

A IMPUTABILIDADE INFRACIONAL (JUVENIL) E IMPUTABILIDADE PENAL (ADULTA). CRITÉRIOS PARA SUA FIXAÇÃO TEMPORAL

GUARACI DE CAMPOS VIANNA

Juiz de Direito da 2ª Vara da Infância e da Juventude/RJ

Este texto se propõe a contribuir ao debate sobre as propostas de emenda à Constituição tendentes a redução da imputabilidade penal para 16 (dezesesseis) anos.

De início, convém afastar de plano qualquer tentativa de alteração da imputabilidade penal, via legislação ordinária, em razão do artigo 228 da C.F.

Como se sabe, a imputabilidade penal submete-se ao critério Bio-psicológico, dispondo o art. 27 do Código Penal que “*os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial*”.

A exposição de motivos da nova Parte Geral do Código Penal justifica a manutenção da idade de 18 anos como referencial com base em critérios de política criminal, argumentando que, por ser o menor de 18 anos um ser incompleto, o reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação e não à pena criminal (item 23 da E.M. 0211, de 09.05.83).

Considera o Código Penal também inimputável aquele que por doença mental ou desenvolvimento mental retardado era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de autodeterminar-se, havendo redução da pena se houver relativa incapacidade (art. 26 e seu parágrafo único do C.P.)

Para o doente mental completo, no lugar das penas, aplicam-se as medidas de segurança (internação ou tratamento ambulatorial, conforme arts. 96 e 97 do C.P.), pelo prazo mínimo de 1 a 3 anos, por período indeterminado.

Talvez todas as correntes de pensamento favoráveis a redução da imputabilidade penal para 16 anos entendam que a Legislação Tutelar atribua ao menor de 18 anos tratamento equivalente ao que é dado ao doente

mental, equiparando as medidas de segurança, na sua finalidade, às medidas socioeducativas. *Data vênia*, uma coisa não tem nada de semelhante a outra.

Fugindo das discussões inerentes a outras ciências sociais, como a psicologia, psiquiatria, dentre outras, ninguém nega a existência de alarmantes índices de violência. Mas é preciso destacar que a violência, uma vez desencadeada, se rege por uma dinâmica própria. Diante dela, ou a sociedade se deixa dominar, entrando no jogo, ou reage enquanto é tempo para restabelecer valores, recobrar o seu equilíbrio e fazer prevalecer a nacionalidade e o primado dos direitos humanos.

Mas não é pelo Direito Penal que vamos eliminar a violência. Ele ajuda a combatê-la, mas nunca ataca as suas causas. Diante do grave quadro, cabe a pergunta: é possível mudar ?

É bom deixar bem claro que a violência da injustiça social não obriga a tolerância com a violência contra a segurança do cidadão. Mas isso não pode conduzir a excessos.

O que não pode haver é uma desproporcionalidade entre a gravidade do ato cometido pelo adolescente e a ação dos órgãos responsáveis pela segurança.

Prevalecem sempre o preconceito e a discriminação. O fato de um menino ou menina estar mal vestido, sujo, sem ocupação, era suficiente para privá-lo da liberdade, confinando-o nas instituições totais. A suposta intenção de fazer justiça resultou numa ação violenta, autoritária e de injustiça sobre cidadãos que são culpabilizados pelo fato de serem pobres.

Os dois tratamentos extremistas de vítima ou de agressor precisam ser evitados. É preciso considerar sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e garantir-lhe um tratamento sereno, mas consistente o suficiente para que ele possa tomar consciência de que existem formas mais eficientes de garantir suas necessidades básicas e de que a exigência dos seus direitos precisa acontecer de forma organizada e socialmente viável.

A Lei 8.069/90 cuidou disso, mas é preciso que não se tenha o mesmo comportamento que Phaetonte, filho de Apolo, que recebeu um dia de seu pai permissão de dirigir o carro do sol. Fê-lo porém com tal desejo, que o sol abrasou tudo, incendiando as cidades, seus templos e seus palácios.

Como solução para o problema, grande massa de opinião popular deseja a redução da imputabilidade penal para os dezesseis anos, o que, *data vênia*, é irreal, pois hoje qualquer adolescente (maior de doze anos) é imputável. Portanto, há uma inversão de ótica demonstrando um aparente

desconhecimento de causa, na verdade não se vai reduzir e sim aumentar a maioridade penal.

Imputabilidade, como demonstra De Plácido e Silva em seu Vocabulário Jurídico, seja nos domínios do Direito Civil, Comercial ou Penal, revela a indicação da pessoa ou do agente, a quem se deva atribuir ou impor a responsabilidade ou a autoria de alguma coisa, em virtude de fato verdadeiro, que lhe seja atribuído, ou de cujas conseqüências seja responsável.

Neste sentido, o *adolescente é imputável*. Não tem a capacidade de ser responsabilizado criminalmente como adulto (outro perfil da imputabilidade), mas isso não quer dizer que não se possa atribuir aos menores de 18 anos a causa eficiente da infração culposa ou dolosa de certa norma penal. A inimputabilidade a que se referem a Constituição Federal (art. 228) e o Código Penal (art. 27) não significa irresponsabilidade. Refere-se, isto sim, à não sujeição às penas previstas na parte especial (ou leis extravagantes) do Código Penal. Daí a expressão imputabilidade infanto-juvenil utilizada por Wilson Donizeti Liberati, em seus **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente** (2ª edição, São Paulo, Malheiros Editora, p. 71).

A *imputatio facti* não deixa de existir por causa da menoridade. O que difere a menoridade penal da inimputabilidade penal é única e exclusivamente a conseqüência jurídica do descumprimento da norma ou de um dever típico: se o agente for maior de 18 anos, ser-lhe-á imposta uma pena, se menor, uma medida socioeducativa. Na realidade, por mais que se aspire ao contrário, as diferenças entre uma (pena) e outra (medida) não são notadas na prática e pode-se dizer que são meramente terminológicas.

Terminológica também é a diferenciação entre crime e ato infracional. Adolescentes praticam atos legalmente previstos como crimes e contravenções. O que ocorre, na verdade, é que a Lei chamou os atos delituosos da criança e do adolescente de *atos infracionais*. O art. 103 da lei 8.069/90 é explícito em dizer que se considera ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção. Assim, afirmar-se que “menor” não pratica crime, pode representar uma heresia jurídica, se não for feita a ressalva de que pratica ato infracional e que o ato infracional é uma conduta tipificada como crime ou contravenção.

O mesmo ocorre com relação à possibilidade de o adolescente ser preso. Se a prisão é ato pelo qual o indivíduo é privado da liberdade de locomoção em virtude de infração da norma legal ou por ordem da autoridade competente (**Vocabulário Jurídico**, Iêdo Batista Neves, APM Editora), o

“menor” pode e deve ser preso.

Tanto isso é certo que o art. 106 da Lei 8.069/90 é textual em afirmar que o adolescente pode ser privado de sua liberdade na hipótese de flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Entretanto, a Lei Estatutária (nº 8.069/90), por convenção terminológica e sem aparente ou explícita motivação jurídica, chamou a “prisão” de adolescente de *apreensão* (v.g. arts. 107, 171 e 172). Na prática, inexistem diferenças entre a prisão e a apreensão, a não ser pelo fato de os adultos serem presos e os adolescentes apreendidos.

Finalmente, quanto à possibilidade de um adolescente ser condenado, muito não se precisa dizer para concluir-se que se a condenação for uma sentença que impõe ao autor de um delito uma pena, a resposta é negativa. Mas se por condenação entender-se a responsabilidade ou imputabilidade de um delito ou contravenção (ou ato infracional, se preferirem), em virtude do que se lhe é imposta uma medida como reparação ao mal praticado, então o adolescente pode ser condenado, sim.

Dessa forma, ao aplicar ao adolescente uma das medidas socioeducativas previstas para o autor de um ato infracional (art. 112 da Lei 8.069/90) o Juiz está emitindo um decreto condenatório.

Relembrando a imagem do pintor Champaigne, o delito, a privação da liberdade, a imputabilidade, a condenação e a consequência jurídica que a Lei atribui ao criminoso representam a figura do Cardeal Richelieu ao centro. Aos lados, de perfil, temos o crime e a contravenção de frente para o ato infracional, a prisão de frente para a apreensão, a sujeição às penas do Código Penal em frente à sujeição às medidas socioeducativas previstas no E.C.A. Se bem que seja uma coisa só, dependendo do ângulo de visão, pode-se pensar que estamos diante de figuras diferentes. Uma análise mais detida nos revela, entretanto, que, na maioria das vezes as diferenças existentes, sob a ótica criminal, entre o adulto e o adolescente são meramente terminológicas.

Na verdade, existe um aparente desconhecimento da Lei e um real descumprimento da mesma. Adolescentes podem ser presos tanto quanto os adultos podem ser presos. As medidas podem ser, em alguns casos, mais brandas. Mas aí não é solução reduzir a imputabilidade penal e sim agravar as medidas. Penso ser esta a discussão viável. O resto parece ser coisas que melhor seriam debatida no Reino Bizâncio.

Há que se registrar, entretanto, a similitude substancial e na maioria das vezes terminológica, entre as penas e as medidas socioeducativas. Basta uma singela comparação entre a advertência e o *sursis*, a reparação do dano e prestação de serviços à comunidade (homônimos), a liberdade assistida e o regime inicial aberto, a semiliberdade e o regime semi-aberto e a internação com o regime fechado. Há, ainda, outras medidas alternativas (vide arts. 112 e 101 da Lei 8.069/90. As diferenças básicas entre o sistema penal e o socioeducativo são a competência jurisdicional e que neste último, ao contrário do sistema penal, não há prévia delimitação legal da medida correspondente ao fato praticado, ou seja, não há uma prévia correlação entre o fato e a pena ou medida, o que fica a cargo do Juiz, de acordo com critérios um pouco mais elásticos estabelecidos na Lei específica (E.C.A.). É recomendável que façam alguns ajustes, mas não sem que antes se conheça o que está sendo ajustado, como açodadamente pretendem alguns.

Entretanto, convém assinalar, ainda que em breve escorço, que as finalidades das penas e das medidas socioeducativas não são as mesmas. Além de diferentes, o modo de execução, a instituição e os personagens, a medida socioeducativa tem por finalidades preponderantes a prevenção e a reeducação.

Outrora instrumento de retaliação primitiva, vingança purificada, conservação social, defesa social indireta, expiação ou restabelecimento da ordem externa, nas concepções de Conte, Kant, Carrara e outros, passou a pena a ser um instrumento para preservar o pacto social (Rousseau), para prevenir delitos futuros, para inspirar temor ou para corrigir (pena-remédio), com fundamento na periculosidade, sendo também um instrumento de retribuição, passou a pena a ter uma finalidade *preventiva e repressiva*.

Mas as medidas socioeducativas são preventivas, no sentido de *evitar a reiteração da prática infracional*. Neste campo há que se perquirir os fatores dessa espécie de reincidência. Os principais são: hipossuficiência financeira da família, personalidade psicopática e a criminalidade habitual e profissional. Embora sem tempo e espaço para aqui aprofundar o tema, sem o enfrentamento desses fatores não há como tornar pessoas imunes à cooperação ilícita e à sedução para o caminho do mal, não importando a idade.

Não se pense que estamos num navio sem rumo. Os caminhos para se chegar ao sucesso das medidas socioeducativas, atingindo à sua outra finalidade, que é a reeducação, são : 1) tornar os estabelecimentos de correção capazes de impedir que os internos se tornem mais perigosos do que já

eram, preenchendo *todos* os espaços com atividades pedagógicas; 2) fixar limites mínimos para a execução das medidas, mas deixar indeterminado, embora com reavaliações periódicas, o termo final de execução; 3) dar apoio moral ao egresso, pois ele, ao sair, encontra ambiente hostil, cheio de prevenções, em parte, justificada pelos péssimos métodos recuperativos; 4) impedir a exploração do egresso pela própria polícia e conter os abusos policiais; 5) utilizar metodologia diferenciada, caso a caso, para tratar do adolescente segundo a sua patologia ou causa ou carência, o que reduz a produção de reincidentes virtuais.

Tudo é possível com a Legislação atual, aplicada ao adolescente, onde é possível a harmonização da decisão judicial com a execução.

Por outro lado, a idéia equivocada de que a imputabilidade penal tem que ser compatível com o discernimento não merece acolhida na legislação brasileira. O jovem pode votar e poderia responder criminalmente, é o que se diz por aí. E os analfabetos quando não votavam, não poderiam responder por crimes? A capacidade política plena só se adquire após os 35 anos (quando se pode ser eleito Presidente da República). Então aos 34 anos o sujeito não responde a determinados crimes? Ora, quem não vota (os maiores de 65 anos podem ser dispensados do voto) não tem discernimento? E quem não pode ser votado, tem?

Pode-se admitir falhas na Lei, mas veja que não há anomalia alguma no fato de alguém, ao praticar uma ação contra a integridade física de outrem responder, dependendo do elemento subjetivo e do resultado, perante Leis diferentes, penas diferentes e Juízos e procedimentos diversos. Se for a conduta tipificada como 129 do C.P., *caput*, Lei 9.099/95, Juizado Especial Criminal; se 129, § 3º, Cód. de Proc. Penal, Juízo Criminal Comum; se 121, *caput*, Tribunal do Júri. O raciocínio é o mesmo, se o autor for menor de 18 anos, Juizado da Infância e Juventude, medidas socioeducativas.

Convém, ainda, ressaltar que, na esteira da melhor doutrina, no sistema constitucional vigente, não é possível o acolhimento da redução da imputabilidade penal uma vez que o art. 228 da C.F. faz parte do núcleo irreformável da Constituição, cláusula pétrea, *ex vi* do art. 60 § 4º, IV da C.F., sendo este outro tema que merece uma abordagem mais detalhada em outra oportunidade.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, mas de, como dito, contribuir para o debate, esperamos que, ao final, prevaleça a idéia de que pode haver

uma necessidade de aprimoramento da Lei 8.069/90, por exemplo, aumentando-se os prazos de execução das medidas socioeducativas e limitando ou regrido o arbítrio judicial na imposição das mesmas, mas sem que se altere o patamar de 18 anos como referencial para imputabilidade penal, pois isso, com todas as vênias de estilo, longe de resolver, agravaria a questão social e eliminaria dos jovens, todas as oportunidades de ressocialização. ◆