudo, é a inimputabilidade dos menores de 18 anos. O Código Penal fixa a imputabilidade a partir desta idade, afastando incondicionalmente e irrestritamente a capacidade de culpa de crimes e contravenção aos menores, que se sujeitam à

⁷ Art. 27, Código Penal: Os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

⁸ Art. 28, § 1º, Código Penal.

legislação especial. Nesse caso, a imputabilidade está ausente porque o indivíduo, por questão de idade, não alcançou determinado grau de desenvolvimento físico ou psíquico.

Assim, o menor é caracterizado como inimputável em decorrência do desenvolvimento mental incompleto, por não ter alcançado a idade limite e consequentemente maturidade de caráter.

Em decorrência da exigência constitucional⁹ de haver uma legislação especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente segue a mesma regra dos demais ordenamentos, trazendo em seu artigo 104, a inimputabilidade penal aos menores de 18 anos¹⁰.

Vale ressaltar que a imputabilidade deve existir ao tempo da prática do fato. Logo, como diz Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, “será inimputável aquele que, *ao tempo da ação ou omissão*, não tem capacidade de entendimento e autodeterminação” (MIRABETE E FABBRINI, 2014, p. 201), sendo irrelevante, para efeito de cumprimento da sanção, a circunstância do agente atingir a maioridade. Utiliza-se a teoria da atividade¹¹ prevista no Código Penal.

3.2 Critério para aferição da imputabilidade

Existem três critérios para fixação da capacidade penal: o biológico, o psicológico e o biopsicológico.

O critério biológico interessa saber se o agente possui alguma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto. Este é o critério adotado, como exceção, nos casos dos menores de dezoito anos. A presunção absoluta obedece puramente a este critério, fazendo com que a criança e o adolescente sejam considerados como tendo desenvolvimento mental incompleto, visto que não possuem personalidade já formada e ainda não alcançou a maturidade.

O critério psicológico, diferentemente do biológico, leva em conta apenas o momento da prática do crime. É declarada a irresponsabilidade penal se o agente não possuía, no tempo da ação ou omissão, faculdade de apreciar a criminalidade do fato. Este critério não é adotado pela nossa legislação.

⁹ Art. 228, Constituição Federal: São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitando-se às normas da legislação especial.

¹⁰ Art. 104, caput, Estatuto da Criança e do Adolescente: São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta lei.

¹¹ Art. 4º, Código Penal: Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado.

Já o critério biopsicológico combina os dois anteriores. Dessa forma, exclui a imputabilidade se o agente, em razão de enfermidade ou retardamento mental, era, no momento da prática da infração penal incapaz de entendimento ético-jurídico e autodeterminação. Esse critério foi adotado como regra geral, em conformidade com o art. 26, caput, do Código Penal, já citado anteriormente.

Assim, para as crianças e adolescentes, considera-se o critério puramente biológico (idade do autor do fato), não se levando em conta o desenvolvimento mental do menor, que não está sujeito à sanção penal ainda que plenamente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Trata-se de uma presunção absoluta de inimputabilidade que faz com que o menor seja considerado como tendo desenvolvimento mental incompleto em decorrência de um critério de política criminal.

3.3 Inimputabilidade é sinônimo de impunidade?

O Estatuto prevê medidas compatíveis com a condição de pessoa em desenvolvimento e, por estarem em idade de transformação, necessitam de tratamento especial e diferenciado. A diferença é que a medida socioeducativa traz, além da sanção, conteúdo pedagógico.

Os defensores da redução da imputabilidade penal para dezesseis anos partem de uma visão errônea do sistema de atendimento voltado para jovens infratores, perfilando o entendimento de que a atual legislação menorista estimula e garante a impunidade, impedindo o Estado de exercer seu *jus puniendi* em relação a jovens suficientemente conscientes de sua atitude proibida, argumentando, ainda, não ser plausível que um adolescente com idade entre dezesseis e dezoito anos tenha comprometida sua capacidade de discernimento, estando já apto a reconhecer e identificar se sua conduta é ou não contrária à lei, na medida em que, nos idos de 1940, data da vigência do Código Penal, o desenvolvimento mental das pessoas era inferior ao de pessoa de igual idade, nos dias atuais. (CUNEO, 2003)

De fato, qualquer jovem é capaz de compreender a natureza ilícita de determinados atos se considerado o desenvolvimento intelectual e o acesso médio a informação. Porém, esse pensamento leva à conclusão de que esses menores poderiam ser submetidos ao processo penal e, conseqüentemente, serem recolhidos a um presídio.

Quando afirma-se que a criança e o adolescente possui uma condição peculiar de desenvolvimento implica dizer que estes não conhecem inteiramente seus direitos e não

possuem condições de defendê-los e fazê-los valer plenamente, assim como também não são capazes de suprir suas necessidade básicas por si só.

Diante sua condição de pessoa em desenvolvimento e a modificabilidade do comportamento dos adolescentes, estes são facilmente beneficiados com os processos pedagógicos, pois é na adolescência que o psicológico humano se reestrutura. Tanto é que, como demonstra João Batista Costa Saraiva:

[...] aplicadas com seriedade as medidas constantes do Estatuto, diversos adolescentes internados por infrações gravíssimas, como homicídio e latrocínio, têm logrado efetiva recuperação após um período de internação. [...] Muitos passam algum tempo prestando serviço à comunidade, numa forma de demonstrar a si próprios e à sociedade que são capazes de atos construtivos e reparadores. (SARAIVA, 2002, p. 95)

O adolescente adquire novos valores que serão incorporados à identidade que se traceja. Durante essa fase de transição, seu psicológico é vulnerável e suscetível às influências de pressões internas e externas. Apenas por volta dos 19 anos eles passam a compreender seus atos e comportamentos, ingressando, assim, na fase adulta.

Vale ressaltar que o fato de os adolescentes não estarem sujeitos às normas do Código Penal não os tornam irresponsáveis, visto que estes, em caso de infração, irão cumprir medida socioeducativa, até mesmo de privação de liberdade, nos casos mais graves, em estabelecimento próprio.

Nesse passo, traçando-se um paralelo entre o sistema que é aplicado ao imputável, em parâmetros semelhantes ao que o Código de Processo Penal destina aos maiores de dezoito anos, ao contrário do que se imagina, um adolescente que pratica, por exemplo, um roubo à mão armada juntamente com um indivíduo adulto, considerado primário e com bons antecedentes, poderá permanecer até três anos em regime de internação, com progressão para semiliberdade por igual período e ainda mais três anos em liberdade assistida, se ainda não recomendável seu integral retorno à vida em sociedade, enquanto o imputável, apenado em cinco anos e quatro meses de reclusão, cumprindo um terço da pena (aproximadamente dois anos), terá restabelecida sua liberdade, dada a sistemática da Lei de Execuções Penais. (CUNEO, 2003)

A sociedade leva em conta a impunidade pela equivocada compreensão da lei, pelo desconhecimento de que o ECA institui um Direito Penal Juvenil, com sanções de caráter

pedagógico e retributivo, onde os adolescentes são responsabilizados pelos seus atos. Como demonstra Fernando Capez:

Apesar de não sofrerem sanção penal pela prática de ilícito penal, em decorrência da ausência de culpabilidade, estão sujeitos ao procedimento e às medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), em virtude de a conduta descrita como crime ou contravenção penal ser considerada ato infracional (art. 103 do ECA). (CAPEZ, 2014, p. 329)

Afirma Damásio de Jesus que prevalece na doutrina o entendimento de que a punibilidade não é requisito, mas sim consequência jurídica. Ainda continua dizendo que a punibilidade não passa de ser a aplicabilidade da sanção (JESUS, 2014, p. 198).

Concluindo, a inimizabilidade penal não é sinônimo de impunidade ou irresponsabilidade. O fato de os jovens menores de dezoito anos serem inimutáveis não quer dizer que sejam irresponsáveis e impunes pelos seus atos infracionais, já que estão sujeitos às medidas socioeducativas enunciadas no ECA.

4 RESPONSABILIDADE DO MENOR INFRATOR

Mesmo o adolescente sendo considerado inimutável e excluído do direito penal, a legislação especial não permite que estes fiquem impunes quando cometem atos infracionais, sendo responsabilizados de maneira pedagógica e retributiva. Enquanto os maiores de dezoito anos têm responsabilidade penal, os adolescentes têm responsabilidade estatutária juvenil.

A responsabilidade é a aptidão do agente para ser punido por seus atos. De acordo com Fernando Capez, para ser responsável é exigido três requisitos: imutabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa (CAPEZ, 2014, p. 328). Logo, seria compreensível que o menor, por ser inimutável, ficaria isento da responsabilidade.

Entretanto, o menor está sujeito à uma legislação específica, conforme prevê a Carta Magna, na qual estabelece medidas socioeducativas que não os deixa impunes aos seus atos infracionais, sendo, por isso, responsáveis.

A imutabilidade não se confunde com a responsabilidade. Esta é a obrigação de arcar com as consequências jurídicas oriundas da prática de uma infração.

A Constituição Federal, ao estabelecer a inimputabilidade penal aos menores de dezoito anos, estabelece duas garantias constitucionais, como demonstra Gercino Gerson Gomes Neto:

A primeira delas afirma que nenhuma pessoa menor de 18 anos de idade será responsabilizada penalmente, ou seja, garante às crianças e adolescentes a inimputabilidade penal.

E a segunda, decorrente da primeira, assegura ao adolescente a responsabilização por seus atos infracionais, na forma da legislação especial, que, como afirmei, em decorrência da primeira, não poderá conter princípios de direito penal, sendo vedado o direito penal juvenil. (NETO, 1999)

Em conformidade com a Constituição, o Estatuto prevê que a pessoa entre doze e dezoito anos, que pratica conduta descrita como crime ou contravenção penal, esta sujeito à medidas socioeducativas, podendo ser uma simples advertência até o encarceramento do adolescente infrator, por meio da internação.

Com efeito, é em face do cometimento de ato infracional que o adolescente poderá ser responsabilizado.

O ECA fundou um sistema de controle judicial de delinquência juvenil, baseado na responsabilidade sócioeducativa dos jovens entre doze e dezoito anos de idade, que venham a ser autores de condutas descritas como crime ou contravenção penal, denominados ato infracional. Logo, as leis penais funcionam como referência para a verificação se a conduta de uma adolescente caracterizou-se como ato infracional, para que possa ser responsabilizado.

4.1 Porque as crianças não são responsáveis?

O ECA estabelece uma distinção entre criança e adolescente, no qual, o primeiro são aqueles menores de doze anos, e o segundo aqueles entre doze e dezoito anos. Nos termos de legais, criança é: para efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos. Já o adolescente é aquele entre doze e dezoito anos de idade¹².

O mesmo ordenamento, mais a frente, ao tratar do ato infracional, afirma que as crianças que praticarem ato infracional, estarão sujeitas às medidas protetivas¹³

¹² Art. 2º, caput, Estatuto da Criança e do Adolescente.

¹³ Art. 105, Estatuto da Criança e do Adolescente: Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101.

Logo, as crianças, isto é, os menores de doze anos, não estarão sujeito a qualquer responsabilidade por prática de ato infracional, ficando sujeitos às medidas protetiva, seja qual for o ato cometido e independente de sua gravidade.

As medidas específicas de proteção visam à garantia e à proteção dos direitos mais fundamentais e que, com a urgência que certamente a situação requer, recolocarão em normalidade social e psicológica a vida da criança.

Incumbe ao Conselho Tutelar, antes de tudo, mediante termo de responsabilidade, colocá-la sob a guarda de seus pais. Caso este não possua condições para formação moral e social desses pequenos, busca-se um novo responsável, dentro ou fora da linha consanguínea.

4.2 O ato infracional

A conduta delituosa da criança e do adolescente é denominada ato infracional, abrangendo tanto o crime como a contravenção.

Considera-se ato infracional toda conduta descrita como crime ou contravenção penal¹⁴. É ato reprovável, em desacordo com as normas, à ordem pública, ao patrimônio ou ao direito dos cidadãos.

VálterKenjiIshida diz existir basicamente dois conceitos de crime: o primeiro como fato típico e antijurídico e o segundo como fato típico, antijurídico e culpável (ISHIDA, 2010, p. 197). Para ele, o primeiro conceito deve prevalecer, visto que é nitidamente aplicável à lei menorista.

Nota-se que o Estatuto utiliza a legislação penal para definir o ato infracional, ao invés de elencar em seu próprio texto os tipos de infração penal através de condutas próprias. Logo, só haverá ato infracional, se a conduta corresponder a uma hipótese determinada no Código Penal. Porém, as sanções dos menores divergem das aplicáveis aos adultos.

Por não existir culpa, em razão da imputabilidade penal, não se aplicará a pena às crianças e aos adolescentes, mas, sim, medidas socioeducativas, em decorrência da legislação especial e do tratamento diferenciado. Enquanto os maiores de dezoito anos praticam crime, delito ou contravenção, os menores de dezoito anos praticam ato infracional.

¹⁴ Art. 103, Estatuto da Criança e do Adolescente: Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

As providências referentes à prática de infrações penais por menores de dezoito anos são de ordem penal, cabendo ao Juiz de Menores a aplicação de medidas destinadas a reeducação e recuperação.

O Eca estabelece que a prática de ato infracional corresponde: a) à medidas específicas de proteção, para as crianças; e b) estas ou medidas socioeducativas, para os adolescentes, sempre levando em conta sua capacidade para cumpri-las, circunstâncias e gravidade da infração.

4.3 As medidas socioeducativas

Como demonstrado, os menores que cometem atos infracionais são punidos ou responsabilizados.

As medidas de proteção¹⁵ são estabelecidas às crianças e adolescentes que tiverem seus direitos ameaçados ou violados; ou às crianças que praticarem ato infracional. Seu conteúdo é especificamente pedagógico.

As medidas socioeducativas¹⁶ são aplicadas apenas aos adolescentes, autores do ato infracional, sendo possível a aplicação desta medida com as medidas de proteção.

O que interessa no presente estudo são as medidas socioeducativas, com aspectos sancionatórios, visto que apenas com a aplicação delas é atribuída efetiva responsabilidade aos menores.

A intenção do legislador é as medidas socioeducativas interfira no seu processo de desenvolvimento objetivando melhor compreensão da realidade e efetiva integração social, no contexto da proteção integral.

Sua aplicação deve ser feita conforme a infração, não podendo acontecer de forma externa ao contexto social, político e econômico em que o adolescente se encontra.

[...] a medida aplicada ao adolescente deve levar em conta sua capacidade de cumpri-la, ou seja, que apresente condições de exequibilidade. É que a imposição de medida irrealizável, além de inerente desprestígio à própria

¹⁵ Art. 101: Verificada qualquer das hipóteses previstas no Art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias 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 - acolhimento institucional; VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar; IX - colocação em família substituta.

¹⁶ Art. 112: Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semiliberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no Art. 101, I a VI.

Justiça de Infância e Juventude, acabaria reforçando juízo negativo (e formulado com frequência pelos adolescentes) de incapacidade ou inaptidão para *as coisas da vida*, provocador de inevitável rebaixamento da autoestima. Ao invés de benefícios, a aplicação da medida traria prejuízos à formação da personalidade do adolescente. A parte final do parágrafo em tela, por outro lado, refere-se à necessidade relação e proporcionalidade entre a medida aplicada e as circunstâncias e gravidade da infração. A decisão desproporcionada ou que não guarde qualquer relação com o fato infracional praticado tenderá a perder o contato com o processo educativo que lhe dá razão de existir, restando, neste aspecto, inócua ou injusta. (MAIOR, 2010, p. 538).

A finalidade das medidas socioeducativas é buscar a reabilitação do menor, visando o ingresso na maioridade penal recuperado.

O rol das medidas é taxativo, não podendo o juiz impor medida diversa das enunciadas pelo ECA.

4.3.1 Advertência

Prevista no art. 115¹⁷, do ECA, consiste em uma recriminação verbal, feita pelo Promotor de Justiça ou pelo Juiz, na presença de seus pais ou responsáveis, explicando a ilegalidade da conduta e suas consequências.

É utilizado para os adolescentes que não possuem antecedentes de atos infracionais ou para aqueles que praticaram atos de pequena gravidade.

4.3.2 Obrigação de reparar o dano

A obrigação de reparar o dano é cabível nas lesões patrimoniais.

A art. 116¹⁸, do ECA, estabelece três formas de reparação do dano: devolução da coisa, ressarcimento do prejuízo e a compensação do prejuízo a qualquer momento.

Esta medida caracteriza-se por ser coercitiva e educativa, com caráter pedagógico, fazendo o adolescente reconhecer o erro e repará-lo, despertando o senso acerca do bem alheio.

4.3.3 Prestação de serviços à comunidade

¹⁷ Art. 115: A advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada.

¹⁸ Art. 116: Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima. Parágrafo único. Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada.

Esta medida propõe a ressocialização do adolescente infrator perante o ambiente em que vive. Na óptica penal, essa medida constitui uma pena restritiva de direitos.

Prevista no art. 117¹⁹, do mesmo Estatuto, deve ser aplicada de acordo com a gravidade do caso e do ato praticado, com a finalidade de mostrar ao infrator os prejuízos decorrentes do ato infracional cometido.

4.3.4 Liberdade assistida

Estabelecida pelos artigos 118²⁰ e 119²¹ do Estatuto, a liberdade assistida é uma medida coercitiva que consiste no acompanhamento personalizado, por meio de apoio de assistentes sociais e técnicos especializado, designados pelo juiz, objetivando a integração familiar e comunitária.

Para OlympoSottoMaior, esta é a medida que se mostra com as melhores condições de êxito (MAIOR, 2010, p. 536).

[...] porquanto se desenvolve direcionada a interferir na realidade familiar e social do adolescente, tencionando resgatar, mediante apoio técnico, as suas potencialidades. O acompanhamento, auxílio e orientação, a promoção social do adolescente e de sua família, bem como a inserção no sistema educacional e do mercado de trabalho, certamente importarão o estabelecimento de projeto de vida capaz de produzi ruptura com a prática de delitos, reforçados que restarão os vínculos entre os adolescentes, seu grupo de convivência e a comunidade. (MAIOR, 2010, p. 536)

¹⁹ Art. 117: A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.

Parágrafo único. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho.

²⁰ Art. 118: A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.

§1º A autoridade designará pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa de atendimento.

§2º A liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor.

²¹ Art. 119: Incumbe ao orientador, com o apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros:

I - promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social;

II - supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula;

III - diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho;

IV - apresentar relatório do caso.

A medida só durará até seis meses e poderá ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida. Enquanto o adolescente necessitar do acompanhamento e orientação, não é estabelecido prazo máximo.

Será aplicada nos casos de reincidência ou prática habitual de atos infracionais.

4.3.5 Semiliberdade

A semiliberdade, instituída pelo art. 120²², do ECA, é uma medida também coercitiva. O adolescente é afastado do convívio familiar e da comunidade, permanecendo em algum estabelecimento próprio, determinado pelo juiz, mas sem restrição total do direito de ir e vir, já que há possibilidade de atividades externas. Nesse caso, é obrigatória a escolarização e a profissionalização.

4.3.6 Internação

Esta medida socioeducativa sujeita-se aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento.

Estabelece nos artigos 121²³ do Estatuto, que o adolescente ficará privado de sua liberdade física. Será proposta pelo Ministério Público e aplicada pelo Juiz nos casos mais graves. Terá duração mínima de seis meses e máxima de três anos. Quando completado dezoito anos, o adolescente deverá ser liberado.

O adolescente poderá trabalhar e estudar fora do estabelecimento desde que não ofereça risco à comunidade e a sua própria incolumidade, de acordo com rígida avaliação de uma equipe interprofissional que assessora a Justiça da Infância e Juventude.

²² Art. 120: O regime de semiliberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.

§1º São obrigatórias a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade.

§2º A medida não comporta prazo determinado aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação.

²³ Art. 121: 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 vinte e um anos de idade.

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

§ 7º A determinação judicial mencionada no § 1º poderá ser revista a qualquer tempo pela autoridade judiciária.

É uma medida excepcional, por provocar insegurança, agressividade e frustração nos adolescentes. A entidade de internação deve possuir profissionais especializados, com propostas pedagógicas na qual permita a reeducação do adolescente.

De acordo com Olympio SottoMaior, a internação é a medida socioeducativa com as piores condições para produzir resultados positivos (MAIOR, 2010, p. 536).

Com efeito, a partir da segregação e da inexistência de projeto de vida, os adolescentes internado acabam ainda mais distantes da possibilidade de um desenvolvimento sadio. Privados de liberdade, convivendo em ambientes, de regra, promíscuos e aprendendo as normas próprias dos grupos marginais (especialmente no que tange a responder com violência aos conflitos do cotidiano), a probabilidade (quase absoluta) é de que os adolescentes acabem absorvendo a chamada *identidade do infrator*, passando a ser reconhecidos, sim, como da *má índole*, *natureza perversa*, *alta periculosidade*, enfim, como pessoas cuja história de vida, passada e futura, resta indestrutivelmente ligada à delinquência (*os irrecuperáveis*, como dizem eles). Desta forma, quando do desinternamento, certamente estaremos diante de cidadãos com categoria piorada, ainda mais predispostos a condutas violentas e anti-sociais. Daí a importância de se observar atentamente as novas regras legais referentes à internação, especialmente aquelas que dizem respeito à excepcionalidade da medida, sua brevidade e, a todo tempo, o respeito à condição particular de pessoa em desenvolvimento [...]. (MAIOR, 2010, p. 536-537).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As crianças e os adolescentes deixaram de ser tratados como objetos de direitos, sem garantias e apoios estatais, onde apenas os menores em situação irregular possuíam proteção, e passaram a ser sujeitos de direitos.

A Constituição Federal de 1988 consolidou a inimputabilidade do menor de 18 anos de idade, constituindo cláusula pétrea, e ficaram sujeitos às normas da legislação especial.

Em consequência, foi necessária a substituição do Código de Menores por outro diploma que regulamentasse tais direitos, surgindo o atual Estatuto da Criança e do Adolescente. O menor foi elevado à condição de sujeito de direito, tendo ampla garantia aos seus direitos sociais e pessoais. Além disso, substituiu a doutrina da situação irregular vigente no Código de Menores, passando a vigorar a doutrina da proteção integral.

Ao meio das transformações, surgiu a responsabilidade dos adolescentes. Nesse sistema, aplicam-se todas as garantias asseguradas aos maiores de idade que infringem a lei

penal. As medidas socioeducativas têm natureza sancionatória e caráter pedagógico. Trata-se de um modelo de justiça e de garantias para o adolescente em conflito com a lei.

O ECA, ao contrário do que se entende na sociedade, não exime o adolescente de suas responsabilidades. Ocorre que é feita uma grande confusão entre inimputabilidade penal e impunidade.

A sociedade entende que nada acontece ao adolescente quando autor de infração penal. Não é porque o menor – por ser inimputável – não responde por seus atos delituosos de acordo com o Código Penal que ele deixa de ser responsável. Ao contrário, o Estatuto da Criança e do Adolescente faz com que os menores infratores entre 12 e 18 anos sejam responsáveis e, em caso de infração, prevê e sanciona medidas socioeducativas, eficazes, inclusive com privação de liberdade.

O Código Penal, assim como o Estatuto e a Constituição, fixa a imputabilidade a partir desta idade, afastando incondicionalmente e irrestritamente a capacidade de culpa de crimes e contravenção aos menores, que se sujeitam à legislação especial. Nesse caso, a imputabilidade está ausente porque o indivíduo, por questão de idade, não alcançou determinado grau de desenvolvimento físico ou psíquico.

A presunção absoluta da imputabilidade obedece puramente ao critério biológico, fazendo com que a criança e o adolescente sejam considerados como tendo desenvolvimento mental incompleto, visto que não possuem personalidade já formada e ainda não alcançou a maturidade.

O Estatuto prevê medidas compatíveis com a condição de pessoa em desenvolvimento e, por estarem em idade de transformação, necessitam de tratamento especial e diferenciado.

Quando afirma-se que a criança e o adolescente possuem uma condição peculiar de desenvolvimento implica dizer que estes não conhecem inteiramente seus direitos e não possuem condições de defendê-los e fazê-los valer plenamente, assim como também não são capazes de suprir suas necessidade básicas por si só.

Diante sua condição de pessoa em desenvolvimento e a modificabilidade do comportamento do adolescente, estes são facilmente beneficiados com os processos pedagógicos.

A sociedade leva em conta a impunidade pela equivocada compreensão da lei, pelo desconhecimento de que o ECA institui um Direito Penal Juvenil, com sanções de caráter pedagógico e retributivo, onde os adolescentes são responsabilizados pelos seus atos. Mesmo o adolescente sendo considerado inimputável e excluído do direito penal, a legislação especial

não permite que estes fiquem impunes quando cometem atos infracionais. A imputabilidade não se confunde com a responsabilidade. Esta é a obrigação de arcar com as consequências jurídicas oriundas da prática de uma infração.

O menor pratica a infração através do ato infracional, que abrange tanto o crime quanto a contravenção. O Estatuto utiliza a legislação penal como definir o ato infracional, ao invés de elencar em seu próprio texto os tipos de infração penal através de condutas próprias.

Em razão da imputabilidade penal, não se aplicará a pena às crianças e aos adolescentes, mas, sim, medidas socioeducativas, em decorrência da legislação especial e do tratamento diferenciado.

Àqueles que cometem ato infracional, impõem-se medidas socioeducativas, no caso dos adolescentes, ou medidas de proteção, quando se tratar de crianças. Estas não estarão sujeitos a qualquer responsabilidade por prática de ato infracional.

As medidas socioeducativas são: advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade; internação em estabelecimento educacional; e algumas das medidas de proteção.

O legislador acreditou que essas medidas seriam um instrumento eficaz para a recuperação dos menores de 18 anos. Acontece que as principais medidas não são cumpridas e não atingem o seu objetivo, isto é, ressocializar o jovem. Em decorrência da ineficácia das medidas, a sociedade enxerga que estes acabam ficando impunes pelos seus atos infracionais. Assim como a sociedade, os menores ignoram a lei sabendo que o sistema é falho, com problemas institucionais, que não garante as devidas garantias. É fato que o atual sistema socioeducativo não consegue atingir a ressocialização dos adolescentes infratores.

Acontece que existe um amplo sistema de garantias e medidas previstas, de caráter punitivo e educativo, capazes de responsabilizar os adolescentes infratores pelos seus atos.

REFERÊNCIAS

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

BRITTO, José Maria de Oliveira. **A Inimputabilidade Penal da Criança e do Adolescente**. 16, ago. 2009. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-inimputabilidade-penal-da-crianca-e-do-adolescente-e-o-eca/23107/>>. Acesso em: 24 out. 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, 18ª ed. São Paula: Saraiva, 2014.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil**, 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

COLPANI, Carla Fornari. **A responsabilização penal do adolescente infrator e a ilusão de impunidade**. Jus Navegandi. Teresina, ano 8, n. 162, 15 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4600>>. Acesso em: 22. Out. 2014.

CUENO, Mônica Rodrigues. **Inimputabilidade não é impunidade**. Derrube este mito: diga não à redução da idade penal. Igualdade: Revista Trimestral do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, n.31. Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_27_2_3.php>. Acesso em: 24 out. 2014.

CURY, Munir (Org). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentário jurídicos e sociais, 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES NETO, Gercino Gérson. **O adolescente autor do ato infracional frente aos princípios garantistas do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Igualdade: Revista Trimestral do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, n.10. Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_5_2_2.php>. Acesso em: 24 out. 2014.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência, 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: Parte Geral, 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabrinini e FABRINNI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral, 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Educação, Direito e Cidadania**. Igualdade: Revista Trimestral do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, n.9. Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_5_2_2.php>. Acesso em: 24 out. 2014.

SAMPAIO, Kleber Rocha. **Responsabilidade e Inimputabilidade penal da criança e do adolescente**. Faculdades Cearenses em Revista, Fortaleza, v.1, n.1, p. 124-135, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.faculdadescearenses.edu.br/revista2/edicoes/vol1-1-2010/artigo15.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2014.

SARAIVA, João Batista Costa. **A idade e as razões**: não ao rebaixamento da imputabilidade. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 5, nº 18, p. 77/85, abr. /jun., 1997.

SOARES, Janine Borges. **A construção da responsabilidade penal do adolescente no Brasil: uma breve reflexão histórica.** 2003. Disponível em:
<<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id186.htm>>. Acesso em: 24 out. 2014.

SOARES, Vacy Ribeiro. **Desconstruindo o mito da impunidade no estatuto da criança e do adolescente (Eca).** Revista Vox. Minas Gerais, n 2, jan./jul. 2010.