

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE
FACULDADE DE DIREITO



TRABALHO DE GRADUAÇÃO

**DUPLA INIMPUTABILIDADE: A ALIENAÇÃO MENTAL COMO EXCLUDENTE DE
RESPONSABILIDADE INFRACIONAL NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE**

Leonardo Domingos Grandi Caldieraro

Rio Grande/RS

2015

Leonardo Domingos Grandi Caldieraro

**DUPLA INIMPUTABILIDADE: A ALIENAÇÃO MENTAL COMO EXCLUDENTE DE
RESPONSABILIDADE INFRACIONAL NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à banca examinadora da
Universidade Federal do Rio Grande,
como requisito parcial para a obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Jaime John.

Rio Grande/RS

2015

Leonardo Domingos Grandi Caldieraro

DUPLA INIMPUTABILIDADE: A ALIENAÇÃO MENTAL COMO EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE INFRACIONAL NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal do Rio Grande, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em ___ de _____ de 2015.

Banca Examinadora

Prof. Me. Jaime John.

Segundo Componente

Terceiro Componente

Rio Grande/RS

2015

*Ao vô Clodoveu e ao vô Darlei, por estarem presentes mesmo na ausência e pela
confiança depositada.*

*À vó Celina e à Vó Iracy pela dedicação e por todo o carinho em todos os
momentos.*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, e não poderia ser diferente, aos meus pais, Eduardo e Maria Bernarda, por serem espelho da pessoa que almejo ser, por tornarem um sonho possível, por todo o amor, ensinamentos e confiança em todos esses anos.

À minha madrinha, Mana, e às vós Celina e Iracy pelo enorme carinho e por me ensinarem cada dia mais sobre as coisas que estão além do Direito.

Às minhas irmãs pelos sorrisos, pelo amor contagiante e por serem o motivo de uma busca incansável por um mundo melhor.

À Juliana, por todos os dias me fazendo perceber que a distância é relativa, pela amizade e por me ensinar a verdadeira dimensão de companheirismo, amor, amizade e compreensão.

A todos os meus tios, especialmente Rafael e Mara, por todo o suporte durante a estadia em Rio Grande.

À Dra. Diana pela amizade, inspiração e conselhos durante todo o período de estágio na Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

Aos amigos que trouxe, aos que a Universidade proporcionou e aos que já conhecia e cuja amizade foi fortalecida ainda mais aqui em Rio Grande: Marco, Polese, Augusto, Rafael, Tiago, Everson, Bruno, Everton, Julio, Ana, Isadora, Schaiene, Cassia, Lisandra e Luiza, o meu sincero agradecimento pelas risadas, pelas críticas construtivas e pela capacidade de tornar cada momento em especial e único.

Aos amigos que conheci *online*, pela incrível capacidade de, próximos ou à distância, terem proporcionado grandes alegrias, oferecido conselhos e suporte, em especial à Mariana, Pablo, Marco, Bruno e Mazoni.

Ao professor Jaime John, não só pelo aporte na confecção deste trabalho, mas pela iluminação nos primeiros anos de curso ao me permitir ver o mundo com maior amplitude.

Por fim, e não menos importante, a todos os amigos do Diretório Acadêmico Rui Barbosa por me permitirem acreditar que a mudança para melhor é possível.

RESUMO

CALDIERARO, Leonardo Domingos Grandi. **Dupla Inimputabilidade: A Alienação Mental como Excludente de Responsabilidade Infracional no Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso – Graduação em Direito. Universidade Federal do Rio Grande. Rio Grande/RS.

A presente monografia, após análise doutrinária e jurisprudencial, discorrerá sobre a responsabilidade infracional, especificamente no que diz respeito às medidas cabíveis ao adolescente que sofre de alienação mental, com intenção de afastar o cabimento das medidas de caráter punitivo atualmente aplicadas por parcela dos magistrados. Com base no previsto pela Constituição Federal de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/1990), Código Penal (Decreto-Lei nº, 2.848/1940), Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº. 3.689/1941), teoria do delito e na psicologia aplicada ao direito, pretende-se demonstrar a necessidade de adequação das determinações jurisdicionais à Doutrina da Proteção Integral, aplicando-se integralmente os direitos dos adultos que cometeram delitos aos adolescentes infratores, especialmente na previsão da absolvição quando inimputável o adulto que sofre de alienação mental, o que acarretaria na determinação de uma dupla inimputabilidade do adolescente acometido por alienação mental. Trabalhar-se-á, para tanto, com a história do direito penal juvenil, medidas e garantias aplicáveis ao menor, procedimento para apuração de ato infracional comparado ao delito, alienação mental como excludente de responsabilidade infracional e, por fim, a proposta da Dupla Inimputabilidade.

Palavras-chave: Estatuto da Criança e do Adolescente. Sistema Penal Juvenil. Responsabilidade Infracional. Alienação Mental. Excludente de Culpabilidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. DIREITO (PENAL) JUVENIL	11
1.1. Evolução História do Direito (Penal) Juvenil.....	11
1.2. A Doutrina da Proteção Integral dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes ...	18
2. ATO INFRACIONAL E MEDIDAS APLICÁVEIS AO ADOLESCENTE	25
2.1. Sistema Penal Juvenil e Ato Infracional	25
2.2. Procedimento para apuração de Ato Infracional e Medidas Aplicáveis.....	34
3. DUPLA INIMPUTABILIDADE: A ALIENAÇÃO MENTAL COMO EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE INFRACIONAL.....	41
3.1. Breves considerações sobre alienação mental	41
3.2. A dupla inimputabilidade ante a alienação mental e a medida aplicável ao adolescente alienado mental que comete ato infracional.....	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

INTRODUÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente, sancionado em 13 de julho de 1990, positivou o que de mais moderno havia a respeito dos menores no país, à luz da Constituição Federal de 1988, que introduzira a Doutrina da Proteção Integral dos Direitos da Criança em seu artigo 227, trazendo consigo uma mudança paradigmática em todo o tratamento da matéria que diz respeito às crianças e adolescentes do país.

A promulgação da Lei nº. 8.069/1990, além de alterar as políticas nacionais, revolucionou a jurisdição nacional dos outrora “menores”, que eram vistos como objeto de proteção e não como sujeitos de direito ante sua incapacidade, divididos entre os de situação irregular e, portanto, objeto de intervenção estatal, e os demais para, após a legislação, serem considerados sujeitos dotados de direitos e garantias constitucionais. Logo, às crianças e adolescentes com menos de 18 (dezoito) anos foi conferido um sentido universal, sem as divisões previstas pela legislação anterior.

Desta maneira, modificou-se a compreensão de adolescente “em conflito com a lei”, ou seja, aquele que comete ato infracional comparado a delito, com base na Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, cujo documento de força coercitiva fora assinado pelo Brasil.

Anteriormente, o adolescente, incapaz, era mero objeto do processo. Agora, sujeito de direito, o é também do processo, participando deste como sujeito de suas ações e recebendo, por estar em desenvolvimento, uma responsabilidade juvenil que o distingue do adulto, forte no artigo 228 da Constituição, que coloca em 18 anos a idade da responsabilidade penal, que lhe garante a não responsabilidade na esfera penal.

Apesar da suprarreferida inimputabilidade penal prevista nos artigos 228 da Constituição Federal, 27 do Código Penal e 105 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao adolescente, dotado de responsabilidade juvenil, podem ser aplicadas as medidas socioeducativas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 112 e seguintes quando há a prática de ato infracional, que, segundo o artigo 103, são condutas descritas como crime ou contravenção penal.

Acerca das garantias processuais ao adolescente que comete ato infracional, entende-se que estas devem conter também as garantias previstas ao adulto. Dentre estas, destaca-se a prevista pelo artigo 26 do Código Penal, que versa sobre agentes incapazes, ao tempo do ato, de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com tal entendimento.

Criticar-se-á a inviabilidade de aplicar-se ao adolescente com sofrimento psicológico medidas socioeducativas de caráter punitivo cumuladas com medida de proteção e não apenas medida de proteção análoga à medida de segurança prevista pelos artigos 96 e 97 do Código Penal, o que vai ao encontro da Constituição, das teorias do garantismo penal, especialmente a respeito da teoria tripartida do delito adotada pelo Código Penal (que entende como delito a prática de ato ilícito, antijurídico e culpável) e também o artigo 112 §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que versa sobre a necessidade de que a medida a ser aplicada deve levar em conta sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

Consequentemente, o adolescente que comete ato infracional em decorrência de alienação mental é, além de inimputável penal, também o é quanto à responsabilidade infracional, isto é, duplamente inimputável, devendo, obrigatoriamente, ser-lhe aplicada medida de proteção e não medida socioeducativa dotada de caráter punitivo ou, ainda, medida socioeducativa cumulada com medida de proteção.

Destarte, o presente trabalho propõe-se a trabalhar aplicabilidade dos artigos 26 e 97 do Código Penal, bem como do artigo 149 e subsequentes do Código de Processo Penal, garantias processuais e direitos fundamentais a serem estendidos ao adolescente infrator como regra no procedimento para apuração de ato infracional.

Com o fim de cumprir tal proposta, a monografia inicia-se com a análise do direito da criança e do adolescente, trabalhando suas origens e evolução até o advento da Doutrina da Proteção Integral, sua constitucionalização e posterior adoção pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O segundo capítulo tem como tema a previsão da responsabilidade do adolescente que comete ato infracional equiparado ao crime ou contravenção em um sistema penal juvenil, analisando suas relações e diferenças para com o Direito

Penal, tratando também dos princípios e garantias (processuais) que gozam os adolescentes, bem como da previsão das medidas aplicáveis.

Por fim, o trabalho discorrerá sobre a alienação mental, a fim de demonstrar a aplicabilidade da dupla inimputabilidade ao menor que sofre de alienação mental e tem conduta descrita como ato infracional, visando impedir que lhe seja aplicada medida socioeducativa ou medida socioeducativa cumulada com medida de proteção em função das previsões dos códigos penal e de processo penal aplicáveis subsidiariamente ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

1. DIREITO (PENAL) JUVENIL

1.1. Evolução História do Direito (Penal) Juvenil

Para que haja um entendimento maior acerca do tema deste trabalho, impera que se faça uma observação a respeito do Direito Penal Juvenil no Brasil – especialmente das mudanças trazidas pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em relação à legislação revogada por este, comparando a maneira como eram vistos os menores em um momento anterior à legislação que confirmou a Doutrina da Proteção Integral como novo paradigma dos Direitos da Criança e do Adolescente.

No período anterior à promulgação da Carta Constitucional de 1988, a Legislação Nacional, de acordo com João Batista da Costa Saraiva, passou por dois momentos: a Consolidação das Leis de Assistência e Proteção a Menores (Decreto nº. 17.943 de 12 de outubro de 1927) e, posteriormente, o Código de Menores (Lei nº. 6.697 de 10 de outubro de 1979); ressaltando que, no período anterior ao decreto de 1927, haviam apenas leis esparsas a respeito do tratamento às crianças e aos adolescentes (2010, p. 60).

Ainda, há de frisar que, de acordo com Garcia Mendez, “do ponto de vista do Direito, é possível dividir a história do Direito Juvenil em três etapas: a) de caráter penal indiferenciado; b) de caráter tutelar e c) de caráter penal juvenil” (apud SARAIVA, 2010, p. 18). Dessa maneira, antes de adentrar na Legislação Brasileira acerca do tema, é necessário delimitar os três períodos históricos, para facilitar a integração entre as leis e o entendimento do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil.

Em um primeiro momento, o Direito Penal Juvenil confunde-se com o Direito Penal, de acordo com o autor supracitado. Entretanto, os mesmos autores iniciam sua análise com o surgimento das codificações penais do século XIX, onde a criança e o adolescentes eram equiparados aos adultos, de modo que se faz importante uma breve introdução da história do Direito Penal, posto que a divisão entre menores e adultos teve início apenas no século XX. Dessa maneira, destaca-se a separação histórica feita por Cezar Roberto Bitencourt, que, filiado a diversas doutrinas, desmembra a história do Direito Penal, iniciando pelo Direito repressivo das sociedades primitivas, que visavam apenas a vingança penal (2011, p. 59);

Direito Romano, que previa menoridade, todavia em casos concretos (2011, p. 63-64), chegando ao período medieval do “Direito comum”, às ideias de Cesare de Beccaria com *Dei Delitti e Delle Pene* (1764), e demais autores após o Iluminismo, culminando com o surgimento de doutrinas e escolas penais e das primeiras codificações de Legislação Penal do final do século XVIII e início do século XIX, especialmente o Código francês de 1810 e Código Napolitano de 1819.

O que se retira da história do Direito Penal até este momento é a finalidade retributiva da pena, baseada na seguinte premissa lecionada por Bitencourt:

Todo comportamento ilegal produzido em uma sociedade – produto de um contrato social – é essencialmente patológico e irracional (...) o que justificava, senão a imposição da pena, pelo menos a procura de um meio “curativo” ou reabilitador (2011, p. 82).

Por conseguinte, Carrara, entendia a pena “como meio de tutela jurídica e retribuição da culpa moral” (apud BITENCOURT, 2011, p. 84). De acordo com Saraiva (2003, p. 18), na época, o Direito Penal também se aplicava aos menores – há que se ressaltar a previsão de inimputabilidade penal aos de 14 anos (Código Criminal do Império de 1830, artigo 10, parágrafo 1^o) e, posteriormente, aos menores de 9 anos e, se não houvesse discernimento, aos com idade entre 9 e 14 anos (Código Penal da República de 1890, artigo 27, parágrafos 1^o e 2^o).

Importante o ensinamento de Martha de Toledo Machado a respeito da visão do direito menorista da época que antecede os códigos do alvorecer do século XX:

Até então, a infância interessava ao Direito como parte estrita do direito de família, nas questões ligadas à filiação, ao pátrio poder etc., e ao direito penal, na perspectiva restrita da inimputabilidade para as crianças de tenra idade (no Código Criminal do Império, no Brasil, verbigratia, fixada aos 9 anos de idade) e na mitigação das penas impostas aos adultos, com base no marco divisor etário fixado em cada legislação, sem nenhuma outra diferença de tratamento. (2003, p.34).

As legislações de caráter tutelar das primeiras décadas do século XX resultam da “profunda indignação moral decorrente da situação de promiscuidade do alojamento de maiores e menores nas mesmas instituições”, conforme Saraiva

¹ Art. 10. Também não se julgarão criminosos:

1^o Os menores de quatorze annos.

² Art. 27. Não são criminosos:

§ 1^o Os menores de 9 annos completos;

§ 2^o Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento;

(2010, p. 18-19), o que denota que, à época, o adolescente que infringira a Lei ficava detido em alojamento prisional juntamente ao adulto, conforme se verifica no texto do Decreto nº. 6.994 de 1908 artigo 52, §5º e 56³.

Martha de Toledo Machado dá destaque ao Primeiro Congresso Internacional de Menores, realizado entre 29 de junho e 1º de julho de 1911, pelo estímulo à criação dos juízos de menores, tendo como finalidade o combate à criminalidade juvenil e a consequente defesa da sociedade. Além disso, destaca-se a “roupagem protetiva” (2003, p. 35-37) da previsão da retirada dos menores do sistema prisional dos adultos com o objetivo de realocá-los em locais próprios e diferenciados, entretanto com o intuito principal de fim de por fim no problema (social) da delinquência.

O que dá cabo ao período chamado por Emilio García Mendez de tratamento “penal indiferenciado” (2000), onde os menores eram tratados à mesma maneira dos adultos, com diminuição de um terço da pena, são os tribunais de menores (instituídos no Brasil em 1923) e das primeiras codificações legislativas disciplinando o tema.

Cumprе ressaltar que a criação de uma legislação para “menores” também é o marco da gênese da categoria “menor”, a fim de diferenciar crianças e adolescentes em situação irregular (conforme a doutrina dominante da época), das “boas crianças”, conforme bem pontua Machado (2003, p. 33).

As primeiras legislações menoristas do início do século XX, na América Latina, baseadas, segundo a mesma autora (2003, p. 34), nos Tribunais de Menores dos Estados Unidos (Illinois, 1899), foram promulgadas pela Argentina, em 1919, sendo o modelo do Código de Menores Uruguaio de 1927 adotado para as demais legislações – conforme se extrai do texto de Antônio Carlos Gomes da Costa (2005). Também a brasileira, do mesmo ano (Decreto nº. 17.943-A/1927), conhecida como Código Mello Mattos (primeiro Juiz de Menores do Brasil e mentor intelectual da lei), consagrava uma nova concepção dos direitos dos menores de 18 anos de idade, dividindo a infância entre os delinquentes, abandonados e infratores dos demais, como demonstrado pelo primeiro artigo do Decreto Nacional “Art. 1º O menor, de um

³ Art. 52. São compreendidos nessas classes:

§ 5º Os maiores de 14 annos e menores de 21 condemnados nos termos dos arts. 49 e 399, § 2º, do Código Penal.

Art. 56. Os maiores de 14 annos poderão ser conservados na Colonia até á idade de 21 annos. (Código Penal, art. 399, § 2º).

ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código”.

É do período o surgimento do chamado “caráter tutelar” do Direito Menorista, edificado na Doutrina da Situação Irregular, também adotada no Código de Menores de 1979 e em seu artigo primeiro dispunha sobre “assistência, proteção e vigilância a menores”, definindo-os em seu inciso primeiro como “pessoas de até dezoito anos de idade que se encontrem em situação irregular”. O modelo tutelar proposto pela doutrina inspiradora das legislações de 1927 e 1979, derogado com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, que adotou como norte a Doutrina da Proteção Integral de Direitos da Criança, tinha como principal premissa a existência de uma, conforme João Batista da Costa Saraiva, “moléstia social” (2010, p. 23) que coloca o menor em uma situação irregular, sem, entretanto, incluir a proteção às demais crianças e adolescentes na legislação.

A lei, portanto, de acordo com o autor supracitado (2010, p. 29) servia aos menores cuja

declaração de situação irregular tanto poderia derivar de sua conduta pessoal (caso de infrações por ele praticadas ou de ‘desvio de conduta’), como da família (maus-tratos) ou da própria sociedade (abandono) (...) sem distinguir, com clareza, situações decorrentes da conduta do jovem ou daqueles que o cercam.

Martha de Toledo Machado (2003, p. 29) traz em sua obra a existência de uma indistinção entre adolescentes delinquentes e menores abandonados e a maneira como o entendimento da existência de uma situação irregular possibilita a compreensão de como toda a Legislação seria aplicada a estes, acarretando em violação aos direitos fundamentais, como afirma a autora (2003, p. 150):

O Direito do Menor identifica a criança desassistida com o adolescente autor de crime, concebendo-os como se fossem uma só categoria, colocando-os na mesma condição jurídica - e condição jurídica que se opõe justamente à situação regular assim, a resposta jurídica que acabou sendo dada à situação da pobreza, usada como discrimen pelas sucessivas leis menoristas, restou marcada fundamente de caráter repressivo e não protetivo.

No que se refere à questão dos direitos conferidos aos menores, ressalta-se que estes não eram considerados meros objetos de direito, pois não havia dúvidas

de que os menores eram, sim, titulares de alguns direitos – não como crianças e adolescentes, mas sim com direitos comparados aos do adulto, como se retira do presente trecho:

Quando se afirma que crianças e adolescentes eram tratados no sistema anterior basicamente como objetos de intervenção do mundo adulto, não se pretende sustentar que não poderiam figurar como titulares de nenhum direito.

Ao menos há mais de dois séculos, crianças e adolescentes são titulares de determinados direitos, como bem exemplifica a questão relacionada aos direitos patrimoniais.

O que se pretende destacar é que, na sistemática anterior, eram vistos essencialmente como adultos em miniatura: quando muito, tinham alguns direitos da mesma natureza daqueles conferidos aos adultos (MACHADO, 2003, p.116).

Saraiva (2010, p. 24-25) destaca em sua obra a tentativa de uma definição objetiva da situação irregular, especialmente no Código de Menores, com utilização de

categorias vagas e ambíguas, figuras jurídicas de 'tipo aberto', de difícil apreensão desde a perspectiva do direito, tais como 'menores em situação de risco ou perigo moral ou material', ou 'em situação de risco', ou 'em circunstâncias especialmente difíceis'.

Sob essa premissa, as condições pessoais (ambíguas) do menor autorizavam o Estado a intervir e não a prática de um hoje chamado ato infracional ou a situação social, pois esse menor, incapaz, era o objeto de proteção da Lei e não sujeito de direitos. Tal característica retirava do menor o direito de expressar suas opiniões, que, somado à ambiguidade da Legislação e ao princípio do superior interesse da criança, dificultava uma compreensão e permitia grande discricionariedade ao Estado, dando ao Juiz de Menores amplos poderes para decidir sem que houvesse uma limitação, possibilitando uma criminalização da pobreza, já que era normalmente a eles declarada a situação irregular, conforme bem explica João Batista Costa Saraiva.

De acordo com o contexto da época, este princípio concedia ao adulto (juiz) o poder de determinar o que seria o melhor para a criança. Em páginas 166 a 168 da obra citada, tanto no texto quanto nas notas de rodapé, Martha de Toledo Machado afirma que a conceituação dada pela Doutrina da Situação Irregular subordinava este superior interesse aos interesses dos adultos por possuir uma

noção vaga que reforçava o arbítrio do Poder Judiciário. O destaque, entretanto, se dá porque houve a manutenção deste princípio na Convenção Nações Unidas de Direito da Criança, sob outra conceituação e contexto, onde o princípio estaria embasado em um sistema de garantias limitadoras do poder do estado, como será demonstrado em momento posterior neste trabalho.

Criou-se, portanto,

um sistema sociopenal de controle de toda a infância socialmente desassistida, como meio de defesa social em face da criminalidade juvenil, que somente se revelou possível em razão da identificação jurídica e ideológica entre infância carente e infância delinqüente (2003, p. 42). (...) Permissa venia da insistência e da certa crueza de minhas palavras, note-se a perversidade da artilosa construção intelectual: o carente pode ser privado de liberdade, sob a presunção de que ele é o futuro delinqüente; aquele que delinqüiu efetivamente pode ser encarcerado sem observância das garantias individuais que continuaram a ser conferidas aos adultos, sob a falaciosa premissa de que ele está sendo protegido pelo Estado, uma vez que a medida jurídica imposta pela prática do crime (internação em reformatório) é essencialmente a mesma aplicada ao carente e ao abandonado (MACHADO 2003, p. 48).

Esta ausência de limitação legal, além do mais, acabou por separar o Direito do Menor do Direito Penal, na questão das garantias processuais e penais, isto é, não dá ao menor os direitos previstos aos adultos. Sobre este afastamento entre o Direito Penal e o Direito Menorista, destaca Sposato:

Por força de uma tradição tutelar, desenhou-se ao longo da história do Direito da Criança e do Adolescente uma suposta autonomia da matéria de responsabilização dos menores de idade, afastando de sua interpretação os princípios processuais-penais de garantia e, de igual maneira, dificultando qualquer reflexão de natureza dogmática e/ou político-criminal acerca das consequências e da natureza da intervenção penal sobre os adolescentes. Como se a matéria infracional existisse em total divórcio do saber penal, ao longo da história do Direito penal juvenil procurou-se ocultar a influência das diferentes correntes da ciência penal. Contudo, muito embora o estudo da temática careça de elementos de conexão, não se pode negar que, à medida que determinadas visões se consolidavam no Direito penal de adultos, naturalmente influenciariam as teses e as doutrinas justificantes da aplicação de sanções a adolescentes autores de infração penal, por mais que se desejasse negar e afastar tal realidade dos procedimentos e da construção teórica específica (2013, p. 24).

Esta situação confronta totalmente o corolário lógico das premissas da ciência do Direito Penal, porque, a partir do momento em que não se compreende o menor como sujeito de direitos, a esse não é necessário que se estendam as garantias dos adultos, tais como reserva legal, contraditório e ampla defesa,

permitindo, por exemplo, privação de liberdade imposta por tempo indeterminado e até mesmo a prisão do menor enquanto vítima, conforme destaca a mesma autora em sua obra.

Além disso, não havia uma ideia de responsabilização do menor pelo ato ante a incapacidade conferida pela lei: as medidas eram aplicadas por este se encontrar em “situação de risco” (SARAIVA, 2010, p. 26), com intuito protetivo e não de repressão ao cometimento de fato típico penal, conforme dito alhures.

No lapso temporal de vigência da Legislação Menorista, iniciou-se um caminho que culminou com o advento da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança (1989) e da Doutrina da Proteção Integral dos Direitos da Criança e do Adolescente que inaugura o período do já referido “caráter penal juvenil”.

A construção da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, que inaugurou a responsabilização juvenil, tem como reconhecido marco inicial a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, embora o tema da delinquência já fosse enfrentado em momentos anteriores, como os Congressos das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, quinquenais e inaugurados em 1955, em Genebra.

Em 1979, vinte anos após a Declaração Universal, comemorou-se o ano Ano Internacional da Criança, momento em que foi proposta a elaboração de uma Convenção Internacional a respeito do tema, a fim de “dar eficácia aos Direitos Enunciados na Declaração dos Direitos da Criança”. Ato contínuo, em 20 de novembro de 1989, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou, após dez anos de construção teórica por diferentes países, grupos e organismos internacionais, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, e suas disposições a respeito dos Direitos da Criança foram reunidas em um documento assinado pelo Brasil e “com força coercitiva para os Estados signatários”, de acordo a lição de Saraiva (2010, p. 21).

A Convenção firmada contrapõe-se e rompe completamente com a ultrapassada Doutrina da Situação Irregular, indo ao encontro do melhor entendimento alicerçado na garantia de direitos fundamentais (nos quais a doutrina anterior não se calcava) ao trazer, sobre todas as demais características, a criança e o adolescente de idade não mais como objetos de proteção, mas sim como sujeitos de direitos em um Estado Democrático de Direito.

A Doutrina da Proteção Integral dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes adotada pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, desta maneira, sepultou a antiga cisão entre o menor carente/delinquente e os bons menores, ao incluir a universalidade das crianças e adolescentes sob a proteção da legislação ordinária e da Constituição Federal.

1.2. A Doutrina da Proteção Integral dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes

Durante o período que precedeu a realização da Convenção Internacional, houve extenso debate em âmbito nacional a respeito dos direitos da criança e do adolescente por grupos interdisciplinares responsáveis tanto pela mobilização pelo fim da Ditadura Militar, quanto pela inclusão e defesa dos direitos fundamentais no texto constitucional, perante a Assembleia Constituinte.

Martha de Toledo Machado afirma que “essa pressão aglutinada em torno da defesa dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes”, a fim de introduzi-los na nova Constituição Federal, “desaguou numa Frente Parlamentar suprapartidária em prol desses interesses, composta por membros de todas as agremiações políticas representadas na Assembleia” (2003, p. 25). Nesta assertiva, se retira o compromisso da sociedade brasileira na proteção dos direitos de toda a infância e juventude.

Dessa pressão e da situação histórica de abertura política e novos ares democráticos deriva uma Carta Maior, alicerçada na garantia uma gama de direitos fundamentais à sociedade brasileira, com uma nova postura e concepção dos direitos infanto-juvenis e dispendo sobre estes em um capítulo próprio, com artigos específicos sobre o tema (226 a 230), de onde se depreende a adoção da Doutrina da Proteção Integral pela República Federativa do Brasil em sua Constituição Federal:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

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

- II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;
- III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)
- IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;
- V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;
- VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;
- VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

A Doutrina da Proteção Integral tem por base a efetivação e defesa de direitos fundamentais da criança e do adolescente, que devem ser assegurados por meio de instrumentos jurídicos – políticas sociais públicas e tutela jurisdicional diferenciada, como ensina Machado (2003, p. 140).

Após a adoção da Doutrina da Proteção Integral pela Constituição Federal, o Brasil firma a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em 1989, e, finalmente, em 1990, promulga o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990), edificada sobre os princípios e garantias fundamentais previstos na Lei Maior e na Doutrina da Proteção Integral, conforme previsto em seu artigo primeiro: “esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, na melhor e mais completa síntese, feita por Andréa Rodrigues Amin na obra “Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos”:

[traz] o conjunto de direitos fundamentais indispensáveis à formação integral de crianças e adolescentes, mas longe está de ser apenas uma lei que se limita a enunciar regras de direito material. Trata-se de um verdadeiro microsistema que cuida de todo o arcabouço necessário para se efetivar o ditame constitucional de ampla tutela do público infante-juvenil. É norma especial com extenso campo de abrangência, enumerando regras processuais, instituindo tipos penais, estabelecendo normas de direito administrativo, princípios de interpretação, política legislativa, em suma, todo o instrumental necessário e indispensável para efetivar a norma constitucional (2010, p 9)⁴.

Com a implantação da Doutrina da Proteção Integral, portanto, a infância e a juventude passam a ter um sentido universal e integrado, pois são colocadas todas

⁴ O texto entre colchetes foi incluído pelo autor.

as crianças e adolescentes (menores de 18 anos de idade, conforme o artigo segundo do Estatuto da Criança e do Adolescente) no mesmo status jurídico, que envolve toda e qualquer criança cujo direito fundamental de pessoa em desenvolvimento seja ou venha a ser lesado, deixando de abrigar apenas a infância desviante como anteriormente, ou seja, abrigando toda a juventude, nas palavras de Karyna Batista Sposato, “independentemente da posição que ocupam na sociedade” (2013, p. 36).

A criança e o adolescente, com a adoção da Doutrina da Proteção Integral pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, são sujeitos de todos os direitos fundamentais previstos aos adultos e a estes são somados os direitos e garantias específicos concedidos em razão de seu estado de pessoa em desenvolvimento, sendo defesa a violação ou restrição destes. O caráter de política pública desta doutrina prevê o dever em garanti-los, incumbindo também a família e a sociedade civil na promoção destes, juntamente ao Poder Público, que antes centralizava todas as ações. Essa política de descentralização pode ser melhor compreendida com a leitura do seguinte trecho:

Essa concepção, à guisa de introdução da matéria, orienta-se pela idéia central de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos em relação ao mundo adulto; são sujeitos de direitos em suas relações com a família, a sociedade e o Estado. Mais do que isso, norteia-se pela noção de que crianças e adolescentes são seres humanos que se encontram numa situação fática peculiar, qual seja, a de pessoas em fase de desenvolvimento físico, psíquico, emocional, em processo de desenvolvimento de sua potencialidade humana adulta; e que essa peculiar condição merece respeito e para tal há de se compreender que os direitos fundamentais de crianças e adolescentes são especiais em relação ao direito dos adultos (há necessidade de direitos essenciais especiais e de estruturação diversa desses direitos).

Contempla, ainda, a noção de que esses direitos são prioritários, devem receber proteção prioritária e prevalente.

Por fim, assenta-se na premissa de que todas as crianças e os adolescentes, independentemente da situação fática em que se encontrem, merecem igualdade jurídica, merecem receber da sociedade um único e igualitário regime de direitos fundamentais, livre de tratamento discriminatório ou opressivo (MACHADO, 2003, p. 49-50).

A Doutrina da Proteção Integral, com o intuito específico de modificar a perspectiva outrora unificada do tratamento da responsabilidade penal juvenil ou responsabilidade infracional e da criança que sofre com problemas de natureza social, trouxe novos conceitos para elucidar melhor a questão dos direitos da criança e do adolescente. Estas novas concepções – separação, participação e

responsabilidade – são parte da revolução copernicana acarretada pelo rompimento do paradigma anterior e reforçam a visão da população infanto-juvenil como sujeito de direitos.

Sobre a matéria, Emílio García Mendez (2000) ensina:

O conceito de separação refere-se aqui à clara e necessária distinção, para começar no plano normativo, dos problemas de natureza social de aqueles conflitos com as leis penais. O conceito de participação (admiravelmente sintetizado no art.12da CIDN [Convenção Internacional dos Direitos da Criança]) refere-se ao direito da criança a formar-se uma opinião e a expressá-la livremente em forma progressiva de acordo com seu grau de maturidade. Porém o caráter progressivo do 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 pelo contrário, além disso e progressivamente numa responsabilidade de tipo especificamente pena, tal como o estabelecem os arts. 37 e 40 da CIDN.

Por meio desta separação entre a criança ou adolescente que sofre em função de problemas de natureza social e o que age contrário à lei penal, cometendo ato infracional, retirou-se do plano do Direito a igualdade de tratamento ao “abandonado/delinquente”, trazendo à luz também a compreensão de que a criança é um ser em desenvolvimento e recebe o direito de expressar opinião em decorrência deste, ao mesmo tempo em que recebe responsabilidades sociais e penais de acordo com esse crescimento gradativo.

Para tanto, é preciso entender o reconhecimento que se dá à “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento” da criança, característica que reforça a ideia proposta pela Doutrina da Proteção Integral e positivada na Constituição Federal no suprarreferido artigo 227, parágrafo 3º, que, como afirma Machado (2003, p. 108-109), foca nesta

compreensão de que - por se acharem na *peculiar condição de pessoas humanas em desenvolvimento* - crianças e adolescentes encontram-se em situação especial e de maior vulnerabilidade, ensejadora da outorga de um regime especial de salvaguardas, que lhes permitam construir suas potencialidades humanas em sua plenitude. Crianças e adolescentes são pessoas que ainda não desenvolveram completamente sua personalidade. Essa característica é inerente à sua *condição de seres humanos ainda em processo de formação*, sob todos os aspectos, *v.g.*, físico (nas suas facetas constitutiva, motora, endócrina, da própria saúde, como situação dinâmica), psíquico, intelectual (cognitivo), moral, social etc.

Em que pese o trabalho apresente apenas o artigo 227, parágrafo 3º, nunca é demais informar que os direitos da criança e do adolescente, na Constituição Federal, estão postos de acordo com uma lógica mais ampla. Considerando que o todo o texto se baseia em um sistema de proteção de direitos fundamentais, é evidente, então, que estes não se restringem ao artigo e parágrafo supracitado, utilizados como exemplo ante a sua literalidade, porém estão contidos no caráter valorativo da Carta Maior e previstos também em outros artigos, como – e, novamente, com fins exemplificativos – nos artigos do mesmo capítulo 226, caput, §§ 3º, 4º, 5º, 8º, 228, 229 (primeira parte) e em outros que evidenciam esta lógica, como no fundamento da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III) fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º) e as disposições do Título II da Constituição Federal.

Esta previsão de que o jovem está em vias de se tornar um ser humano adulto com direitos de personalidade adulta, ainda, lhe garante também o direito fundamental – a ser protegido pelo ordenamento jurídico – de passar por esse lapso temporal com personalidade infanto-juvenil, pois não é possível que se adquira direitos de personalidade adulta sem que estes sejam formados, e tampouco é inconcebível que a criança e o adolescente sejam tratados como objetos de intervenção dos adultos.

A diferença entre crianças e adultos decorre da situação de vulnerabilidade em que os primeiros se encontram em relação aos outros, sendo este o porquê da existência do sistema de proteção previsto pela Constituição Federal e, posteriormente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. O objetivo é equilibrar essa desigualdade, possibilitando ao menor de dezoito anos, cuja fraqueza lhe desfavorece e não lhe permite, nas palavras de Martha de Toledo Machado, “exercitar completamente suas potencialidades e direitos”, ou “defender estes direitos” (2003, p. 119).

Assim, toma forma de princípio a noção de que o jovem está em peculiar condição de desenvolvimento e deve ser tratado como titular de direitos e obrigações e não mais como incapaz, de acordo com Saraiva (2010, p. 36). Essa condição é o que lhe diferencia dos adultos, reforçando a ideia de que este possui todos os direitos de um maior de idade e, além destes, os direitos fundamentais que

devem ser garantidos para assegurar o seu desenvolvimento, tais como direito à alimentação, convivência familiar, ao não-trabalho, profissionalização, entre outros.

Do princípio da peculiar pessoa em desenvolvimento decorre a autonomia progressiva, que garante o direito de ser ouvido e ter sempre sua palavra considerada acerca de assuntos que lhe digam respeito, observando-se sua idade e maturidade, de acordo com o artigo 12 da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança, fortalecendo a criança como partícipe da sociedade e não mero objeto de proteção.

Outra transformação importante a se destacar é o enquadramento do Juiz ao exercício apenas de sua função jurisdicional – proveniente da descentralização do trato ao direito da criança e do adolescente –, e, por consequência, sujeito às limitações previstas pelo sistema de garantias. Por esta lógica, o Estado estará limitado por todas as garantias do Direito Penal e Constitucional conferidas aos adultos e pelas demais conferidas à pessoa em peculiar condição de desenvolvimento, “o que se constitui em uma discriminação positiva, outro princípio informador do sistema”, como bem ensina Saraiva (2010).

Há que ressaltar, também, a manutenção do princípio do superior interesse da criança, entretanto sob uma nova ótica, a fim de evitar a arbitrariedade das decisões judiciais do período tutelar, como já explicitado neste capítulo. Dessa maneira, sob o prisma da Doutrina da Proteção Integral, o princípio do superior interesse da criança está fundamentado e limitado a um direito declarado, que o mesmo autor reforça com as seguintes palavras: “somente o que é considerado direito pode ser interesse superior” (2010, p. 44).

O que se almeja com as críticas e a limitação ao princípio é evitar um retorno à teoria tutelar, impedindo que se dê ao aplicador da lei a possibilidade de manejo discricionário ao invocar o superior interesse no sentido contrário de toda a lógica construída no direito da criança e do adolescente calcado na Doutrina da Proteção Integral.

Dessa maneira, este princípio somente é consolidado quando edificado sobre as garantias previstas na Constituição, embora a doutrina apresente ressalvas à adoção do Princípio do Superior Interesse pela Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, mesmo que limitado pelas garantias constitucionais sobre o argumento de que não possui utilidade prática ou, ainda, por permitir que se aplique

o princípio sob a visão da Doutrina da Situação Irregular, considerando-se que está previsto na aplicação das medidas de proteção (artigo 98 e seguintes do Estatuto da Criança e Adolescente).

Martha de Toledo Machado (2003, p. 411-414) soma aos já citados o Princípio da Igualdade de Crianças e Adolescentes e o Princípio da Participação Popular na Defesa dos Direitos de Crianças e Adolescentes. Ambos já foram tratados neste trabalho: o primeiro conota a igualdade jurídica entre todas as crianças e adolescentes; o segundo trata do interesse social e do dever de asseguramento dos direitos fundamentais da infância e juventude pela sociedade civil.

Assim, ao ser substituído o obsoleto menorismo pelo direito da criança e do adolescente, nasce uma previsão de responsabilidade (penal) juvenil, já que estes são titulares de direito e, por conseguinte, deveres, sendo estabelecidas, conforme a doutrina de João Batista da Costa Saraiva (2010, p. 48), “medidas de responsabilização compatíveis com a condição de peculiar pessoa em desenvolvimento destes agentes”.

2. ATO INFRACIONAL E MEDIDAS APLICÁVEIS AO ADOLESCENTE

2.1. Sistema Penal Juvenil e Ato Infracional

Com o advento da Doutrina da Proteção Integral, prevista na Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e do Adolescente e positivada no Estatuto da Criança e do Adolescente, os adolescentes passam a ser sujeitos de direito, conforme trabalhado no capítulo anterior e, ao serem assim, também recebem o direito de serem responsáveis por seus atos.

Ademais, sendo sujeitos de todos os direitos dos adultos e, somados a estes, de uma gama de direitos específicos ante a sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, este direito de ser responsabilizado, de acordo com Karyna Batista Sposato “coloca em xeque o conceito de inimputabilidade aplicado aos menores de idade, historicamente concebido como ausência de responsabilidade” (2013, p. 27).

Embora o Código Penal Brasileiro trate a inimputabilidade penal de acordo com o desenvolvimento biopsicológico da pessoa, trabalhando tanto com o desenvolvimento biológico (maturidade) quanto com o psicológico (saúde mental) de quem eventualmente apresentar conduta tipificada, aos menores de 18 anos de idade, o Código Penal Brasileiro, de acordo com Cezar Roberto Bitencourt “adota (...), como exceção, o sistema puramente biológico” (2011, p. 415).

Este sistema prevê a inimputabilidade sem necessidade de avaliação psicológica do autor do fato, o que significa dizer que a inimputabilidade penal prevista tanto no artigo 27 do Código Penal quanto no artigo 228 da Constituição Federal se aplica à criança e ao adolescente pelo simples fato não terem completado 18 (dezoito) anos. Isto é, o fato de não possuírem maturidade mental lhes exclui completamente do rol dos imputáveis, mesmo que possuam conhecimento acerca da ilicitude do fato.

A respeito da (in)imputabilidade, é necessário que se dê destaque à obra de Karyna Batista Sposato: a autora defende ser impossível a existência de um sistema penal juvenil que prevê responsabilização penal de adolescentes sem que haja uma *imputabilidade sui generis* deste adolescente que comete delito. Esta imputabilidade, em síntese, é a condição lógica da culpabilidade deste agente menor de 18 anos, devendo, evidentemente, ser diferenciada da imputabilidade dos adultos, já que o

adolescente é, nas palavras da própria autora, “titular de uma resposta penal diferenciada do adulto, quantitativa e qualitativamente” (2013, p. 113-114). Sendo assim, é uma crítica mais do que pertinente a respeito do Direito Penal Juvenil e, em que pese extravase o objeto do presente trabalho, é de suma relevância ao estudo deste sistema penal especial.

Importa, aqui, ressaltar a diferença entre as terminologias “irresponsabilidade penal” e “inimputabilidade penal”, que, embora à primeira vista semelhantes, são distintas, como bem destaca Cezar Roberto Bitencourt em sua obra, afirmando que “imputabilidade não se confunde com responsabilidade, que é o princípio segundo o qual a pessoa dotada de capacidade de culpabilidade (imputável) deve responder por suas ações” (2011, p. 412-413).

Sobre inimputabilidade, o mesmo autor faz referência a Welzel, afirmando que esta é “a capacidade de culpabilidade” (2011, p. 412), isto é, a possibilidade de que seja atribuída a responsabilidade pelo fato criminoso. O termo “irresponsabilidade” constava no Código Penal até a Reforma de 1984, sendo corrigido com a adoção de “inimputabilidade”.

Posto isso, é imprescindível que não se entenda a inimputabilidade penal como algo que retira do adolescente a capacidade de ser responsabilizado na esfera penal juvenil pela prática de conduta delitiva. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê essa responsabilização do adolescente em conflito com a lei considerando os direitos e garantias fundamentais do jovem com menos de 18 anos, em especial o princípio da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Isto significa afirmar que o poder punitivo do Estado está limitado por um, nas palavras de Oscar Vilhena, “dever em relação aos próprios infratores (...) limitado pelo direito da criança e do adolescente ao pleno desenvolvimento de sua personalidade” (apud SARAIVA 2010, p. 49).

Embora tema de controvérsia doutrinária (e, por que não, política), no presente momento acentuada em função da votação atual da Proposta de Emenda à Constituição nº. 171/1993 pelo Congresso Nacional, que visa reduzir a inimputabilidade penal prevista na Constituição Federal, filio-me ao entendimento de que o artigo 228 da Constituição Federal é cláusula pétrea e, portanto, não pode ser modificado pelo poder constituinte derivado, como será demonstrado a seguir.

Conforme já tratado anteriormente, os direitos da criança e do adolescente, embora não inseridos no Título II do texto da Carta Maior, são direitos e garantias fundamentais e, de acordo com o artigo 60, §4º e IV, possuem a condição de cláusula pétrea por dizerem respeito à dignidade, fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Martha de Toledo Machado, sobre o tema, ensina o que segue:

Em suma, os direitos fundamentais que possam ser inseridos na "categoria" direitos ou garantias individuais mencionada no referido artigo 60 da Constituição Federal não são passíveis de restrição, seja pela lei ordinária, seja por reforma do próprio texto constitucional.

Pois bem. Postulo que a inimizabilidade penal é direito-garantia individual das pessoas que contam menos de 18 anos, pelos contornos que ela recebeu do Constituinte de 1988. É direito-garantia exclusivo de crianças e adolescentes, que compõe um dos pilares da conformação do sistema de proteção especial a crianças e adolescentes instituído pela Constituição brasileira de 1988, ditando, pois, os contornos desse sistema constitucional. Para que se logre a demonstração desse postulado, penso que se faz necessário demonstrar que a inimizabilidade penal insere-se na conceituação constitucional de "direito individual" referida no artigo 60 e na noção de "direito fundamental" do ser humano, no sentido daqueles direitos essenciais da pessoa humana, imprescindíveis à dignidade humana. (2003, p. 331-332).

Destarte, descabe falar em constitucionalidade da Proposta de Emenda à Constituição nº. 171/1993, pois sendo o direito à inimizabilidade parte da gama dos direitos e garantias fundamentais conferidos à dignidade humana da pessoa em peculiar condição de desenvolvimento – o jovem com menos de 18 anos –, este toma forma de cláusula pétrea e, por conseguinte, não pode ser modificada pelo poder constituinte derivado.

Ainda, a modificação desta garantia de não responsabilização pelo Direito Penal, como bem destaca Saraiva (2010), vai de encontro ao previsto pela Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, que prevê a impossibilidade aos Estados-Parte de tornarem mais gravosas suas leis internas a partir da assinatura. Além disso, a Emenda Constitucional nº. 45 de 2004 dá aos tratados e convenções internacionais o *status* de emenda constitucional.

A pretensão de redução da maioria penal surge de tempos em tempos no Brasil, sempre reforçada pela mídia e com engajamento especial do setor conservador da política nacional, almeja dar nova vida ao menorismo e à Doutrina da Situação Irregular a fim de permitir a execução de limpeza social por meio de

maior criminalização de crianças e adolescentes à margem, retirando-os do meio e utilizando encarceramento como solução. Este desejo encontra base em uma construção falaciosa de que a inimputabilidade significa irresponsabilidade penal e abre alas à impunidade, o que está em total desacordo com o previsto pelo sistema penal juvenil previsto pela Lei infraconstitucional, que sanciona medidas socioeducativas, inclusive com a possibilidade de internação (privação de liberdade).

Desta maneira, o que se verifica é, ao contrário dos defensores da redução da maioridade penal, que a inimputabilidade dos menores de 18 anos não significa a exclusão da responsabilidade por ilícitos penais, porém torna latente a necessidade reconhecimento da culpabilidade dos menores por meio de uma Teoria da Responsabilidade Penal do Adolescente.

Superada a tese reducionista da maioridade penal, é imprescindível que esta Responsabilidade Penal Juvenil seja obrigatoriamente mais benigna que a Responsabilidade Penal geral aplicada aos adultos e que esteja fundamentada na Constituição Federal, assim como o Direito Penal Sobre esta necessidade de que a Constituição seja a base do Direito Penal.

A Constituição, nas palavras de Sposato “autoriza aos menores de idade a aplicação das regras da legislação especial, no caso específico, o Estatuto da Criança e do Adolescente” (2013, p. 34), que estabelece, em seu artigo 2º, faixas de idade, a fim de definir criança e adolescente: “Considera-se criança para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”. Ademais, em seu parágrafo único, prevê a aplicação excepcional do Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade nos casos expressos em lei – quando o adolescente cometera conduta infracional antes da maioridade penal.

Adiante, em título específico à prática de ato infracional, no artigo 104, o Estatuto da Criança e do Adolescente reinterpreta a norma constitucional e o disposto no Código Penal acerca da inimputabilidade penal aos menores de 18 anos, afirmando que a estes serão aplicadas as medidas previstas no Estatuto. No parágrafo único do artigo 104, retira-se que “para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato”. Por fim, há que se dar destaque à previsão do artigo 105, que prevê a aplicação de medidas específicas de proteção ao menor de 12 anos que cometer ato infracional.

O que se depreende destas disposições é a fixação da responsabilidade penal juvenil entre os 12 e os 18 anos, já que somente a estes caberão as sanções coercitivas previstas pelo Estatuto.

A legislação considera como ato infracional, em seu artigo 103, a conduta descrita como crime ou contravenção penal. Esta definição é “a garantia da legalidade em matéria de imputação de responsabilidade dos adolescentes. (...) somente as condutas equiparáveis a crimes ou contravenções poderão ser objeto de sanção jurídico-penal” (SPOSATO, 2013, p. 40), o que diferencia o Estatuto da legislação revogada (Código de Menores), que permitia a aplicação de medidas fundamentadas apenas na situação de risco ou vulnerabilidade do menor de idade, conforme dito no capítulo anterior.

Esta definição de ato infracional – uma ação que infringe – como fato típico descrito no Código Penal ou na Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei nº. 3.688, de 1941), por arrastamento, dá ao adolescente todas as garantias dos adultos – além de garantias específicas, as quais serão tratadas em momento posterior – e, portanto, é necessário que se faça ao menos uma introdução do que se considera um crime ou contravenção penal no Brasil.

Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 252) remete à Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro (Decreto-lei nº. 3.914 de 1941) que, em seu artigo primeiro, versa ser crime a “infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa” e contravenção penal a “infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”.

Esse sistema baseia-se na lógica de que, como o crime, o ato infracional representa “essencialmente, a violação mais severa das regras de convívio social” (MACHADO, 2003, p. 147) e, portanto, merece sancionamento. Entretanto, para os jovens, considerando a condição especial de pessoa em desenvolvimento, este sancionamento é dotado também

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. (SARAIVA, 2010, p. 88).

Com tais características (educar e retribuir), este sistema penal juvenil de natureza sancionatória é o novo paradigma que tanto se difere do antigo Direito do Menor, prevendo a sanção apenas ao menor que cometer “atos típicos, antijurídicos e culpáveis e não os atos ‘anti-sociais’ definidos casuisticamente pelo Juiz de Menores”, conforme afirma Mendez (destaque conferido por João Batista Costa Saraiva, 2010, p. 93).

Dessa maneira, para evitar o retorno à discricionariedade do modelo superado com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Direito Penal Juvenil encontra-se firmado no garantismo penal que dá base também ao Direito Penal geral – e não podia ser diferente, considerando-se que este Direito Penal especial remete ao geral para, por exemplo, definir ato infracional como crime ou contravenção – e na obrigatoriedade de que o “grau de repressão estatal da conduta individual do adolescente seja mais brando do que aquele empregado para a conduta do adulto” (MACHADO, 2003, p. 234).

Sendo assim, não há como se compreender ato infracional sem que se entenda o que vem a ser um delito. A doutrina majoritária e o sistema jurídico-penal brasileiro adotam a conceituação tripartida de delito, afirmando que este tem como elementos estruturais a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade, sendo que a ausência de qualquer uma das três resulta na impossibilidade de aplicação de medida sancionatória ao agente. Esta divisão,

para fins de avaliação e valoração, facilita e racionaliza a aplicação do direito, garantindo a segurança contra as arbitrariedades e as contradições que frequentemente poderiam ocorrer. Essa divisão tripartida da valoração permite a busca de um resultado final mais adequado e mais justo BITENCOURT (2011, p. 345).

Em poucas palavras, a tipicidade, de acordo com o autor, “é uma decorrência natural do princípio da reserva legal” (2011, p. 306), isto é, a delimitação da conduta penalmente ilícita, adequando a conduta ao modelo descrito na lei penal. Por sua vez, a antijuridicidade é a ofensa a este fato típico previsto, isto é, a prática desta conduta proibida por lei.

A culpabilidade, por fim, é a reprovabilidade da conduta, e, para ser configurada, “requer uma reprovação contra o autor, do qual se espera, por sua vez, a capacidade de conformar seus atos de acordo com o estabelecido pelo Direito” (BITENCOURT, 2011, p. 407). O mesmo autor destaca como elementos da

culpabilidade a inimizabilidade, a possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato e a exigibilidade de obediência ao Direito (2011, p. 408).

A inimizabilidade do menor de idade, portanto, é o que faz com que seus atos não possam ser considerados crimes ou contravenções, pois o artigo 26 do Código Penal, o artigo 228 da Constituição Federal, com base na peculiar condição de desenvolvimento do adolescente, lhe retira a culpabilidade na seara do Direito Penal, impedindo a aplicação das sanções penais previstas pelo Código para o adulto que pratica o mesmo ato típico e antijurídico.

Em decorrência disto, “o Estatuto da Criança e do Adolescente construiu um novo modelo de responsabilização do adolescente em conflito com a Lei, superado o paradigma da incapacidade” (SARAIVA, 2010, p. 93). Este novo modelo de responsabilização, segundo o autor, lecionando sobre o Direito Penal Juvenil em relação ao Direito Penal, “incorpora seus preceitos garantistas e lhe restringe o foco de atuação à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento que desfruta o adolescente, amplificando aquelas garantias em face da condição diferenciada ostentada pelo sujeito dessa norma” (2010, p. 94).

O Estatuto da Criança e do Adolescente adotou, segundo Karyna Batista Sposato, a “tipificação delegada” (2013, p. 40), isto é, tudo o que é considerado crime ou contravenção penal para o adulto também será para o adolescente, de modo que só poderá haver sanção quando esta estiver prevista para o adulto também, de maneira que está totalmente adstrita ao Princípio da Legalidade.

O Princípio da Legalidade, consagrado pela máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, prevê a necessidade da elaboração de uma lei incriminadora anterior (tipificação) cominada com uma sanção penal correspondente, na doutrina de Bitencourt (2011, p. 41) e, assim sendo, a ação do adolescente deverá ser correspondente à descrita na legislação penal.

Desta obrigatoriedade se depreende a limitação do poder punitivo do Estado, pois somente haverá a aplicação de medida socioeducativa quando estiver autorizada pela legislação e, ainda, quando houver pena criminal para o adulto que cometer o mesmo fato típico e antijurídico. Ademais, pela imposição de ser mais benéfica ante o caráter do adolescente, jamais poderá sua punição ser mais severa do que ao adulto que pratique a mesma ação.

Assim como no Direito Penal, o ato infracional tem como elemento a antijuridicidade, isto é, a conduta do adolescente deve estar vinculada à infração da norma típica. Logo, há que ser analisada a existência de alguma das excludentes de antijuridicidade para haver condenação, isto é, é necessário que se comprove que o adolescente não agiu sob uma causa de justificação como legítima defesa ou estado de necessidade, entre outras.

Por fim, a respeito da culpabilidade, é necessário que se diga que esta difere da culpabilidade dos adultos por lógica, tendo em vista que esta prevê a inimputabilidade de menores de 18 anos, conforme já tratado neste capítulo, enquanto a primeira, por ser referente ao ato infracional, prevê a responsabilidade infracional do adolescente.

Aos menores, a culpabilidade, consoante afirma Sposato, “é o aspecto que estabelece a conexão necessária entre a ação e o sujeito” e possui elementos como a reprovabilidade da conduta e a consciência da ilicitude. Além disso, ensina a mesma autora que “a verificação da culpabilidade é o que confere legitimidade à imposição de uma medida em prejuízo de outra, ou seja, a análise da culpa individual é o que permite a escolha da medida mais adequada ao caso concreto” (2013, p. 42).

Dessa maneira, o adolescente, por possuir capacidade de compreensão da reprovabilidade da conduta (em outras palavras, a potencial consciência da ilicitude) e liberdade de vontade para cometer o ilícito ou não (quando existir a possibilidade de que se exija conduta diversa), deverá responder por seus atos na medida desta culpabilidade.

Se, para adultos, ausentes qualquer um dos três elementos, não há como se aplicar medida sancionatória, para adolescentes não pode ser diferente. Portanto, “em não havendo tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade no que se refere à reprovabilidade da conduta praticada, não há que se falar em imposição de medida socioeducativa” (SPOSATO, 2013, p. 41-42).

A potencial consciência de ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa são a base para que se considere a atitude do adolescente reprovável e, por conseguinte, demande a resposta do Estado.

Essa resposta deve ser adequada e, para tanto, é limitada por diversos princípios norteadores previstos pela Constituição Federal, pela Convenção dos

Direitos da Criança e pela própria lei infraconstitucional, os quais, a princípio, apenas serão arrolados no texto e, caso necessário, serão pormenorizados.

Sobre os princípios da Convenção dos Direitos da Criança, Saraiva faz o seguinte destaque:

o artigo 37 da Convenção estabelece direitos e garantias para os adolescentes privados de liberdade, enquanto o artigo 40 estabelece uma série de princípios fundamentais de caráter processual, que deverão reger antes, durante e depois de um processo contra um adolescente.

Em face da Convenção é possível destacar:

- a) Princípio da Legalidade (...);
- b) Direito à presunção de inocência (...);
- c) Garantias de detenção. Direito de ser informado da acusação, e direito a ser defendido por um advogado (...);
- d) Direito a não depor contra si mesmo (...);
- e) Princípio do contraditório e da igualdade de condições entre as partes (...);
- f) Garantia judicial (*nulla poena sine legale iudicio*). Implica o direito a ser julgado por um Juiz competente, predeterminado pela lei, por uma autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial (...);
- g) Princípio da celeridade processual (...);
- h) Princípio da especialidade de jurisdição (...);
- i) Princípio da intervenção mínima do direito penal (...);
- j) A privação de liberdade como *ultima ratio* (2010, p. 58-59).

A respeito dos princípios constitucionais, Machado destaca, além dos já referidos no capítulo anterior a respeito da Doutrina da Proteção Integral, os seguintes: a) Princípio da Reserva Legal; b) Princípio da Culpabilidade; c) Princípio da Inimputabilidade Penal; d) Princípio da Excepcionalidade na Privação de Liberdade; e) Princípio da Brevidade na Privação de Liberdade; f) Princípio do Contraditório; e g) Princípio da Ampla Defesa (2003), os quais são endossados por João Batista Costa Saraiva (2010, p. 66).

A autora, além de pontuar os princípios, demonstra ser inconcebível retirarem-se dos adolescentes infratores os “direitos-garantias” previstos pelo garantismo penal aplicável aos adultos, pois, do contrário, estar-se-ia na presença do antigo direito menorista, conforme o trecho que segue:

Os direitos-garantias da reserva legal, culpabilidade, do contraditório e da ampla defesa não estão essencialmente ligados a uma peculiaridade de crianças e adolescentes [...].

As garantias individuais gerais do autor de crime não constituem uma exclusividade de crianças e adolescentes e, portanto, não é isso que, no âmago da questão, configura o sistema especial de tutela a que me refiro.

Pese essa circunstância, o ponto merece destaque, a uma, em face das peculiaridades do direito de liberdade de crianças e adolescentes; a duas,

porque, no ordenamento vigente antes da Constituição de 1988, tais direitos individuais não vinham assegurados a crianças e adolescentes; e, na essência, essa opção de não proteção desses direitos era um dos pontos basilares, se não o mais importante, que caracterizava o chamado direito do menor, era o que justificava a própria existência do sistema tutelar típico de tal concepção e o distinguia dos demais ramos do direito; a três, porque a extensão dessas garantias a crianças e adolescentes pela CF de 1988, além de representar ruptura completa com a sistemática anterior, representa condição necessária a um modelo efetivamente garantista da liberdade deles (MACHADO, 2003, p. 199-200).

Para além, somados aos princípios supracitados, existem também as garantias previstas na Constituição Federal, especialmente em seu artigo 5º e também nos artigos 110 e 111 do Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente a garantia do direito ao devido processo legal (também previsto no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal).

2.2. Procedimento para apuração de Ato Infracional e Medidas Aplicáveis

Com base no rol de princípios e garantias mencionados, especialmente a garantia do devido processo legal, ao adolescente que comete ato infracional, assim como ao adulto que comete crime, somente poderá ser aplicada sanção após o procedimento de apuração e processo, conjugando-se os dispositivos constitucionais ao previsto pela lei infraconstitucional.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em sua Seção V, estabelece rito processual próprio e “composto por três fases distintas, sendo a primeira referente à atuação policial, a segunda na esfera de atividade do Ministério Público e a terceira na seara judicial” (MORAES; RAMOS, 2010, p. 805).

Dessa forma, assim como o crime, a apuração do ato infracional iniciar-se-á na esfera policial, seja com a apreensão em flagrante do autor, seja com o registro da ocorrência por qualquer pessoa que tiver conhecimento da prática, cabendo à autoridade de polícia – em repartição especializada, se houver – a identificação do adolescente, de seus pais ou responsáveis, dos dados para posterior localização, da descrição dos fatos e oitiva do adolescente e de testemunhas, se possível, a fim de que se configure a autoria. Para comprovar a materialidade, além do relato dos fatos, não poderá abster-se a autoridade policial da apresentação de laudos técnicos, perícia, instrumentos para a realização e produtos da infração, de acordo com os autores supracitados.

Ainda no que se refere à autoridade policial, se o flagrante por ato infracional foi praticado mediante violência ou grave ameaça à pessoa, será lavrado auto de apreensão do adolescente, podendo não ser liberado para garantir sua segurança ou manutenção da ordem pública. Entretanto, deverá ser encaminhado ao representante do Ministério Público, juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência no prazo máximo de 24 horas. Caso contrário, o auto de apreensão pode ser substituído por boletim de ocorrência circunstanciada, devendo o adolescente ser liberado e ser encaminhada cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência imediatamente ao representante do Ministério Público.

De uma forma ou de outra, o recebimento da cópia dos autos abre a atividade do Ministério Público, que, de acordo com o artigo 180 do Estatuto, poderá promover o arquivamento dos autos, conceder a remissão, ou representar à autoridade judiciária para aplicação de medida socioeducativa.

Antes da promoção pelo Promotor de Justiça, entretanto, deverá haver a oitiva do adolescente, seus pais ou responsável e testemunhas, caso este seja apresentado. Em caso de não apresentação, deverá haver a notificação dos pais ou responsável para a apresentação do adolescente, podendo, ainda, ser requisitado o concurso das Polícias Civil e Militar para que este adolescente seja anunciado, conforme a regra do artigo 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente, como esclarecem Moraes e Ramos (2010).

Feito isso, o representante do Ministério Público, promovendo o arquivamento ou concedendo a remissão, entregará o adolescente aos pais ou representante legal. Na impossibilidade, encaminhará o jovem aos pais ou aplicará outra medida de proteção cabível.

Caso entenda pela representação, deverá “postular à Autoridade Judiciária a liberação ou a internação provisória, dependendo do caso concreto, situação na qual fica o jovem aguardando a decisão judicial em entidade especializada” (MORAES; RAMOS, 2010, p. 811).

Neste momento, cabe tecer breves comentários a respeito das duas possibilidades de promoção pelo órgão ministerial além da representação.

Em síntese, o arquivamento ocorrerá quando, pela análise do auto de apreensão ou do boletim de ocorrência, verificar-se a inexistência do fato, a não configuração de ato infracional, a não comprovação do envolvimento do

adolescente, de acordo com Moraes e Ramos (2010, p. 813), “suprimindo a realização de processos que de antemão se verificam desnecessários” (SARAIVA, 2010, p. 226).

De outra banda, a remissão, que pode ser concedida tanto antes da judicialização, quanto depois, é uma forma de excluir o processo ou extingui-lo, respectivamente. A exclusão do processo pode concedida pelo órgão ministerial “na hipótese de ato infracional de menor gravidade ou quando perceber que os mecanismos de controle social (família, escola, comunidade) foram bastantes”, ou “concertada” (SARAIVA, 2010, p. 226-227) quando cumulada com medida não privativa de liberdade. Na fase judicializada, entretanto, pode ser oferecida pelo juiz a qualquer momento antes da sentença, desde que, novamente, não haja imposição de medida que prive a liberdade do adolescente.

Ressalta-se que as duas formas supracitadas exigem a homologação pelo Juiz da Infância e Juventude, como previsto pelo artigo 181 do Estatuto, sendo que, em caso de remissão, a homologação ocorrerá com o cumprimento da medida.

A fase judicial inicia-se com a oferta da representação pelo Ministério Público. Distribuída e autuada, haverá designação de audiência de apresentação do adolescente pelo juízo, bem como decidido “de imediato sobre a decretação da internação (se nesse sentido postular o Ministério Público) ou pela manutenção da medida, se estiver internado” (SARAIVA, 2010, p. 236), destacando-se o prazo máximo da internação provisória, a saber, 45 dias improrrogáveis.

Pela citação, serão cientificados o adolescente e os pais ou responsáveis, bem como notificados para comparecimento na audiência com advogado, havendo a possibilidade de, não havendo a notificação dos pais ou responsável, designação de curador especial, podendo, ainda, haver a condição coercitiva em caso de não comparecimento do adolescente à audiência, onde ocorrerá o interrogatório do adolescente e a oitiva de seus pais ou responsáveis.

Não havendo remissão, será aberto prazo para apresentação de defesa prévia e rol de testemunhas em três dias, bem como para a realização de diligências e estudo do caso, avaliando psicológica e socialmente o adolescente e, após, em audiência de continuação, serão ouvidas as testemunhas. Realizar-se-ão debates orais, iniciando-se pelo Ministério Público, admitindo-se a substituição dos debates

orais por memoriais escritos no prazo previsto pelo Código de Processo Penal, como leciona Saraiva (2010).

Ao fim da instrução, sobrevirá a sentença que, não deliberando pela absolvição – caso em que não será aplicada qualquer medida ao adolescente –, declarará o adolescente responsável pelo ato infracional, aplicando-lhe a medida cabível, que será individualizada conforme o inciso LXVI do artigo 5º da Constituição Federal, observando o previsto pelo artigo 112, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, isto é, considerando a capacidade do menor de cumprir a medida, a gravidade da infração e as circunstâncias que se verificam no artigo 59 do Código Penal, conforme o mesmo autor.

Da sentença e das decisões interlocutórias cabem os recursos previstos no Código de Processo Civil (artigo 198 do Estatuto da Criança e Adolescente), havendo preferência de julgamento e dispensa de revisor.

A Medida Socioeducativa, em caso de procedência da representação do Ministério Público, será imposta ao jovem infrator coercitivamente pelo Estado, possui caráter de sanção penal. Entretanto, diferentemente da pena, possui forte “finalidade pedagógica, em uma proposta de socioeducação” (SARAIVA, 2010, p. 71), porém sem deixar de ter caráter retributivo. Outros autores estão de acordo com João Batista da Costa Saraiva, como se vê na seguinte lição:

o Princípio da Condição Peculiar de Pessoa em Desenvolvimento impõe que a prevenção especial das medidas se realize por intermédio de projetos educativos e pedagógicos, em atendimento às necessidades pessoais e ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários de cada jovem (SPOSATO, 2013, p. 96)

Esta medida socioeducativa é, por definição de Saraiva, a terça parte de um eixo que visa garantir a integralidade dos direitos das crianças e adolescentes, sendo a parte que trata do adolescente enquanto autor de ato que se equipara a crime ou contravenção penal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente organiza-se fundado sobre três eixos centrais, os chamados Sistemas de Garantias. Este tríptico sistema, que atua de forma harmônica entre si, com acionamento sucessivo ou simultâneo, consiste em:

a) Sistema primário de garantias, que tem como foco a universalidade da população infanto-juvenil brasileira, sem quaisquer distinções; [...]

b) Sistema secundário de garantias, que tem como foco a criança e o adolescente enquanto vitimizado, enquanto vulnerados em seus direitos fundamentais; [...]

c) Sistema terciário de garantias [...], que tem por objeto o adolescente em conflito com a lei (SARAIVA 2010, p. 64).

O sistema terciário, sobre o qual o presente trabalho se debruça, prevê que à criança que cometer ato infracional jamais será aplicada medida socioeducativa. As medidas de proteção (que, conforme se extrai do artigo 112, VI, também podem ser aplicadas ao adolescente) são de competência do Conselho Tutelar e, concorrentemente, do Juiz de Direito da Infância e Juventude, caso não haja Conselho Tutelar no Município, bem como cabe ao Juiz a revisão das decisões do órgão colegiado administrativo, que estará adstrito também aos princípios do próprio Direito Administrativo, dos quais se destacam “acessibilidade dos elementos do expediente, ampla instrução probatória, motivação das decisões, revisibilidade das decisões, lealdade e boa-fé, verdade material e informalismo” (SARAIVA, 2010, p. 68).

Ainda, a ação do Conselho Tutelar:

não exime a Autoridade Policial da realização do necessário Expediente Policial visando a apurar as circunstâncias do fato, até mesmo pelas implicações legais daí decorrentes, como a apreensão de objetos, identificação de possíveis coautores (adolescentes ou maiores de 18 anos), etc. (SARAIVA, 2010, p. 70).

Destarte, a aplicação das medidas previstas no artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente previstas aos menores de 12 anos de idade que comete ato infracional caberá ao órgão colegiado, entretanto, conforme será demonstrado no presente trabalho, as medidas de proteção equiparadas às medidas de segurança aos adolescentes que sofrem por alienação mental deverão ser aplicadas pelo Juiz de Direito da Infância e Juventude, haja vista a obrigatoriedade de procedimento jurisdicional a estes.

Como se retira do artigo 101, as medidas extensivas às crianças jamais acarretarão na privação da liberdade, ao contrário das medidas socioeducativas aplicadas aos adolescentes, que serão aplicadas após o devido processo legal para apurar sua responsabilidade no ato infracional. Tal é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ao editar a Súmula 108, que versa o seguinte: “a aplicação de

medidas sócio-educativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do Juiz”.

Isto significa que as medidas de proteção, “visam à preservação ou a recomposição dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes; nunca a proteção da sociedade em face de conduta adotada pela criança ou pelo adolescente” (MACHADO, 2003, p. 214), o que não ocorre com as medidas socioeducativas, dotadas de caráter retributivo e que funcionam para resguardar também a sociedade, constituindo-se em um “mecanismo de defesa social” (SARAIVA, 2010, p. 71).

Sobre as medidas socioeducativas, João Batista da Costa Saraiva (2010, p. 133) entende pela existência de uma divisão em dois grupos, estando inclusas no primeiro grupo aquelas em que não há previsão de privação da liberdade, a saber: advertência, reparação de dano, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida – além das medidas de proteção previstas pelo artigo 101, exceto a de acolhimento institucional. No segundo grupo, encontram-se as medidas socioeducativas que submetem o adolescente à privação de liberdade, isto é, a semiliberdade, e o internamento, com ou sem atividades externas .

A medida socioeducativa, portanto,

seja ela qual for, tem uma natureza híbrida: pedagógico-sancionatória. É uma sanção finalisticamente dirigida a uma proposta pedagógica, sem a qual não poderá ser aplicada. A sanção somente se fundamenta pedagogicamente e, como o reverso de uma mesma moeda, a medida pedagógica somente é defensável como resposta à uma conduta infracional. Há uma evidente vinculação umbilical entre uma finalidade e a outra. Desta natureza híbrida, portanto, extraímos a conclusão de que a aplicação da medida socioeducativa não pode ser tratada exclusivamente como resposta a uma necessidade pedagógica. (...) De outro lado, não podemos tolerar que quaisquer das medidas socioeducativas sejam aplicadas com uma finalidade exclusivamente sancionatória, sem qualquer finalidade pedagógica. TONIAL (apud SPOSATO, p. 97).

Apesar do que afirma o autor referenciado, Saraiva (2010, P. 73) esclarece que a medida é pouco pedagógica e que é o programa de execução desta que desenvolverá a ação pedagógica.

Desta maneira, a aplicação das medidas socioeducativas, com privação ou não da liberdade do adolescente, caberá ao Juiz de Direito da Infância e Juventude, sendo incumbência também do Poder Judiciário controlar o Processo de Execução.

Sobre a execução das medidas, Moraes e Ramos trazem à tona a economia do Estatuto da Criança e do Adolescente a respeito da fase executória das medidas (2010, p. 865), o que foi superado com a Lei nº. 12.594, de 18 de Janeiro de 2012, que instituiu o SINASE – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, implantado desde 2006, que é, em síntese:

um conjunto ordenado de princípios, regras e critérios, de caráter jurídico, político, pedagógico, financeiro e administrativo, que envolve desde o processo de apuração de ato infracional até a execução de medida socioeducativa, incluindo os sistemas estaduais, distrital e municipais, bem como todas as políticas, planos e programas específicos de atenção ao adolescente em conflito com a lei (SPOSATO, 2013, p.30-31).

Com o advento do SINASE, então, houve certa uniformização de procedimentos da fase executória e também a complementação do Estatuto da Criança e do Adolescente no que tange a execução das medidas socioeducativas, delimitando ao Poder Judiciário as decisões a respeito das questões pertinentes à execução, unificação, progressão, regressão, substituição, cumulação e extinção das medidas aplicadas⁵.

A competência para o Juízo de Execução “será firmada pelo local da execução da medida socioeducativa, ou seja, naquela Comarca em cuja área de jurisdição deverá o adolescente cumprir a medida socioeducativa que lhe foi imposta” (SARAIVA, 2010, p. 136), sendo formado processo de execução próprio quando houver privação de liberdade.

Por fim, cumpre referir que a aplicabilidade da medida socioeducativa não recai meramente ante o cometimento de ato infracional pelo adolescente, isto é, a prática de ato típico e antijurídico. Há de ser analisada também a culpabilidade, como já dito anteriormente e também a capacidade do adolescente de cumprir a medida imposta – que será melhor tratado no próximo capítulo.

⁵ Muito há para discorrer a respeito da execução das medidas e das previsões do SINASE, o que vai além da proposta do presente trabalho. Desta feita, foram enumeradas as principais questões a respeito da matéria judicializada na fase executória com fundamento na obra de João Batista Costa Saraiva com o intuito de trazer uma síntese, tendo em vista que seria os diversos pormenores e ramificações são extensos o suficiente para uma obra acadêmica voltada especificamente para a fase executória das medidas socioeducativas.

3. DUPLA INIMPUTABILIDADE: A ALIENAÇÃO MENTAL COMO EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE INFRACIONAL

3.1. Breves considerações sobre alienação mental

Para chegar às conclusões deste trabalho, é necessário aperfeiçoar os conceitos de culpabilidade do ato infracional, a inimputabilidade em função da sanidade mental e a inaplicabilidade da medida socioeducativa em função da alienação mental que sofre o adolescente - quando a conduta praticada pelo adolescente é consequência de falta de capacidade de discernimento.

Sendo assim, é necessário que, pelo menos brevemente, o trabalho se debruce sobre a alienação mental e em como esta é capaz de interferir na conduta, fazendo uma breve análise histórica da psicologia e sua relação com o crime e também a aplicação do Direito Penal aos doentes mentais.

Desta maneira,

a relação estabelecida entre doença mental e violência ocupou um lugar estratégico na formação da medicina mental no século XIX, e deu margem a uma série de discussões entre alienistas e magistrados. A prática e o saber psiquiátricos constroem-se, dessa forma, em estreita relação com o campo da justiça criminal, questionando os pressupostos da doutrina clássica do direito penal tais como responsabilidade e livre-arbítrio (Castel, 1978; Harris, 1993; Foucault, 1991, 1990). Ao aderir às orientações teóricas da degenerescência formuladas por Morel e às propostas da antropologia criminal fundada por Lombroso, a psiquiatria amplia as fronteiras da "anormalidade" e atua como instância de controle social (Engel, 1999). No Brasil, apesar da especificidade na recepção de teorias desenvolvidas na Europa e do desenvolvimento tardio do alienismo, a atuação psiquiátrica esteve de acordo com o projeto de construção da nação e de manutenção da ordem social (Machado et alii, 1978; Cunha, 1986; Schwarcz, 1995; Engel, 1999). A relação entre loucura e criminalidade, bem como a constituição de instituições de controle e regeneração, ocuparam o cenário de discussões teóricas e implementações políticas (Fry, 1985, 1982; Carrara, 1998; Corrêa, 1998). Neste processo, a relação com o campo do direito criminal ocupou um lugar de destaque, e gerou grandes debates entre alienistas e magistrados que culminaram com a constituição de um modelo de intervenção penal específico para os doentes mentais delinquentes (PERES E NERY FILHO, 2002).

Antes de iniciar a abordagem sobre alienação mental, é necessário que se faça uma introdução a respeito da psicologia e neurociência, que, historicamente, de acordo com Lambert e Kinsley (2006, p. 60-84), iniciou-se em 400 a.C., com Hipócrates (460-370 a.C), na Grécia Antiga, o primeiro a creditar ao cérebro, e não ao coração, a influência do comportamento humano, seguido de Galeno (129-200

d.C), qualificado pelos mesmos autores como “o primeiro neurocientista clínico” (2006, p. 62).

Holmes afirma que, ainda antes do início da história escrita, o comportamento anormal era visto como possessão demoníaca e, para o tratamento, eram utilizados “encantamentos, preces e poções” (2007, p. 26) e castigos físicos, o que também ocorreu durante a Idade Média e o período de caça as bruxas, que, em alguns lugares como a América do Norte, perdurou até o final do século XVIII. Entretanto, entre os dois períodos, conforme já relatado, Hipócrates, na Grécia Antiga, via “o comportamento anormal como mau funcionamento ou doença fisiológica” (HOLMES, 2007, p. 26), existindo ainda um tratamento para estas pessoas consideradas doentes.

Na Idade Média, o momento que seguiu foi de encarceramento das pessoas perturbadas sob a alegação de cuidados – o que não ocorria, de acordo com Holmes (2007) –, todavia serviu como marco inicial para os tratamentos em ambientes terapêuticos. Entretanto, Michel Foucault traz em sua obra *A História da Loucura na Idade Clássica* que, além da ausência de tratamento neste encarceramento em asilos não exclusivos para pessoas que sofriam de alienação mental, toda espécie de “vagabundos e miseráveis” – os internos eram obrigados a trabalhos forçados a fim de corrigir supostas falhas morais, funcionando como um mecanismo social. O mesmo autor, ainda, destaca o seguinte a respeito do Hospital Geral de Paris, fundado em 1656:

de saída, um fato é evidente: o Hospital Geral não é um estabelecimento médico. É antes uma estrutura semijurídica, uma espécie de entidade administrativa que, ao lado dos poderes já constituídos, e além dos tribunais, decide, julga e executa. (...) Soberania quase absoluta, jurisdição sem apelações, direito de execução contra o qual nada pode prevalecer o Hospital Geral é um estranho poder que o rei estabelece entre a polícia e a justiça, nos limites da lei: é a terceira ordem da repressão. Os alienados que Pinel encontrou em Bicêtre e na Salpêtrière pertenciam a esse universo (FOUCAULT, 1978, p. 57).

Phillipe Pinel, no fim do século XVIII, ao exercer suas funções no Sanatório Bicêtre e, posteriormente, no Salpêtrière, de acordo com Lambert e Kinsley, suscitou o fim do acorrentamento dos pacientes, promovendo atendimento humanitário, melhorando as condições dos hospitais. Essa promoção de um ambiente terapêutico

encontra base no reconhecimento jurídico do alienado mental como incapaz, como leciona Foucault.

No Brasil, o reconhecimento, pelo Direito Penal, da loucura como inimputabilidade iniciou-se em 1830 com o Código Criminal do Império, que previa a impossibilidade de que fossem julgados criminosos os “loucos de todo o gênero” em seu artigo 10, § 2º, desde que não estivessem lúcidos à época do delito. No caso da inimputabilidade, seriam encaminhados a suas casas ou a casas especializadas – destaca-se que o primeiro asilo foi inaugurado no Brasil apenas em 1852, segundo Peres e Nery Filho.

Com a promulgação do Código Criminal da República, em 1890, persistiu o entendimento de inimputabilidade das pessoas que sofressem com alienação mental, no artigo 27, §§ 3º e 4º, sendo que o artigo 29 da mesma lei previa a obrigatoriedade de internação apenas quando houvesse necessidade de segurança ao público. Nesta época, inicia a noção de impossibilitar que ao alienado mental recaia sanção penal.

O Código Penal de 1940 trouxe uma resposta penal ao agente que comete ação típica e antijurídica e, nos moldes do artigo 26, é inimputável quando, “ao tempo da ação ou omissão, (...) era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”, ou quando tiver como causa a dependência de drogas, nos moldes do previsto pelo artigo 45 da Lei nº 11.343/06.

Destaca-se, ainda, que antes da reforma do Código Penal em 1984, a medida de segurança podia ser cumulada com pena e imposta também aos imputáveis ou semi-imputáveis. Pela mudança legislativa, não há mais tal possibilidade, devendo ser imposta apenas medida de segurança ou pena aos semi-imputáveis e somente medida de segurança aos inimputáveis. Há, ainda, a possibilidade de submissão do inimputável a tratamento ambulatorial em casos onde o crime seja punível com detenção (artigo 97 do Código Penal).

Wagner F. Gattaz define doença mental como “um quadro de alterações psíquicas qualitativas, como a esquizofrenia, as doenças afetivas (...) e outras psicoses” (NUCCI, 2011, p. 308). Desta feita, Guilherme Nucci leciona que “o conceito deve ser analisado em sentido lato, abrangendo as doenças de origem patológica e de origem toxicológica” (2011, p. 309), fazendo ainda a diferenciação de

alienação mental para as personalidades antissociais, que não excluíram a culpabilidade porque não afetam a inteligência e a vontade.

Em função disto, se o acusado sofre de alienação mental, isto é, “não possui aptidão para entender a diferença entre o certo e o errado” (NUCCI, 2011, p. 307), não há como exigir tal compreensão e, ante a impossibilidade de que se faça tal exigência, não há como censurá-lo por meio de um juízo de culpabilidade, de maneira que, ainda conforme a lição do mesmo autor:

o inimputável (doente mental ou imaturo, que é o menor) não comete crime, mas pode ser sancionado penalmente, aplicando-se-lhe medida de segurança, que se baseia no juízo de periculosidade, diverso, portanto, da culpabilidade. O autor de um fato típico e antijurídico, sem compreensão do que fazia, não merece ser considerado criminoso – adjetivação reservada a quem, compreendendo o ilícito, opta por tal caminho, sofrendo censura –, embora possa ser submetido a medida especial cuja finalidade é terapêutica, fundamentalmente (NUCCI, 2011, p. 307).

Desta feita, o sistema jurídico penal brasileiro adotou um “modelo empirista/ope judicis: o de verificação da imputabilidade no caso a caso por intermédio da sentença judicial, com base numa perícia médico-psiquiátrica” (MACHADO, 2003, p. 264-265) e, a fim de comprovar que o acusado, à época do fato, era inimputável, o Código de Processo Penal prevê a possibilidade de instauração de incidente de insanidade, inclusive na fase de inquérito, de acordo com o artigo 149 e seguintes. No laudo, haverá a avaliação do caráter biológico, podendo ser comprovado apenas por expert, cabendo ao juiz avaliar o caráter psicológico – a capacidade do autor do fato de agir conforme o entendimento do caráter ilícito do fato, não sendo obrigado a acatar o relatório médico, como previsto pelo artigo 182 do Código de Processo, como explica Nucci.

Ao fim do processo, havendo provas de que o autor do fato era inimputável, é impossível que haja a condenação, devendo este ser absolvido impropriamente, aplicando-se ao adulto medida de segurança de finalidade terapêutica como previsto pelo Código Penal em seu artigo 97.

3.2. A dupla inimputabilidade ante a alienação mental e a medida aplicável ao adolescente alienado mental que comete ato infracional

Conforme já tratado no presente trabalho e bem assinala João Paulo Bernstein, “todos os institutos penais que favorecem o réu, seja excluindo a

tipicidade, a antijuridicidade ou a culpabilidade, também devem ser aplicados ao adolescente em conflito com a lei” (2009, p. 29).

Dessa maneira, em casos em que o adolescente sofre por alienação mental, assim como o adulto, deverá ser considerado inimputável e isento de medida socioeducativa (com natureza de sanção penal), sendo aplicada apenas medida de proteção, que pode ser de tratamento ambulatorial, psicológico e psiquiátrico, conforme o caso.

Logo, se faz imprescindível laudo psiquiátrico que trate do discernimento e autodeterminação do adolescente no dia em que praticou o delito, devendo ser encaminhado para unidade de saúde, com internação ou tratamento ambulatorial a ser avaliado pela equipe que tratar do caso.

Retomando-se o assunto da culpabilidade, onde, “concentram-se somente aquelas circunstâncias que condicionam a reprovabilidade da conduta contrária ao Direito” (BITENCOURT, 2011), não há como se identificar na conduta do adolescente que sofre por alienação mental (assim como também não é possível ao adulto) que neste estado comete um ato infracional uma capacidade de reprovação de sua vontade que lhe permita agir de acordo com o conhecimento do injusto, adotando uma conduta que não seja contrária à norma jurídica.

O adolescente, conforme já esmiuçado no capítulo anterior, é inimputável perante o Direito Penal, porém é passível de responsabilidade infracional pelo sistema penal juvenil, podendo sofrer sanções de natureza penal conforme sua conduta. Entretanto, considerando-se que ao adolescente se estendem todos os direitos conferidos aos adultos mais os direitos provenientes de sua situação de pessoa em desenvolvimento, não basta para que seja possível a aplicação da medida socioeducativa a prática de um fato típico e antijurídico, devendo também ocorrer a análise da culpabilidade do jovem.

Isso posto, os mesmos critérios adotados para verificar a culpabilidade do adulto também deverão ser analisados quando houver a prática de ato infracional, inclusive as excludentes previstas no Código Penal. Guilherme de Souza Nucci faz uma divisão didática destas excludentes em dois grupos. O primeiro relacionado ao agente e o segundo ao fato, havendo divisão desta em dois subgrupos, legais e supralegais.

As excludentes de culpabilidade podem ser divididas, para seu estudo, em dois grupos, as que dizem respeito ao agente e as que concernem ao fato. Em seguida, podemos subdividi-las em legais e supralegais.

I - Quanto ao agente do fato:

- a) existência de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26, caput, CP);
- b) existência de embriaguez decorrente de vício (art. 26, caput, CP);
- c) menoridade (art. 27, CP);

II - Quanto ao fato:

II.1. Legais:

- a) coação moral irresistível (art. 22, CP);
- b) obediência hierárquica (art. 22, CP);
- c) embriaguez decorrente de caso fortuito ou força maior (art. 28. § 1.º, CP);
- d) erro de proibição escusável (art. 21, CP);
- e) discriminantes putativas:

II.2. - Supralegais:

- a) inexigibilidade de conduta diversa;
- b) estado de necessidade exculpante;
- c) excesso exculpante;
- d) excesso accidental (2011, p. 306).

Tendo em vista o foco deste trabalho – a exclusão da responsabilidade infracional por alienação mental –, não serão analisadas as excludentes de culpabilidade referentes ao fato, debruçando-se o texto apenas na análise específica do item “I”, subitem “a” descrito pelo autor citado, considerando-se ainda que a menoridade, que também concerne à presente monografia, já foi trabalhado em seus pormenores no capítulo 2.

Não havendo mais nada de relevante a ser aprofundado a respeito da culpabilidade, é possível que, por fim, se adentre na tese que deu origem ao presente trabalho, que visa a impossibilidade de responsabilização do adolescente que sofre de alienação mental e, por consequência, a obrigatoriedade de não aplicação de medida socioeducativa, mesmo que cumulada como medida de proteção, a este adolescente.

A inimputabilidade penal do adolescente que pratica ato infracional, isto é, a impossibilidade de que recaia sobre si imputação penal ante sua imaturidade natural por ter idade inferior a dezoito anos à data do fato, é requisito para que a este seja possível a aplicação de medida socioeducativa quando da prática de fato típico e antijurídico. Entretanto, para que haja responsabilização na seara penal juvenil, é imperioso que o fato possa lhe ser atribuído, o que exige capacidade de culpabilidade, o que não ocorre em casos em que este adolescente é alienado mental. Nas palavras de Bernstein, “a culpabilidade tem uma função limitadora do poder de punir do Estado” (2009, p. 30).

Para análise da higidez mental do adolescente, assim como o adulto, existe a previsão de três critérios enumerados da seguinte forma: “a) biológico; b) psicológico; e c) biopsicológico” (BITENCOURT, 2011, p. 413). Leciona o autor:

O sistema biológico condiciona a responsabilidade à saúde mental, à normalidade da mente. Se o agente é portador de uma enfermidade ou grave deficiência mental, deve ser declarado irresponsável, sem necessidade de ulterior indagação psicológica. O método psicológico não indaga se há uma perturbação mental mórbida: declara a irresponsabilidade se, ao tempo do crime, estava abolida no agente, seja qual for a causa, a faculdade de apreciar a criminalidade do fato (momento intelectual) e de determinar-se de acordo com essa apreciação (momento volitivo). Finalmente, o método biopsicológico é a reunião dos dois primeiros: a responsabilidade só é excluída, se o agente, em razão de enfermidade ou retardamento mental, era, no momento da ação, incapaz de entendimento ético-jurídico e autodeterminação (BITENCOURT, 2011, p. 413).

Tanto este autor quanto Guilherme de Souza Nucci afirmam que o critério adotado pelo Código Penal, em se tratando de sanidade mental⁶ – biopsicológico –, impede que o juiz fique absolutamente dependente do laudo pericial (biológico) e também que aprecie a imputabilidade arbitrariamente (psicológico), porque exige manifestação do perito “sobre as bases antropológicas e o juiz sobre a imputação subjetiva” (NUCCI, 2011, p. 309).

Assim sendo, ao agente, mesmo que comprovada a materialidade e a autoria da conduta típica, “inexistindo causas de exclusão da antijuridicidade, é impositiva a absolvição imprópria, com a aplicação da medida de segurança, conforme art. 97 do CP” (BERNSTEIN, 2009, p. 31), a fim de que haja o tratamento adequado.

Como já tratado, a medida socioeducativa possui, além do fim pedagógico, caráter retributivo, ou seja, retira ou diminuiu um bem jurídico do autor do fato com o fim de retribuir a este um mal por causa de sua conduta ilícita a fim de que este se abstenha de praticá-la no futuro.

Tendo em vista que esta natureza penal da medida socioeducativa, que reúne caráter preventivo especial, conteúdo pedagógico, porém em momento algum deixa de ter caráter punitivo retributivo tal como a pena, e sabendo-se também que, por estar relacionada com a pena, todas as causas de exclusão de tipicidade e

⁶ Novamente, destaca-se o trabalhado no segundo capítulo, onde se demonstrou a adoção do critério biológico como exceção pelo Código Penal para avaliação da inimputabilidade penal da criança ou adolescente, onde basta a comprovação da idade (e, portanto, da imaturidade mental) à data do fato para que ao menor de 18 anos não seja imputado fato na esfera penal.

antijuridicidade são aplicáveis, é inadmissível a imposição de medida com conteúdo aflitivo (retributivo), inclusive as menos graves como a advertência, pois também são penosas ao adolescente, como bem leciona Bernstein (2009, p. 32).

Logo, se o adolescente cometeu o ato infracional e, quando ocorreu a conduta, era alienado mental, seja esta alienação decorrente de doença patológica ou de origem toxicológica (vide artigo 45 da Lei de Drogas), ele será duplamente inimputável: primeiramente, perante o direito penal em função de sua idade e, em um segundo momento, diante do sistema penal especial dos adolescentes ante a ausência de culpabilidade, isto é, a impossibilidade de ser responsabilizado. Portanto,

haverá uma dupla inimputabilidade, sendo uma decorrente da imaturidade natural, condição para a responsabilização pelo sistema penal juvenil, e outra em razão da alienação mental, que provoca um rebaixamento na personalidade do adolescente, equiparando-o à criança, no que diz com a maturidade parcial (BERNSTEIN, 2009, p. 32).

Isto significa dizer que este adolescente, se adulto fosse à data do fato, seria inimputável de acordo com o previsto pelo artigo 26 do Código Penal, então também deve ser perante o sistema penal juvenil, pois não possui a capacidade necessária para cumprir medida socioeducativa como preleciona o artigo 112, § 1º do Estatuto, conforme a obra de João Batista da Costa Saraiva (2010, p. 197).

Logo,

é inegável, portanto, que na eleição e aplicação das medidas, as exigências da prevenção especial joguem um papel importante, mas ainda que em menor medida também aquelas de reafirmação do ordenamento jurídico e de prevenção geral se fazem presentes. Ademais, não se aplicam medidas sancionadoras educativas se concorre alguma das eximentes do Código Penal (ou seja, alguma causa de justificação, de inimputabilidade, de exclusão da culpabilidade, ou alguma escusa absolutória). (CEREZO MIR apud SPOSATO, p. 96).

Este entendimento já encontra guarida no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com a presença de jurisprudências favoráveis à aplicabilidade unicamente de medida de proteção. Veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. ATO INFRACIONAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRELIMINARES. AUSÊNCIA DO AGENTE MINISTERIAL EM AUDIÊNCIA. PERDA DE INTERESSE NA PRETENSÃO

SOCIOEDUCATIVA. APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL. AUSÊNCIA DE LAUDO INTERDISCIPLINAR. REJEIÇÃO. MÉRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA CONFIRMADAS. FATO PRATICADO POR ADOLESCENTE COM PROBLEMAS MENTAIS. AUSÊNCIA DE CULPABILIDADE. HIPÓTESE DE ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA. IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. MANUTENÇÃO DA MEDIDA PROTETIVA DE TRATAMENTO PSICOLÓGICO APLICADA PELA SENTENÇA. PRELIMINARES Ausência do Ministério Público em audiência A ausência do Ministério Público na audiência não é causa de nulidade, embora - conforme a Constituição Federal - seja o Ministério Público essencial à atividade jurisdicional. Caso em que a prova considerada para a sentença condenatória foi produzida na audiência em que observadas as disposições do art. 212, CPP. Inexistência de nulidade. Perda de interesse na pretensão socioeducativa. Hipótese em que não há falar em perda do interesse na pretensão socioeducativa, porquanto, apesar do tempo decorrido entre o fato e a possível aplicação de medida socioeducativa, inexistindo decurso do prazo prescricional, é de rigor processamento do feito em busca da ressocialização do adolescente. Aplicação de princípios do Direito Penal. Esta corte tem entendido pela possibilidade de aplicação de teses e princípios do Direito penal nas representações para apuração dos atos infracionais, como por exemplo, a prescrição, o princípio da insignificância, crime impossível, etc. Porém, no presente caso, a defesa postulou apenas a aplicação de princípios do direito penal em geral, sem indicar, especificamente, qual seria aplicável, especificamente, na situação sob judice. Assim, de rigor a rejeição da preliminar. Ausência de laudo O laudo interprofissional é facultativo, podendo o juiz, se entender que nos autos residem as provas suficientes para formar sua convicção. Reiterados precedentes da câmara. No caso é desnecessário e não se verifica prejuízo. Inexistência de nulidade. MÉRITO Materialidade Auto de apreensão em flagrante, boletim de ocorrência policial e prova oral colhida em juízo que provam a respeito da materialidade do fato praticado. Autoria A autoria restou comprovada pela prova oral colhida em juízo. Culpabilidade Caso em que, apesar da comprovação da materialidade e da autoria do ato infracional imputado ao representado, comprovada através de incidente de insanidade mental instaurado nos autos que o adolescente não possuía capacidade de entender o caráter ilícito da conduta praticada, é de rigor a aplicação do instituto penal da absolvição imprópria para julgar improcedente a representação. Medida protetiva. No entanto, tendo em vista o quadro clínico apresentado pelo adolescente, vai mantida a medida protetiva de inclusão em tratamento psicológico em regime ambulatorial, prevista no art. 101, inciso V, do ECA. REJEITARAM PARCIAL PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70063559934, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 19/03/2015).

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO RECURSO QUE DIFICULTOU OU IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. LAUDO PSIQUIÁTRICO CONCLUSIVO NO SENTIDO DE QUE O REPRESENTADO É PORTADOR DE ESQUISOFRENIA PARANOIDE, INCAPAZ DE ENTENDER O CARÁTER INFRACIONAL DA CONDUTA PRATICADA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. CABÍVEL A IMPOSIÇÃO DE MEDIDA DE PROTEÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 112, § 3º, DO ECA. SENTENÇA REFORMADA. APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70059833038, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em 04/11/2014).

AGRAVO. ART. 557, § 1º, DO CPC. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ECA. ATO INFRACIONAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL POR JOVEM COMPROVADAMENTE PORTADOR DE PROBLEMAS MENTAIS. 1. Tratando-se de matéria a cujo respeito há jurisprudência dominante, o

relator está autorizado a dar provimento a recurso. 2. Comprovada a autoria e a materialidade, deve ser mantida a sentença que aplicou medidas protetivas de acompanhamento psicológico e assistência social à família, porquanto incapaz de compreender o cunho educativo das medidas socioeducativas. RECURSO DESPROVIDO. (Agravo Nº 70053715173, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schiffino Robles Ribeiro, Julgado em 27/03/2013).

Portanto, ao ser aplicada medida socioeducativa ao adolescente alienado mental, vai-se de encontro à lógica, já que ocorre uma retribuição com um mal pela prática de um fato cujo autor sequer possuía discernimento para agir com outra conduta, ou reconhecer sua ilicitude, ou, ainda, incapaz de compreender o cunho da medida educativa.

É o caso, por exemplo, de adolescentes que apresentam distúrbios de comportamento em função de problemas neurológicos, como retrata Suzana Herculano-Houzel, que podem fazer com que não possuam inibição emocional ou que não pensem nas consequências de suas ações ou, em certos casos, mesmo quando sabem que não deveriam praticar tal conduta, o fazem mesmo assim, em função de danos ao cérebro, em especial ao córtex orbito-frontal ou da não formação completa desta parte do cérebro, inerente aos adolescentes.

Quanto uma característica destas exerce influência sobre a conduta do adolescente, o que deve ser aplicado a ele é uma das medidas de proteção com o objetivo terapêutico, nos termos do artigo 101, inciso V, do Estatuto.

Da leitura do artigo 112, § 3º se extrai o direito do adolescente que sofre de doença ou deficiência mental de receber tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições, sem, contudo, haver qualquer definição de “local adequado” no Estatuto da Criança e do Adolescente. Tal silêncio da legislação possibilita que o adolescente alienado mental seja internado tanto em hospitais psiquiátricos forenses destinados aos adultos, tanto no sistema socioeducativo, como critica Saraiva (2010, p. 198-199).

Importantes as palavras do psicólogo GERSON SILVEIRA PEREIRA:

A saber: adolescente infrator portador de doença mental não recebe o atendimento adequado em instituição para adolescentes infratores e, além disso, traz prejuízos no andamento dos trabalhos desta, quando, na verdade, existe uma solução científica e legal para esse problema. Basta, e

todos que trabalham nessa seara sabem e almejam isto, a criação de um espaço destinado exclusivamente ao tratamento desses adolescentes⁷.

Esta lacuna a respeito do “local adequado” foi, de certa forma, superada com o advento do SINASE, que apresenta a seguinte proposta:

o adolescente com transtorno mental, insusceptível de medida socioeducativa, deverá, obrigatoriamente, ser inserido em programa de atendimento de assistência integral à saúde mental, preferencialmente na rede SUS extra-hospitalar, podendo o juiz determinar que o tratamento seja realizado na rede privada se o SUS não dispuser do tratamento adequado estabelecido (SARAIVA 2010, p. 201)

Além do mais, destaca-se a impossibilidade de cumulação de medida socioeducativa com medida de proteção mesmo em casos de semi-inimputabilidade, pois o adolescente acometido por insanidade mental, como já referido, não possui capacidade para o cumprimento desta medida, ressaltando-se ainda que tampouco aos adultos, semi-inimputáveis ou inimputáveis por insanidade mental pode ser sancionada pena cumulada medida de segurança, forte nos artigos 26, que lhe isenta de pena, e 98, que impede tal cumulação, ambos do Código Penal.

Retoma-se o já dito anteriormente a respeito da alteração do sistema duplo binário do Código Penal de 1940 pela reforma de 1984, que instituiu o sistema vicariante para os casos de semi-inimputabilidade e, conforme afirma João Paulo Bernstein, prevê o dever de que seja optado pela pena (medida socioeducativa aos adolescentes) ou medida de segurança (medida de proteção aos adolescentes) (2009, p. 33), impossibilitando a imposição das duas cumulativamente.

Não sendo possível a cumulação em casos de semi-inimputabilidade, tampouco será em casos de total irresponsabilidade do adolescente em função da alienação mental que lhe acomete, devendo a representação ser julgada improcedente e, se necessário, aplicando-se medida de proteção, dentre elas o tratamento médico, psicológico e psiquiátrico, assim como o tratamento para os alcoólatras e para os dependentes químicos.

O STJ, contudo, no enfrentamento do tema, julgou da seguinte maneira:

⁷ A íntegra do texto pode ser conferida em SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional*, 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 203.

CRIMINAL. HC. ECA. ADOLESCENTE PORTADOR DE TRANSTORNO DE PERSONALIDADE ANTI-SOCIAL. INTERNAÇÃO COM DETERMINAÇÃO E TRATAMENTO DENTRO DA UNIDADE DA FEBEM. INADEQUAÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. I. Hipótese em que, diagnosticado no adolescente o transtorno de personalidade anti-social (PAS), foi mantida a medida sócio-educativa de internação com a determinação de tratamento psiquiátrico na mesma unidade em que se encontra segregado. II. O adolescente que apresenta distúrbio psiquiátrico não pode ficar submetido a uma medida sócio-educativa diante de sua inaptidão para cumpri-la (art. 112, § 1º, do ECA). III. Se o processo sócio-educativo imposto ao paciente – com finalidade ressocializadora - não se mostra apto à resolução de questões psiquiátricas, faz-se necessária a implementação de uma das medidas protetivas dispostas na lei, com a submissão do adolescente a um tratamento adequado à sua doença ou deficiência mental. IV. A imposição do regime de internação ao paciente, com a determinação de realização de psicoterapia dentro da Unidade da Febem ofende o Princípio da Legalidade. V. Deve ser determinada a inserção do menor em medida sócio-educativa de liberdade assistida, com a sua submissão imediata a tratamento psiquiátrico devido em local adequado ao transtorno mental apresentado. VI. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. STJ – HC 60604 / SP. STJ, QUINTA TURMA Nº 2006/0123029-2. Rel. Min. Gilson Dp. J. Em 13.02.2007.

Observe-se a contradição do julgado: no primeiro momento, destaca ser impossível ao adolescente que apresenta distúrbio psiquiátrico o cumprimento de medida socioeducativa ante sua inaptidão de cumpri-la, porém, após, impõe medida socioeducativa de liberdade assistida cumulada com medida de proteção, em total desconformidade com o sistema vicariante previsto pelo sistema penal.

O SINASE trouxe a indicação de que

havendo indícios suficientes de que o adolescente é portador de transtorno mental deverá ser submetido a uma perícia. O procedimento proposto guarda similitude com aquele preconizado pelo Código de Processo Penal (...), aliás, desde sempre aplicável subsidiariamente ao estatuto em face das regras de seu art. 152. (...)

Na perícia preconizada pelo SINASE haverá uma avaliação multidisciplinar. Confirmado o prognóstico, constatado que o adolescente padece de transtorno mental, o juiz determinará que receba o tratamento apropriado na forma de medida protetiva preconizada no art. 101, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente. (SARAIVA, 2010, p. 201)

Esta indicação remete à produção de prova em modelo semelhante ao incidente de insanidade do Código de Processo Penal, lembrando-se sempre o que já fora tratado no presente capítulo acerca da perícia, que deverá tratar do aspecto biológico (existência da alienação mental), cabendo ao juiz analisar sob o critério psicológico (capacidade de, compreendendo o caráter ilícito do fato, apresentar

conduta não ilícita) ante a adoção do critério biopsicológico adotado pela legislação penal para aferição da culpabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do presente trabalho e das análises legislativas, bibliográficas e jurisprudenciais, delineou-se o tema do Direito da Criança e do Adolescente, mais especificamente acerca da responsabilidade infracional e da possibilidade de exclusão dessa responsabilidade em analogia aos artigos 26 e 97 e seguintes do Código Penal.

A monografia debruçou-se sobre o início da compreensão da existência dos direitos da criança e do adolescente ao demonstrar o retrospecto histórico que culminou com o fim da Doutrina da Situação Irregular e positivação da Doutrina da Proteção Integral pela Constituição e também no âmbito do direito internacional e da legislação infraconstitucional, possibilitando o reconhecimento de todas as crianças e adolescentes no Brasil como sujeitos de direitos.

Desta feita, por serem sujeitos de direito, recebem o direito de serem responsabilizados conforme seus atos em um sistema penal especializado e que observa todos os princípios da infância e juventude, em especial o princípio da peculiar pessoa em desenvolvimento que dá à pessoa com menos de 18 anos toda a gama de direitos previstos aos adultos e mais uma série de direitos específicos.

Portanto, a Doutrina da Proteção Integral leva em consideração a transformação pela qual passam as crianças e, no caso específico do sistema jurídico penal, na jornada necessária para que se tornem adultos, isto é, o crescimento não apenas biológico, mas também de aprendizado pelo convívio em sociedade e desenvolvimento emocional.

Será por meio deste sistema penal especializado que o adolescente que cometer ato infracional será, forte nas garantias do direito penal, processado e julgado quando houver o cometimento de ato infracional comparado ao crime ou contravenção penal e, como consequência, sujeito a medida pedagógica e retributiva, assim como a pena aos adultos, ou, caso possua menos de 12 anos, medida de proteção pedagógica aplicada pelo Conselho Tutelar, órgão não judicial da administração.

Acerca das previsões deste sistema jurídico-penal destinado aos adolescentes, é necessário que se repise o recebimento de todas as garantias

processuais e penais conferidas aos adultos. Desta maneira, sendo o ato infracional um ato típico e antijurídico como o crime, também aplicar-se-ão ao infrator todas as excludentes de antijuridicidade e culpabilidade previstas aos adultos, inclusive a inimputabilidade pela alienação mental.

Desta feita, demonstrou-se que o adolescente que sofre por alienação mental, já inimputável perante o direito penal pelo critério biológico de sua idade, será novamente inimputável – duplamente inimputável, então –, desta vez frente ao sistema penal juvenil, não podendo ser responsabilizado quando não tiver capacidade de reprovação de sua vontade que lhe permita agir de acordo com o conhecimento do injusto devido à alienação mental. Tal aferição, ante o caráter biopsicológico, exige laudo pericial para avaliação biológica e análise pelo juiz a respeito da imputação subjetiva de caráter psicológico.

Comprovada esta incapacidade de responsabilização, não há base para a aplicação de medida de caráter aflagante, pois o jovem tampouco possui capacidade para cumprir esta medida, como exige o Estatuto da Criança e do Adolescente. Sendo assim, a única medida cabível será a de proteção com finalidade terapêutica, isto é, tratamento ambulatorial, psicológico e psiquiátrico, conforme o caso.

Além disso, tratou-se de demonstrar a impossibilidade de cumulação de medida socioeducativa com medida de proteção ante o sistema vicariante aplicável aos adultos desde a reforma do Código Penal em 1984.

Sendo assim, embora não trabalhado no texto, não há outra conclusão que não seja favorável à aplicabilidade do entendimento a respeito da Dupla Inimputabilidade dos adolescentes que cometem ato infracional sob alienação mental – seja ela por razão biopsicológica ou toxicológica.

Ciente da morosidade do processo legislativo e considerando, ainda, a pressão midiática e política pela restrição de direitos das crianças e adolescente, verificado pelo maciço apoio à chamada PEC da Redução, julgo seja pouco provável que o legislador nacional, no presente momento, dê apoio à defesa deste direito fundamental ao adolescente alienado mental de receber um tratamento adequado e não ser penalização com medida ineficaz.

Desta forma, acredito, com base em uma (até o momento, breve) prática jurídica, que seja possível esta tese, após a “abertura de portas” que fez o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul citado na obra, encontre melhor

acolhimento pelo Poder Judiciário do que pelos demais poderes – supondo o desinteresse do Poder Executivo em dispor verbas para a alocação deste adolescente em local adequado e de acordo com o previsto pelo artigo 112, §3º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sendo assim, a Dupla Inimputabilidade possivelmente encontrará maior espaço na jurisprudência, quando suscitada de acordo, porém sempre estará dependente a uma compreensão de que se trata de uma garantia fundamental do adolescente e a ser defendida assim como é respeitada nos casos em que o agente seja adulto.

Para tanto, é necessário que o interesse no tema e a discussão sejam suscitados não apenas em casos concretos, mas também em ambiente acadêmico, local onde há maior liberdade para o debate que busca se opor a um paradigma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERNSTEIN, João Paulo. **Exclusão da Responsabilidade Infracional pela Alienação Mental. Juizado da Infância e Juventude**, Porto Alegre, p.21-40, dez. 2009. Quadrimestral. Disponível em: <<http://jij.tj.rs.gov.br/paginas/material-de-apoio/edicao-17.pdf>>. Acesso em: set. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**, 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927. Consolidação das Leis de Assistência e Protecção A Menores.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm>. Acesso em: set. 2015.

BRASIL. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Código de Menores.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697impressao.htm>. Acesso em: set. 2015.

BRASIL. **Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069Compilado.htm> Acesso em: set. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: set. 2015.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: set. 2015.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: set. 2015.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830. Código Criminal do Império do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: set. 2015.

BRASIL. **Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890. Código Penal.** Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: set. 2015.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. SINASE.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: set 2015.

BRASIL. **Decreto nº 6.994, de 19 de Junho de 1908. Approva o regulamento que reorganisa a Colonia Correccional de Dous Rios.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-6994-19-junho-1908-518089-republicacao-104336-pe.html>>. Acesso em: set. 2015.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Fundamentos teóricos e metodológicos da pedagogia social no Brasil. Em: I CONGRESSO INTERNACIONAL DE PEDAGOGIA SOCIAL, 1, 2006.** Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC0000000092006000100007&lng=en&nrm=abn>. Acesso em 15 de agosto de 2015.

FOUCAULT, Michel. **História da Loucura na Idade Clássica.** São Paulo: Editora Perspectiva, 1978.

HERCULANO-HOUZEL, Suzana. **O cérebro em transformação.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

HOLMES, David S. **Psicologia dos transtornos mentais, 2ª edição.** Porto Alegre: Artmed, 2007.

LAMBERT, Kelly; KINSLEY, Craig Howard. **Neurociência clínica: as bases neurobiológicas da saúde mental, 1ª edição.** Porto Alegre: Artmed, 2006.

MACHADO, Martha de Toledo. **A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e Os Direitos Humanos.** Barueri: Manole, 2003.

MENDEZ, Emílio García. **ADOLESCENTES E RESPONSABILIDADE PENAL: UM DEBATE LATINO AMERICANO.** 2000. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/arquivos/bib_206.pdf>. Acesso em: ago. 2015

MORAES, Bianca Mota de; RAMOS, Helane Vieira. **A Prática de Ato Infracional. In: MACIEL, Kátia et al (Org.). CURSO DE DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: Aspectos Teóricos e Práticos.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 795-890.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PERES, Maria Fernanda Tourinho; NERY FILHO, Antônio. **A doença mental no direito penal brasileiro: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança**. *Hist. cienc. saude-Manguinhos*, Rio de Janeiro , v. 9, n. 2, p. 335-355, Agosto de 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-597020020002000006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: set. 2015.

SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional**, 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SPOSATO, Karyna Batista. **Direito Penal de Adolescentes: elementos para uma teoria garantista**. São Paulo: Saraiva, 2013.