

DIREITO PENAL

ARTIGO

EXISTE UM DIREITO INFRACIONAL?

IS THERE AN INFRACTION LAW?

ALDERICO DE CARVALHO JUNIOR

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

alderico@mp.mg.gov.br

RESUMO: O presente artigo busca introduzir a discussão sobre a aplicabilidade da teoria do delito aos crimes praticados por adolescentes, desmistificando a crença de que os adolescentes não são punidos por seus atos. O objetivo principal é demonstrar a proximidade entre o sistema trazido pela Lei nº 8.069, de 1990, e o Direito Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal; teoria do delito; adolescente; ato infracional; capacidade de cumprimento; condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

ABSTRACT: This article aims to introduce a discussion on the applicability of the Crime Theory to the crimes committed by teenagers, thus demystifying the belief that teenagers are not punished for their actions in Brazil. The main objective is to demonstrate similarities of the system brought about by Act 8069 of 1990 and the Brazilian Criminal Law.

KEY WORDS: Criminal Law; theory of crime; teenager; offense; ability to comply; the peculiar condition of the developing person.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Por que teorizar? 3. Primeiro limite: a tipificação legal. 4. Da aplicação da medida socioeducativa. 5. Cuidados a serem observados durante a execução. 6. Do Direito Penal ao Direito Infracional. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Questão instigante é saber qual é o campo de atuação do sistema socioeducativo; trata-se de uma zona ainda nebulosa. Embora existam algumas iniciativas esparsas, quase sempre em disciplinas eletivas ou em pós-graduações, a adolescência continua sendo marginalizada.

Permeado pela crença popular de programa social, que muitas vezes se coaduna com uma postura institucional paternalista, o atendimento ao adolescente autor de ato infracional está à busca de identidade. No ano em que o Estatuto da Criança e do Adolescente completou seu vigésimo aniversário, a teorização acerca da matéria ainda é pouco disseminada, o que possibilita a sobrevida de conceitos como “menor infrator”.

O que é ato infracional? A Lei nº 8.069, de 1990, considera como ato infracional “a conduta descrita como crime ou contravenção penal” (artigo 103). Não obstante a delimitação dada pelo conceito legal, esta é por vezes ignorada na prática, culminando em intervenções fundadas apenas na condição de risco social do adolescente. A errônea compreensão do fenômeno permite que praticamente tudo seja tratado na seara infracional, como se a privação ou as demais hipóteses de sancionamento previstas pelo Estatuto representassem solução uniforme para ausência de outras políticas públicas.

Quando o ato infracional sai de cena, a situação de risco social sobressai de tal maneira que passa a ser o único fundamento para a intervenção socioeducativa, tanto no momento de aplicação da medida, quanto em sua execução. Sob o pretexto de que o adolescente é vítima de um contexto e, portanto, carecedor da proteção da sociedade, legitimam-se intervenções que o tornam objeto.

Ao promotor de Justiça cabe exercer a titularidade da ação socioeducativa, atuando quando não for o caso de remissão ou arquivamento. Ao defensor cabe apresentar a defesa técnica, usando todos os instrumentos de direito material e processual pertinentes ao caso. Ao juiz, por fim, cabe a apreciação da demanda, sentenciando o adolescente à medida que se afigurar mais adequada. Entretanto, quando essas funções se encontram deturpadas, o que se constata é uma espécie de reunião para definir o futuro do “menor”, muito distante de uma audiência calcada no devido processo legal.

Quando afastamos os imperativos de defesa social, encobrindo-os sob o manto de que todos os que ali atuam em nome do Estado querem o “bem do menor”, não asseguramos um processo justo à sociedade, tampouco ao adolescente. A intervenção realizada de maneira açodada repercute no atendimento prestado pelos programas socioeducativos, que também acabam por colocar o ato infracional de lado.

Nesse sentido, delimitar o campo de atuação do atendimento socioeducativo, colocá-lo dentro de uma moldura, não significa aprisioná-lo em grilhões burocráticos, mas evitar que seja tudo e ao mesmo tempo nada. A necessidade de reconhecermos os parâmetros para a atuação do sistema, como se vê, não é apenas um filigrana acadêmico, possui intensas repercussões práticas. A concepção que deixa ao talante do operador, arbitrariamente, definir quais as hipóteses em que o adolescente pode ser alvo de intervenção socioeducativa legítima, na maioria das vezes, um retorno ao menorismo.

2. Por que teorizar?

Negligenciar o ato infracional como ponto de partida e limite à intervenção resulta no esvaziamento do fenômeno, que acaba por perder suas balizas. Esquecer o ato infracional e verter os olhos ao sujeito que o pratica até parece um discurso tentador, humanista. Porém, o foco na pessoa humana somente pode dar-se quando bem definida a moldura dentro da qual se desenvolverá a atuação socioeducativa; qualquer coisa fora disso será prática arbitrária disfarçada de discricionariedade.

Em uma sociedade plural, fundada na velocidade da informação, a multiplicidade de modos de ser deveria implicar uma reação natural das pessoas ante ao diferente. Entretanto, paradoxalmente, não é isso o que ocorre, pois prevalecem as tendências que automatizam comportamentos, como se o diferente fosse “errado”.

A intolerância, mais que um fenômeno da história, é um hábito da atualidade, como bem observou o jornalista Wellington Neri:

Ante a diferença, buscamos a negação. Ante a diversidade, buscamos a solidão. Queremos os iguais, queremos espelhos. Queremos um conforto e uma segurança em muros de medo e vemos o mundo por entre frestas de pouca luz, de parca lucidez. A realidade cada vez mais diluída em constantes pesadelos é uma realidade negligenciada pelo indiferentismo que nos domina. A nossa realidade vem sendo carcomida pelo medo. Estamos sós e mal acompanhados num mundo que desaba em certas axiomas. Estamos sós e desamparados num mundo que se apequena em posicionamentos fundamentalistas. Estamos sós num mundo de intolerâncias. (NERI *apud* NOVELINO, 2009, p. 351).

O ato infracional, portanto, é o único meio objetivo de legitimar a intervenção do Estado. Caso contrário, adotaremos uma lógica higienista para padronização de comportamentos, tal como entenda aquele que detenha o poder de decisão. Não se mostra adequada a concepção que transforma adolescentes em “menores infratores”, somente porque gostam de *hip-hop* e utilizam bonés de abas retas.

No âmbito da execução de alguns programas socioeducativos, ainda presenciamos uma postura normalizadora, muito mais por desconhecimento que por desídia:

Temos que perguntar por que ainda têm sido insuficientes essas medidas? Necessário se faz uma mudança de postura, instituir novos valores na cultura, e abandonar a produção em série de programas que repetem na sua prática a mesma ideologia produtora da segregação [...]. Talvez seja prioritário nos lançarmos a fazer uma outra interpretação do texto; pois da forma como

está sendo tratada a questão, com poucas exceções, mantém-se, de toda forma, a ideologia punitiva, por meio de estruturas bem maquiadas, que mantêm de forma silenciada, mas ativa, uma concepção de massacre da subjetividade, desenhando o lugar de criança e adolescente como objetos que devem responder ao chamado da ortopedia para gerar o produto da inserção social, da adequação à ordem instituída. (BARROS, 2003, p. 10).

É necessário teorizar, não confundir as coisas. A aplicação de uma medida socioeducativa tem elevada carga sancionatória. Assim, por mais que as intenções sejam boas, submeter o adolescente a uma penalidade, sem a observância do devido processo legal, ou seja, sem os limites dados pelo ato infracional, é o mesmo que adotar uma conduta fascista de segregar o adolescente pelo seu modo de ser.

Sobre esse anacronismo, Vera Malagutti Batista sustenta que a correlação entre pobreza e criminalidade é ainda frequente, conforme demonstrou por meio de pesquisa realizada com adolescentes que passaram pela 2ª Vara de Menores do Rio de Janeiro. Nesse estudo, foi detectada a presença de um “olhar seletivo”, focado nos jovens pobres como alvos preferenciais da intervenção judicial. Em uma das passagens, a socióloga narra que determinado adolescente “por vestir roupas grandes e perambular pela Zona Sul, acabou sendo preso por três vezes, por suspeita de furto” (BATISTA, 2003, p. 103).

O estudo apresentado deixa clara a reprodução de uma cultura do suspeito. A invisibilidade dessas pessoas para a grande massa, alheia às estatísticas, é superada de maneira cruel pelo aparato repressor do Estado, que acaba por persegui-las pelo seu modo de ser e, não, pelo ato que eventualmente tenham praticado.

As situações verificadas hodiernamente podem ser resumidas em três cenários:

I. Intervenção do Sistema de Justiça Juvenil pautada apenas pela situação de risco social do adolescente, independente da prática de ato infracional. Este, embora frequentemente verificável, é o pior cenário, representando clara adoção do menorismo. García

Méndez anuncia que a intervenção judicial fundada na situação de risco social “somente pode suprir, seletiva e simbolicamente, as deficiências estruturais das políticas sociais básicas” e finaliza dizendo que com isso “exorcizam-se as deficiências das políticas sociais” (MÉNDEZ, 1998, p. 25-27).

II. Intervenção que, embora se inicie a partir da prática do ato infracional, perde-se no caminho, quer seja no procedimento de apuração de ato infracional, quer seja na execução da medida, quer em ambos. Nesse cenário a persecução se inicia com a prática do ato infracional, mas dela se distancia na medida em que os atores da justiça ou técnicos responsáveis pela execução se esquecem do fato praticado para privilegiar tão somente a intervenção fundada na situação psicossocial do adolescente; este é o cenário mais recorrente.

III. No terceiro cenário, ideal, a intervenção tem como início e limite o ato efetivamente praticado pelo adolescente. Na seara judicial a responsabilização se dá pelo ato praticado, sendo aspectos psicossociais verificados apenas para aplicação da medida mais adequada ao caso, após a constatação de uma conduta típica, ilícita e culpável.¹ Já na fase de execução é imperiosa a compreensão dos técnicos de que não estão em um programa social, mas, sim, em um sistema de responsabilização do adolescente por uma conduta que infringiu a lei penal e que foi devidamente sancionada com a aplicação de uma medida socioeducativa. Ainda na execução, os aspectos psicossociais devem ser trabalhados para o restabelecimento produtivo dos vínculos familiares e comunitários, para superação da situação contextual que levou à prática do ato infracional, o que somente é possível quando não se coloca de lado o ato cometido.

Não obstante vivermos em uma sociedade hipercomplexa, a intolerância ao diferente ainda impera, residindo nesta o nascedouro das razões para a delimitação da atuação socioeducativa.

¹ Certo é que a clássica teoria finalista do delito não é aplicável ao adolescente sem adequações; porém, não se pode negar que os substratos da tipicidade e antijuridicidade sejam os mesmos, apenas merecendo teorização própria ao ato infracional a categoria jurídico-penal da culpabilidade, devendo ser revisitados elementos como a imputabilidade e incluídos outros como a capacidade de cumprimento da medida.

Decerto a teorização não será capaz de possibilitar que se dissipe o preconceito, mas ao menos afastará a atuação da esfera infracional quando o delito não se fizer presente.

3. Primeiro limite: a tipificação legal

Infinitas interações ocorrem em uma sociedade plural, não sendo possível afirmar se determinada conduta é certa ou errada, boa ou má, moral ou imoral. A diversidade tudo relativiza, os valores se multiplicam ao sabor das novas relações que estabelecemos. O Direito, em um mundo multifacetado, tem a função de propiciar um mínimo de segurança, mitigando intervenções pautadas pela íntima convicção dos operadores do sistema.

Ao dizer quais condutas poderão ser alvo da atuação estatal, o legislador legitima a intervenção sobre ações concretas. As condutas devem ser descritas pelo legislador da maneira mais objetiva possível, esvaziada de concepções meramente morais.

O hodierno Estado de direito é informado pelo princípio do pluralismo e da tolerância, daqui se deduzindo, ainda mais uma vez, que a pena estatal não pode ser legitimamente aplicada para impor mero respeito por determinadas concepções morais. (RODRIGUES *apud* NUCCI, 2009, p. 75)

Entre as infinitas condutas humanas o legislador faz um recorte e elege algumas como criminosas, descrevendo-as em abstrato, dando origem ao que chamamos de tipo penal.

Desse modo, a intervenção socioeducativa se dá a partir de um dado estritamente objetivo, melhor dizendo, a persecução infracional começa com a prática de um ato definido em lei como crime ou contravenção penal, nada mais. Certo é que, a partir da prática do ato infracional, dar-se-ão outros desmembramentos até se chegar à sentença que condena ou absolve o adolescente; porém, até mesmo esses desdobramentos deverão ser delimitados.

Reafirmar o caráter tutelar da doutrina da situação irregular que, como alhures salientado, já foi abandonado, pelo menos no plano formal, há vinte anos, pode trazer temerários reflexos na prática, como os inconvenientes de se submeterem a procedimentos da justiça juvenil adolescentes que nem sequer praticaram um ato infracional.

Ontologicamente não há diferenças entre o ato infracional e o crime, bem como em relação a estes e qualquer outra conduta humana; para Miller, “nada é mais humano que o crime” (MILLER, 2008). Embora o psicanalista francês se refira ao conteúdo imoral ínsito a todos nós, nos sonhos ou na fascinação pela criminalidade, ousamos ir além, sustentando que o crime é tão humano como qualquer outra conduta dirigida finalisticamente.

O legislador não é livre para criação de tipos penais, estando sempre adstrito à função precípua do Direito, que se resume na necessidade de proteção de bens jurídicos essenciais e, não, de qualquer bem jurídico. Apenas é legítimo tipificar como criminosas aquelas condutas que ofendam bens jurídicos de especial relevo,² considerando o significado comum das expressões e a construção histórica dos valores em determinada comunidade.

No seu aspecto estritamente formal, o ato infracional é o comportamento do adolescente análogo ao que está previsto em leis penais como crime ou contravenção. Assim, para a análise que nos basta neste momento, o ato infracional é o crime ou a contravenção praticada pelo adolescente.

4. Da aplicação da medida socioeducativa

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que em matéria infracional o adolescente responde pelo ato praticado e, não, pelo seu modo de vida. Diferentemente do antigo Código de Menores, no qual crianças e adolescentes abandonados poderiam ser alvos da intervenção judicial indistintamente, o ECA permite a aplicação de

² É forçoso reconhecer que, embora tenham uma tessitura aberta, há um mínimo de significado facilmente apreendido pelo senso comum em expressões como “condutas desviantes”, “desvalor social” e “bens de especial relevo”.

medida socioeducativa apenas diante da prática do ato infracional. Afasta-se, portanto, de um Direito Infracional do Autor para um Direito Infracional do Fato.

Ainda que não haja um critério unitário acerca do que é o direito penal do autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma “forma de ser do autor”, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. [...] Desta maneira não se condena tanto o furto como o “ser ladrão”, não se condena tanto o homicídio como o ser homicida, o estupro como o ser delinquente sexual, etc. (ZAFFARONI *apud* NICODEMOS, 2006, p. 69)

A intervenção pautada apenas no sujeito, e não no ato infracional cometido, possibilita que o Direito exerça sua função de controle, rotulando o adolescente por seu modo de vestir, de agir, enfim, de conduzir sua vida. A ação estigmatizadora, que ainda impera sobre grupos de adolescentes que não correspondem aos padrões esperados, torna a norma infracional direcionada, embora seu conceito abstrato pressuponha uma universalidade de incidência.

Não se trata de meras ilações abstratas; abandonar o ato infracional pode dar ensejo à privação de liberdade de adolescentes que nem cometeram ato infracional, como correntemente acontece com adolescentes que se encontram na prostituição ou que sejam viciados em drogas. Infelizmente internações sustentadas na situação de risco social ainda hoje são comuns. Não estamos aqui defendendo que o adolescente em situação de risco deve ser privado do devido auxílio da sociedade e do Estado; o que não se mostra adequado é que essa intervenção se dê na esfera infracional.

Ihering sustentava:

[...] a espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é o direito impotente, completam-se mutuamente e, na realidade, o Direito só reina quando a força despendida pela Justiça para empunhar a espada corresponde à habilidade que emprega para manejar a balança. (IHERING, 1992, p. 36)

Não se podem tratar os atos infracionais tão somente com a espada, mitigando garantias materiais e processuais; de outro flanco, não se pode, em nome do amparo assistencial, esquecer o ato infracional praticado e sua necessária responsabilização.

Até é desejável que se entenda a dinâmica psicossocial do adolescente para fundamentar a aplicação desta ou daquela medida socioeducativa, bem como pautar a execução dessa medida. Porém, é de todo inapropriado que, em nome dessa compreensão, esqueça-se do ato infracional, único e derradeiro limite à atuação estatal.

5. Cuidados a serem observados durante a execução

Após proferida a sentença que aplica a medida socioeducativa, os programas de execução, por meio do Plano Individual de Atendimento, construirão alternativas junto ao jovem, sem destoar da necessária responsabilização pelo ato infracional praticado. Nesse momento, outros enfoques, mesmo que de assistência social, são bem-vindos, desde que alinhados à conduta infracional praticada. A participação proativa do jovem também deve estar em vista, visto que é decisiva para o sucesso da intervenção. Trata-se de uma mudança de paradigmas, que transpõe o adolescente da condição de mero objeto para sujeito principal da condução do programa de atendimento.

É um projeto que possibilita várias entradas, em que o adolescente possa experimentar os caminhos da sua condição subjetiva e desenhar aquilo que poderá vir a ser o seu projeto de vida, inédito, único e singular... Aos operadores da rede será autorizado o acompanhamento do adolescente neste percurso, e o adolescente irá indicar o caminho, pois só ele tem o mapa, ainda que não o saiba, que o levará à saída. (BARROS, 2003, p.14)

Esse equilíbrio entre a responsabilização do adolescente autor de ato infracional e as alternativas pedagógicas que são com ele trabalhadas só é possível quando se tem clareza sobre o que inaugura a intervenção, isto é, o fato praticado e, não, a qualidade pessoal do sujeito que o pratica. A doutrina de Paulo Garrido

dispõe que o sistema procurou “conciliar essas duas necessidades, buscando fórmulas que defendessem a sociedade ao mesmo tempo em que propiciassem uma intervenção educativa com a eficácia de promoção da cidadania”. (PAULA, 2006, p. 30).

De outra via, devemos afastar a condução dos programas por linhas estritamente assistencialistas, sob pena de infirmar o Direito Infracional do Fato e privilegiar o Direito Infracional do Autor.

6. Do Direito Penal ao Direito Infracional

O reconhecimento da existência de um ponto de contato com o Direito Penal é de relevância para a construção do Direito Infracional como ramo autônomo. Tentar escamotear o nascedouro do Direito Infracional não contribui para afirmar sua autonomia, mas apenas para subordiná-lo à ultrapassada doutrina da situação irregular, enquanto, ao revés, admiti-lo como derivado do Direito Penal nos ajuda a expurgar os fantasmas do menorismo.

O Direito Penal, em seu aspecto sociológico, é um entre os vários sistemas sociais que exercem papel de coordenação e controle social, como o são também a família e a sociedade. A diferença entre o controle realizado pelo Direito Penal e pelos outros sistemas sociais inaugura-se a partir do tipo penal.

O sancionamento de um adolescente no âmbito infracional, chegando até mesmo à privação de liberdade, ocorre quando não for possível a solução da ofensa em outros sistemas de controle social. É por isso que se diz que o Direito Penal e, por arrastamento, o Direito Infracional, é a *ultima ratio*, situando-se sua atuação somente no caso de lesões a bem jurídicos que não possam ser combatidas eficazmente por outros mecanismos de contenção do ato infrator.

Nesse sentido, as condutas descritas como crime ou contravenção se submetem ao princípio da subsidiariedade,³ por meio do qual o legislador destaca, dentre as infundáveis condutas humanas relevantes, apenas algumas poucas. Essa escolha recai exatamente

³ É o que Régis Prado (2003, p. 149), em feliz passagem, definiu como um “arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente irrelevante”.

sobre as condutas que ensejam lesões a bens jurídicos de maior expressão, como, por exemplo, a vida.

Conforme vimos, o ato infracional não é conceituado como qualquer conduta do adolescente tida como “desviante”, que se afaste dos padrões “normais” criados pela expectativa social, mas somente aquelas escolhidas pelo legislador e descritas em abstrato como crime ou contravenção. É bom que fique bem vincado esse conceito para que os operadores do Sistema percebam que nem toda conduta considerada como “desviante” aos olhos de quem se debruça sobre o fenômeno poderá ser tratada no âmbito do direito infracional.

Além disso, mesmo o fato sendo tipificado na lei penal como crime ou contravenção, poderá haver situações que não sejam o caso da aplicação de medida socioeducativa. A simples subsunção formal da conduta do adolescente à descrição da lei não é suficiente, sendo mero ponto de partida. Como veremos adiante, para se responsabilizar o adolescente por sua conduta no âmbito da justiça infracional, será necessária a concorrência de outros fatores, que somente poderão ser verificados com a análise do caso concreto.

A criação de um núcleo duro para a disciplina do Direito Infracional se vale sem sombra de dúvidas de institutos criados ao longo dos séculos pelo Direito Penal. A Teoria do Delito, com as suas mais diversas variações desde o sistema causalista de Lizst-Beling até os funcionalismos de Günther Jakobs e Claus Roxin, conquanto não possa ser simplesmente transportada para o Direito Infracional, é um parâmetro básico que não deve ser olvidado.

No que toca às categorias jurídico-penais da tipicidade e da ilicitude, nenhuma alteração parece ser necessária para adequá-las ao ato infracional, podendo elas ser inteiramente transpostas. Todavia, daí para a frente, em referência ao substrato da culpabilidade dos finalistas ou da responsabilidade para o funcionalismo roxiniano, a história muda de figura. Isso porque o pressuposto básico para se analisar a culpabilidade do agente e, portanto, ser possível a aplicação da sanção, é a verificação de sua imputabilidade.

A doutrina penal tradicional trata o menor de dezoito anos como inimputável sem maiores digressões. Por exemplo, vejamos o que diz Guilherme Nucci:

Trata-se da adoção nesse contexto, do critério puramente biológico, isto é, a lei penal criou uma presunção absoluta que o menor de 18 anos, em face do desenvolvimento mental incompleto, não tem condições de compreender o caráter ilícito do que faz ou capacidade de determinar-se conforme este entendimento. (NUCCI, 2009, p. 295).

Não há, porém, como tratar a matéria com reducionismos; o Brasil, ao adotar o critério biopsicológico para imputabilidade penal, apenas apresentou sua opção político-criminal de não responsabilizar os adolescentes pelo mesmo sistema penal dos adultos. Dessa maneira, a opção brasileira não significa que os adolescentes sejam inculpáveis e ponto final, mas apenas que respondem por um sistema próprio.

Os adolescentes, ou seja, aqueles que estão entre 12 e 18 anos incompletos, são inimputáveis penalmente, isso ninguém discute; contudo, há de se salientar que não são irresponsáveis. O Código Penal dispõe, em seu artigo 27, que os menores de 18 anos são “penalmente inimputáveis” e complementa, “ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. Assim, resta claro que os menores de 18 anos apenas não se submetem aos preceitos secundários das leis penais e ao regime carcerário dos adultos. Outra não é a redação do artigo 228 da Constituição da República e do artigo 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em nenhum momento o ordenamento jurídico brasileiro⁴ sustenta que os adolescentes sejam inimputáveis de maneira ampla, a legislação se restringe a dizer que não serão imputáveis *penalmente*.

⁴ O art. 50 do Código Penal Militar dispõe que: “O menor de dezoito anos é inimputável, salvo se, já tendo completado dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade”. Todavia, o dispositivo é considerado como não recepcionado pela atual Constituição.

Trata-se, em verdade, de harmonização entre a necessidade de responsabilização do jovem infrator e a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento a que está submetido. O que o ordenamento visa permitir é uma distinção entre o adolescente e o adulto no que concerne ao preceito secundário do crime e ao meio de execução da sanção imposta.

Desde 1940, nossos professores botaram na nossa cabeça a idéia de imaturidade dos menores, o que é um absurdo absoluto, formulado de maneira tão genérica pelo Ministro Camelo. Segundo ele, todos os menores de 18 anos no Brasil eram imaturos. Absurdo completo. E nós contaminamos toda a nação com esta insólita concepção [...]. Os estatutistas merecem todos os encômios pela elevação à Lei Magna de uma aspiração comum, mas poderiam ter aproveitado para destruir um mito prejudicial. Os adolescentes sabem o que fazem, mas não vão para a cadeia, pois temos solução melhor para seus crimes. (CAVALIERI *apud* SPOSATO, 2006, p. 271).

Ao se dizer que o adolescente é penalmente inimputável, está se afirmando que, por sua condição pessoal, não fica sujeito ao preceito secundário do crime que praticou, mas, sim, ao art. 112 do ECA, sendo a execução da medida socioeducativa também realizada em programa específico. Dessarte, fica fácil concluir que, embora não seja imputável penalmente, é-o infracionalmente ou, como queira, continua sendo passível de responsabilização pelos seus atos.

Ao abandonarmos a dicotomia entre imputabilidade e capacidade de entender e de querer, cairá por terra o principal argumento dos defensores da diminuição da maioridade penal. O que diferencia o adulto do adolescente não é a ausência de capacidade de entender e de querer, mas, sim, o fato de esta capacidade sofrer o influxo da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Ultrapassado o obstáculo da imputabilidade do agente menor de 18 anos, ainda persistem, entretanto, diferenças marcantes entre a clássica categoria jurídico-penal da culpabilidade e sua aplicação ao Direito Infracional. Talvez a mais significativa remodelagem trazida

pelo Estatuto da Criança e do Adolescente esteja na “capacidade de cumprimento” da medida que porventura venha a ser imposta.⁵

Aos olhos do leigo, numa análise superficial, a “capacidade de cumprimento” pode significar algo inerente ao jovem, qualidade que ele possuirá ou não, quase como uma característica estática de sua personalidade. Assim, a capacidade de cumprimento seria a adequabilidade da medida às possibilidades de cumprimento pelo adolescente.

Entretanto, o conceito de “capacidade de cumprimento” deve ser ampliado para abarcar em sua análise a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Defendemos que, para a aplicação da medida socioeducativa, muito mais que a simples possibilidade de adaptabilidade do jovem ao programa socioeducativo, o julgador deverá verificar a “capacidade de cumprimento” entendida como a “necessidade de cumprimento” de uma sanção socioeducativa.

Dado determinado caso concreto, a conduta do adolescente poderá ser típica e ilícita, tendo capacidade de entender e de querer, também potencial consciência da ilicitude, sendo-lhe exigível conduta diversa e, mesmo assim, ser inaplicável a medida socioeducativa no caso concreto. É imperioso identificar quando aquele ato é uma resposta natural e peculiar da adolescência.

Em oposição à ideologia oficial, a criminologia contemporânea define o comportamento desviante do adolescente como fenômeno social normal (com exceção da grave violência pessoal, patrimonial ou sexual), que desaparece com o amadurecimento: infrações de bagatela e de conflito do adolescente seriam expressão de comportamento experimental, e transitório dentro de um mundo múltiplo e complexo, e, não uma epidemia em alastramento, cuja ameaça exigiria estratégias de cerco e aniquilamento. As ações anti-sociais características da juventude não constituem, isoladamente e por si sós, raiz da criminalidade futura do

⁵ Embora defensável que a capacidade de cumprimento iluminada pela condição peculiar da pessoa em desenvolvimento seja tratada no âmbito da inexigibilidade de conduta diversa, optamos por admiti-la como elemento autônomo da culpabilidade do adolescente.

adulto, nem passagem para formas mais graves de criminalidade, como homicídios, roubos e estupro, por exemplo: o caráter específico do comportamento desviante da juventude, segundo várias pesquisas, explica sua extinção espontânea durante a fase da chamada 'Peack-age' e, em regra, não representa sintoma justificante da necessidade de intervenção do Estado para compensar defeitos de educação. (SANTOS *apud* ROSA, 2006, p. 282).

Presenciamos frequentemente adolescentes que, ao serem sancionados disciplinarmente ou ao serem repreendidos no colégio ou até mesmo em ambiente doméstico, ameaçam matar aqueles que os contrariaram. No exemplo mencionado, os positivistas mais puritanos decerto identificariam a conduta típica do delito de ameaça, prevista no art. 147 do Código Penal, verificariam que o adolescente não estaria amparado por nenhuma excludente de ilicitude e seria culpável, visto que era imputável infracionalmente, tinha potencial consciência da ilicitude e lhe era exigível conduta diversa. No entanto, se analisarmos a "capacidade de cumprimento", entendida como "necessidade de cumprimento", constataremos que o sancionamento no âmbito infracional será despiciendo, pois a resposta do adolescente num momento de ira é uma resposta normal à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Presente um fato descrito na Lei penal como crime ou contravenção, o adolescente poderá vir a responder infracionalmente, porém, como bem observou Luís Greco, "o direito tem de sensibilizar-se para as diferenças entre casos aparentemente iguais" (GRECO, 2000, p. 45). Assim, por exemplo, não é toda ameaça de causar mal injusto e grave que deve ser sancionada infracionalmente, mas apenas aquela que por sua natureza transcender os limites do tolerável para a adolescência. Dessa maneira, no mais das vezes, diferencia-se uma ameaça irrogada em um ambiente doméstico ou socioeducativo daquelas realizadas por adolescentes que, por exemplo, disputam a gerência de uma "boca de fumo", essas últimas, sim, devem ser sancionadas com as medidas previstas no Estatuto.

O Direito não é um sistema fechado, sofre diuturnamente a influência dos outros saberes, estando em constante mutação. Os

juristas, ao invés de se encastelarem, devem buscar fomentar a interdisciplinaridade, utilizando elementos de outras ciências, como a psicologia e o serviço social. Não basta o operador ter a sensibilidade aguçada para identificar a necessidade de cumprimento de uma medida socioeducativa, deve se valer da anamnese e dos laudos psicossociais confeccionados pelos técnicos. Desse modo, após a constatação da prática do ato infracional em seu aspecto objetivo, o operador do Direito deve se valer do relatório psicossocial para verificar a necessidade de aplicação de medida socioeducativa ou qual a medida adequada ao caso concreto.

Uma Teoria do Ato Infracional, não obstante tenha pontos de contato com a Teoria do Delito, desta se afasta em alguns momentos. Conforme se depreende de nossas discussões preliminares, que buscaram muito mais aguçar o debate que exauri-lo, o ato infracional é uma conduta típica e antijurídica, pela qual o adolescente deve ser responsabilizado, se presentes os elementos de imputabilidade infracional, potencial consciência da ilicitude, exigibilidade de conduta diversa e capacidade de cumprimento, refletida pela condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

7. Conclusão

A ausência de sistematização da matéria e da delimitação do campo de atuação do Sistema de Justiça Juvenil traduz-se em significativos problemas para aplicação e execução da medida socioeducativa. A aplicação de medida socioeducativa sem a identificação do ato infracional praticado e a existência de programas de execução de índole estritamente assistencialista denotam a falta de identidade do Direito Juvenil, provocando um retorno ao menorismo.

Sobre o campo da teorização, verificamos que, embora decorrente do Direito Penal, o Direito Infracional tem especificidades que lhe dotam de luz própria, sobretudo pela análise da imputabilidade e da capacidade de cumprimento da pena. A incipiente teorização reforça seu caráter marginalizado, o que repercute na prática forense quando constatamos que de maneira ainda recorrente adolescentes são privados de liberdade não pelos atos que cometeram, mas, sim, pela situação de risco pessoal a que estão submetidos.

8. Referências bibliográficas

BARROS, Fernanda Otoni (Coord.). *Tô fora: o adolescente fora da lei: o retorno da segregação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. *Díficeis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: 1988.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 1990*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF: 1990.

BRASIL. *Lei 8.742, de 1993*. Lei Orgânica da Assistência Social. Brasília, DF: 1993.

BRASIL. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE. Brasília, DF: SEDH, 2008.

CÂMARA, Paulo Sette; DINIZ, Ana; AROUK, Osmar. Nota Técnica da Secretaria Especial de Defesa Social do Pará, 1999. Disponível em: <www.forumseguranca.org.br>. Acesso em: 21 set. 2009.

GOMES, Luiz Flávio. O direito penal antes e depois de Roxin. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2066, 26 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12370>>. Acesso em: 20 set. 2009.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Jurídica*, n. 272, Brasília/DF, jun./2000.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

IHERING, Rudolf Von. *A Luta Pelo Direito*. São Paulo: Forense, 1992.

MÉNDEZ, Emílio García. *Infância e cidadania na América Latina*. São Paulo: Hucitec, 1998.

MILLER, Jacques-Alain. *Nada é mais humano que o crime*. Trad. Kátia Mariás. Rev. Ludmilla Féres. Intervenção realizada em 29 de abril de 2008, na Faculdade de Direito de Buenos Aires, sobre o livro de Silvia Elena Tendlarz e Carlos Dante Garcia: *¿A quién mata el asesino?* Psicanálise e criminologia.

NICODEMOS, Carlos. A natureza do sistema de responsabilização do adolescente autor de ato infracional. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA. *Justiça Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA. *Justiça adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. Imposição de medidas socioeducativas: o adolescente como uma das faces do *homo sacer* (Agamben). In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA. *Justiça adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: o adolescente e o ato infracional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARAIVA, João Batista Costa. *Desconstruindo o mito da impunidade: um ensaio de direito (penal) juvenil*. Brasília, DF: Editora da Universidade de Brasília, 2002.

SPOSATO, Karyna Batista. Princípios e garantias para um direito penal juvenil mínimo. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA. *Justiça adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

Artigo enviado em: 06/10/2010

Artigo aprovado em: 30/03/2012