

DIREITO PENAL DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Juliana Piantcoski MARTINS¹
Rodrigo Lemos ARTEIRO²

RESUMO: o presente trabalho tem como objetivo ressaltar, a proteção da criança e do adolescente, bem como estabelecer as diferenças das tutelas jurisdicionais no âmbito da responsabilidade penal. Visa observar também o grau de culpa do estado, frente a essa criminalização, e quais medidas devem ser tomadas para diminuir a desigualdade social.

Palavras-chave: menor, proteção, ato infracional, crime, responsabilidade, Estado.

INTRODUÇÃO

Presencia-se hoje na sociedade uma problemática que cresce a cada dia, são crimes praticados por menores, que têm como mandantes integrantes de grandes organizações criminosas. Vejamos que os menores de dezoito anos são seres com uma tutela jurisdicional diferenciada dos demais, a sanção penal aplicada aos indivíduos maiores de dezoito anos, difere muito do ato infracional, aplicado aos menores, pois estes possuem uma doutrina da proteção integral que visa à prioridade absoluta do menor, resguardando os direitos fundamentais, que a Constituição Federal preconiza.

Diante disso surge uma série de dúvidas, quantos crimes são praticados por dia no Brasil, tendo por trás grandes chefes de organizações criminosas, criando uma enorme insegurança jurídica para a população? Quais medidas caberiam aos menores, se os mesmos não são passíveis de sanção penal, e são também vítimas dessa criminalidade? Será que o Estado pode ser

¹ Discente do 7º TERMO do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Especialista em Direito Penal pela mesma instituição. Mestre em ciências jurídicas pela UENP (Universidade Estadual do Norte do Paraná).

responsabilizado por essa criminalização? Será que a redução da maioria penal resolveria o problema?

Em uma sociedade onde existe tamanha desigualdade, não se pode esperar que um padrão de comportamento atinja todos os cidadãos, ainda mais quando se trata de crianças, que são os indivíduos que mais sofrem e mais têm seus direitos mitigados, já que são enormes as disparidades e explorações em relação à educação, trabalho, saúde, lazer.

O presente trabalho visa abordar toda a proteção da criança e do adolescente, diferenciar a sanção penal do crime e o ato infracional, os motivos que levam os menores a delinquir, a responsabilidade penal em geral e a do menor em relação à medida sócio educativa. O método adotado foi o dedutivo, pois partiu-se de premissas gerais para uma análise individualizada dos institutos.

Não poderia deixar de ser abordada também a responsabilidade do Estado, em relação à essa marginalização, pois pela falta de estrutura dele, é que ocorrem as injustiças gerando toda essa criminalidade.

1- DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

1.1-Conceito

Em um primeiro momento vamos ponderar o que vem a ser criança e adolescente na legislação Brasileira, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em seu art.2º: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aquela entre doze e dezoito anos de idade.”

Toda criança e adolescente não são passíveis de sanção penal, considerando que o menor merece uma proteção especial da sociedade e em especial pelo legislador, tanto quanto pelos sistemas sociais e judiciais. Foi pensando nessa proteção, que o ordenamento jurídico fez uma diferenciação

nos crimes praticados por pessoas maiores de dezoito anos e menores de dezoito anos. O Sistema jurídico que prevê a responsabilização do jovem menor de 18 anos é a Lei 8.060/90, chamada de Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) o qual determina, dentre outras coisas, que o menor fica sujeito às medidas de assistência, proteção e vigilância nele previstas. Considerando que adultos, crianças e adolescentes são pessoas desiguais, não podendo ter o mesmo tratamento.

1.2-Princípio da Proteção Integral

O Direito da Criança e do Adolescente é baseado no Princípio da Proteção Integral, que fora incorporado no Brasil, em definitivo pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). No âmbito internacional este Princípio foi incorporado na Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU), outros documentos internacionais também foram importantes para a construção desse Princípio.

Em 1919 adveio a Convenção da OIT, ela limitava a idade para o início da vida economicamente ativa dos jovens, em 1924 houve a Convenção de Genebra, que teve como objetivo declarar alguns direitos da criança, porém, havia um problema, a criança ainda era vista como objeto de proteção. Esta declaração não possuía força coercitiva sobre os Estados. No ano de 1959 surgiu a Declaração dos Direitos da criança, que apenas enunciava alguns direitos, sem colocar força coercitiva sobre os Estados, já em 1979 foram iniciados os trabalhos para uma convenção, que somente se realizou no ano de 1989 denominada “Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente”, com a inclusão do princípio da proteção integral, passando a criança e o adolescente ser sujeitos de direitos, deixando de ser apenas objeto de proteção.

A expressão “menor”, oriunda do Código de Menores (1979), adotava o modelo de situação irregular, que fora abandonado com a aprovação

da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que passaram a adotar o modelo regular de proteção integral.

Na situação irregular o menor era apenas alguém em abandono, ou que havia cometido um delito, sendo apenas um objeto de proteção, do qual a privação da liberdade era uma regra.

Já a doutrina da proteção integral, passa a englobar todas as crianças, independentes de abandonadas ou não, passando a serem vistas como sujeitos de direitos, onde a privação da liberdade passa a ser uma exceção.

A Constituição Federal de 1988 é anterior à Convenção e mesmo assim adotou integralmente a Doutrina Internacional da Proteção Integral, incorporando ao ordenamento jurídico, junto ao Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) em forma de norma constitucional. Referido Princípio encontra – se positivado, principalmente no artigo 227 da 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.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

§ 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 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;

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. § 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá:

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

Posteriormente a legislação infraconstitucional, também positivou esse princípio com a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 1º: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral á criança e ao adolescente.”

Sobre proteção integral Cury entende que:

a proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente á família, á sociedade e ao Estado. Rompe com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento. (Cury, Munir, 2000,pag. 19, 2º Ed.).

Ou seja, após a Constituição de 1988 e a Lei nº 8.069/90, a criança e o adolescente deixaram de ser vistos de forma irregular, e passaram a gozar de uma proteção integral frente á família, á sociedade e ao Estado. Com isso houve uma proteção por completo, desde a concepção da criança e

do adolescente, criando um valor da criança como ser humano, sem qualquer tipo de discriminação, aqui qualquer criança vai ser sujeitos de direitos e não somente os menores infratores e os abandonados, como eram vistos anteriormente.

Para Wilson Donizeti Liberaty (2011, p.15):

a doutrina da proteção integral dos direitos supõe que o sistema legal garanta a satisfação de todas as necessidades de todas as crianças e adolescentes de 0 a 18 anos de idade (ECA, art.2º), privilegiando, sobretudo, seu direito á vida, á saúde, á educação, á convivência familiar e comunitária, ao lazer, ao esporte, á profissionalização, á liberdade, enfim todos os direitos da pessoa humana.

Considerando que crianças e adolescentes, são sujeitos de direitos fundamentais, com uma proteção diferenciada em relação aos demais cidadãos, não cometem crimes e sim atos infracionais, que por sinal não serão passíveis de pena e sim terão tratamento por Lei especial, Estatuto da Criança e Adolescente, que diferencia a responsabilização tratando-se de criança ou de adolescente. Todos os atos infracionais, vão ser julgado por um Juízo Especial, o juiz da vara da infância e da juventude, que se encontra no art. 148 do ECA e por fim haverá um processo especial, se cometido por criança, estarão sujeitas ás medidas protetivas e se adolescentes estarão sujeitos á medidas sócio educativas e/ou medidas protetivas. Essas conseqüências se encontram no art. 228 da Constituição Federal de 1988.

A medida sócio-educativa é uma resposta jurídica a ser aplicada ao adolescente autor de ato infracional, como mecanismo pedagógico de inserção social. Depende a sua aplicação da observância do devido processo legal, pois implica restrição de direitos fundamentais. Mediante o processo é que se pode aplicar medida socioeducativa a um adolescente. Já a medida protetiva, aplicada á criança que tenha cometido ato infracional, é realizada juntamente com o Conselho Tutelar, uma vez que elas não são passíveis de medidas sócio-educativas.

Portanto, o principio da proteção integral é o modelo de tratamento trazido pelo legislador, juntamente com documentos

internacionais, em que a criança e o adolescente passam a ser sujeitos de direitos. Trata-se de uma proteção dos direitos humanos às nossas crianças e adolescentes.

1.3- Princípio da Proteção absoluta e Condição Peculiar da Pessoa em Desenvolvimento.

O Princípio da Prioridade absoluta, que tem por finalidade dar à criança e ao adolescente uma proteção exclusiva, encontra-se firmado no art.3º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, na Constituição Federal em seu art. 227, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art.4º.

Esses dispositivos principalmente a Constituição Federal, estabelecem uma proteção integral e uma necessidade especial de cuidados em primeiro lugar para as crianças e adolescentes, uma vez que são seres vulneráveis e fragilizados, que se encontram em uma fase de desenvolvimento e necessitam de uma estrutura social, estatal e familiar, baseando-se em políticas públicas, por se tratar de uma fase de formação, da qual se não for bem observada e protegida, pode acarretar grandes problemas.

Segundo José Roberto Dantas Oliva (2006, p. 118):

É a primazia que deve conferir-se, em todos os setores, a esses seres humanos em peculiar condição de desenvolvimento. É a preterição, até, dos adultos, em seu favor. Afinal, criança e adolescente de hoje, adulto de amanhã. Aqueles são o futuro. Do tratamento que lhes for dispensado, dependerá a fortuna ou o infortúnio da Nação.

Por absoluta prioridade entende Wilson Donizeti Liberati (2011, p. 18):

entende-se que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar, na escala de preocupação dos governantes; na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, posto de saúde, atendimento preventivo e emergencial á gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveram asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos, etc., porque a vida, a saúde o lar, a prevenção de doença são mais importantes que as obras de concreto, que ficam para demonstrar o poder do governante.

O parágrafo 4º do ECA, vem completar a idéia de prioridade ao materializar esse conceito, como um mínimo exigível : “a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstancia; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância publica; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais publicas; e d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção á infância e á juventude”.

Tal prioridade não fere o Princípio da isonomia, positivado na Constituição Federal ao estabelecer que “deve-se tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na maneira em que se desigalam”. É com essa idéia de desigualdade, que conseguimos explicar um tratamento tão diferenciado, uma proteção excessiva á essas crianças e adolescentes, justamente por serem diferentes aos demais. Essa proteção prioritária se dá, por se tratar de seres em peculiar condição de desenvolvimento, fazendo com que a desigualdade, torne-se a própria igualdade.

Para José Roberto Dantas de Oliva (2006, p. 117):

a ênfase dada para a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento de crianças e adolescentes tem o fito de realçar as desigualdades existentes entre estes e os adultos, como razão de ser de uma tutela jurídica diferenciada, tuitiva.

E por fim, levando em consideração que as crianças e adolescentes são seres que estão em pleno desenvolvimento físico, intelectual e moral, é que o princípio da condição Peculiar de Pessoa em Desenvolvimento vem inibir, qualquer fato que possa prejudicar esse crescimento, através de Leis especiais, tendo por destinatários de cumprimento dessas normas, o Estado, a sociedade e a família. Outro fator importante a ser considerado, é o fato dessas Crianças e Adolescentes, não possuírem cognição suficiente, para entenderem seus direitos, não conseguindo, portanto, se defenderem e muito menos atender as suas necessidades sozinhos.

2-DO DIREITO PENAL

2.1-Da Teoria do Crime e Ato Infracional

No plano conceitual, observaremos três aspectos principais, dos quais descrevem o crime, são eles: conceito formal de crime, conceito material de crime e conceito analítico de crime.

Conceito formal: crime é toda ação ou omissão, advindo de uma conduta humana, que contraria a Lei Penal, nesse sentido Luiz Regis Prado (2007, p. 72): “Dá relevo á contradição entre o fato concreto e o preceito legal, sendo expressão do direito positivo vigente: delito é a infração à lei penal.”

Conceito material: refere-se ao conteúdo, o quanto aquilo foi lesivo ao bem jurídico, é uma ofensa ao direito subjetivo, aos valores éticos, contudo é uma ofensa á norma. É uma conduta humana, ação ou omissão, que viola os bens jurídicos mais importantes, comprometendo as condições de existência e desenvolvimento da sociedade. Luis Régis Prado entende que: “Refere-se ao conteúdo do ilícito penal, sua danosidade ou lesividade social e

está adstrito aos valores constitucionais. Constitui a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico protegido.”

Já o conceito analítico consiste em elementos que compõe o crime, exige uma análise de setores, que sem os quais não teria como falar do mesmo. Há várias posições doutrinárias que definem o conceito analítico, das quais faremos uma breve análise.

1º) a primeira posição defende que o fato para ser crime, precisa ser típico e antijurídico (ilícito), ou seja, que a conduta do agente esteja amparada pelo tipo penal e que não haja nenhum excludente de antijuridicidade.

2º) segunda posição afirma que o fato para ser considerado crime, precisa ser típico, antijurídico e culpável, isso quer dizer, ainda que o fato esteja amparado pelo tipo penal e que não haja nenhuma excludente de antijuridicidade ele tem que ser culpável. O agente na ação ou omissão deve ter capacidade para entender, ou determinar-se diante á conduta ilícita.

3º)A terceira posição defende que um fato para ser descrito como crime, deve ser composto por quatro elementos, fato típico, antijurídico, culpável e punível, Aqui a diferença se encontra na punibilidade, seria a ameaça de pena, ou seja, não existe crime sem a ameaça de pena.

4º)Por último, a doutrina minoritária, defende que o fato para ser crime, deve ser composto pela ação, típica, antijurídica, culpável e punível, essa doutrina decompõe o conceito e dá autonomia para a ação.

Para a maioria dos doutrinadores, o crime se configura quando o fato é típico, ilícito e culpável. O conceito analítico tem como função, a análise de cada elemento constitutivo do fato criminoso, o crime é um todo unitário e indivisível. O conceito analítico de crime teve início á sua elaboração com Carmignani (1833) e completou-se com a contribuição de Beling (1906), que trouxe o elemento da tipicidade. Esse conceito analítico continua sendo respeitado por toda a Europa, e vigora no Brasil também, portanto um fato para ser descrito como crime, precisa ser típico, ilícito e culpável.

A tipicidade é adequação da conduta do agente, ao tipo conforme a perspectiva do bem jurídico, Cezar Roberto Bittencourt (2010, p.303) entende dessa maneira: “Tipo é o conjunto dos elementos do fato punível descrito na Lei Penal. O tipo exerce uma função limitadora e individualizadora das condutas humanas penalmente relevantes.”

Nesse jaez entendemos que o tipo é único, com elementos diferentes, capaz de dar a cada conduta e a cada pessoa tratamentos distintos, e estabelecendo uma proporcionalidade entre a gravidade das condutas, de modo que não havendo o tipo incriminador, não se pode fazer uma interpretação extensiva da norma e nem o uso de analogias.

Existem quatro requisitos que compõem a tipicidade, conduta humana, resultado naturalístico, nexos de causalidade e adequação típica. A conduta está caracterizada pela vontade do agente, de se chegar a um fim, dessa conduta advém um resultado, a agressão ao bem jurídico. Através do nexos de causalidade, saberemos se a conduta teve relação direta com o resultado, se ela foi determinante para que aquele resultado acontecesse e por último se essa conduta se adéqua à algum tipo penal, que pode ser direta, quando a conduta do agente tem a perfeita adequação ao tipo incriminador e indireta, quando a conduta do agente, não consegue se adequar diretamente ao tipo penal.

Já a antijuridicidade (ilicitude), é a ação negativa do agente, aquela contrária a Lei, nesse sentido Luis Regis Prado (2010, pg. 358): “Assim a ilicitude deve ser entendida como um juízo de desvalor objetivo que recai sobre a conduta típica e se realiza com base em um critério geral: o ordenamento jurídico.”

Portanto toda ação típica e contrária a norma será ilícita, desde que não esteja amparada por uma causa de justificação ou também chama de excludente de ilicitude, que são: legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito. Essas causas justificantes fazem da ação típica, uma ação lícita.

Quando um fato é típico e antijurídico surge então a possibilidade de ser aplicada uma pena ao agente causador, a chamada culpabilidade. Para a teoria normativa pura, a culpabilidade é um mero juízo de reprovação social, uma vez que o dolo e a culpa migram da culpabilidade e passam a fazer parte da tipicidade, ou seja, é possível que alguém haja com dolo, que a conduta seja antijurídica, mas que esteja amparado por alguns dos elementos da culpabilidade. São elementos da teoria normativa pura a imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Assim entende Cezar Roberto Bitencourt (2010,pg. 404):

A culpabilidade, por sua vez, não se esgota nessa relação de desconformidade entre ação e ordem jurídica, mas, ao contrário, a reprovação pessoal contra o agente do fato fundamenta-se na não omissão da ação contrária ao Direito ainda e quando podia havê-la omitido, pois dele se espera uma motivação concorde com a norma legal.

Dentro do elemento da imputabilidade encontra-se um rol taxativo de requisitos, que são: anomalia psíquica (art.26, caput Código Penal), menoridade (art.27 Código Penal) e embriaguez acidental completa (art. 28 § primeiro do Código Penal). No que diz respeito ao elemento potencial consciência da ilicitude, encontra-se em um rol também taxativo o erro de proibição inevitável (art. 21 Código Penal). E por fim ao que tange a exigibilidade de conduta diversa, encontra-se os requisitos, em um rol exemplificativo, pois admite-se a causa supralegal de exclusão de culpabilidade, a coação moral irresistível (art. 22, 1º parte Código Penal) e obediência hierárquica (art.22, 2º parte Código Penal). Todos esses requisitados citados acima, se presentes, excluem a culpabilidade, ou seja, isenta o agente de pena.

Desses requisitos, daremos uma importância maior, há maioridade, por ser elemento essencial ao presente trabalho. Previsão legal, art. 27, Código Penal, “os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.”

O artigo é muito claro, repare que ele está somente preocupado com a idade do agente, não se importando se ao tempo do fato ele sabia o que estava fazendo, adotando então o sistema biológico de inimputabilidade, esse sistema leva em conta apenas o sistema mental do acusado, independentemente se tinha ao tempo da conduta capacidade de entendimento e autodeterminação.

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 228 diz o seguinte: “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas

da legislação especial.” Então a Constituição Federal também trata como menor aquele que ainda não atingiu 18 anos.

Com esses dispositivos legais, percebemos que, os menores de idade não são passíveis de sanção penal, sendo, portanto isentos de pena, ficando protegidos por legislações especiais, que diferem a sanção penal do crime do e as penas do ato infracional.

O ato infracional é considerado pela Lei 8.069/1990, como dispõe em seu art. 103, toda conduta descrita como crime ou contravenção penal. Desse modo o legislador positivou a regra constitucional da legalidade ou da anterioridade da lei, onde só haverá ato infracional se a conduta típica estiver anteriormente prevista em lei. Ao estabelecer a regra da legalidade, o Estatuto vem mostrar a ligação com o ordenamento penal, ou seja, a conduta infracional, praticada por crianças ou adolescentes, deverá ter adequação à figura típica como Lei ou Contravenção Penal.

Com essa ligação entre o fato e a norma, é possível observar que há o mesmo tratamento entre adultos, crianças e adolescentes, deixando de lado aquele entendimento que antes era trazido pela Lei 6.697/1979, de que o menor se enquadrava em uma situação irregular, praticando somente fatos anti-sociais e não praticava infrações penais. Nota-se que a essência do crime será a mesma, o que diferencia aqui é somente o tratamento jurídico, que deverá ser adequado à condição especial de cada agente, como dispõe o art.228 da Constituição Federal.

Nesse sentido André Karst Kaminski entende (pag. 52, 2002):

mas então, admitindo serem sinônimos ato infracional, crime e contravenção penal, ao menos iguais em seus elementos constitutivos, teríamos em resumo, que o ato infracional praticado pela criança deve ser ação típica, antijurídica e culpável.

O que percebemos hoje em dia é a freqüência com que crianças se utilizam de armas, para a prática de uma figura típica, e mesmo nessas circunstâncias, elas não serão remetidas há uma delegacia de policia, e sim ao

conselho tutelar. Já o adolescente que faz jus á prática de crimes, deverá ser conduzidos até a delegacia da infância e juventude, onde o promotor de justiça aplicará a esse infrator medidas sócio-educativa.

Contudo concluímos que, o tratamento jurisdicional oferecido pela Lei 8.069/1990, ao tratar do ato infracional, visa estabelecer uma proteção às crianças e adolescentes, materializando a doutrina da proteção integral em relação à prioridade absoluta, como estudada anteriormente.

2.2-Da responsabilidade penal e capacidade penal ativa.

Ao cometer um delito, o individuo será submetido á uma sanção penal, esse é o dever jurídico que recai sobre o agente imputável, diante sua conduta típica. Já para os inimputáveis, acometidos por doenças mentais, serão impostas medidas de segurança, de índole recuperatória, caucada na periculosidade do agente, e não em sua responsabilidade.

A responsabilidade penal pode ser vista diante três formas, ela pode ser total, quando o agente à época da conduta, era capaz de entender e determinar-se integralmente, sobre sua conduta delituosa, a responsabilidade parcial, entende-se, no momento da conduta o agente ser parcialmente capaz de entender e determinar-se sobre a conduta ilícita e por fim temos a responsabilidade nula, quando o agente era à época da conduta totalmente incapaz de entender a conduta criminosa e de determinar-se sobre ela. Sendo assim a conduta em relação ao agente será inimputável, e ele será julgado irresponsável, pelo fato criminoso. Com isso concluímos que, os menores de idade, tendo sua culpabilidade excluída, não possuem responsabilidade pessoal e social diante do ato infracional.

A prática do ato infracional, prevê como punição ao adolescente medida sócio educativas, prevista no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que são advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de

serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação. Esse dispositivo legal reforça a idéia de que os menores, não são passíveis de sanção penal decorrente de seus atos criminosos, demonstrando a diferença da tutela jurisdicional em relação aos demais.

Segundo Fábio Silvestre da Silva (2007, pag.22):

Ao mesmo tempo, as medidas sócio educativas até hoje operacionalizadas não têm como suporte as políticas públicas sociais necessárias por meio de uma rede consolidada de serviços capaz de oferecer a retaguarda necessária para efetivação eficaz e eficiente do sistema de garantia dos direitos fundamentais.

Como podemos observar o método operacional do governo, de efetivar essas medidas sócio educativas, ao invés de proteger e restabelecer o infrator para o meio social, restringe ainda mais os direitos fundamentais, pelas péssimas condições do local de internação e pela falta de políticas públicas para a efetivação das outras modalidades.

Já a capacidade penal ativa, recai sobre a conduta humana, só o ser humano pode praticar um fato descrito como crime, pois segundo Cezar Roberto Bitencourt (pag.272, 2010): “A capacidade de ação, e de culpabilidade, exige a presença de uma vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, que somente o ser humano pode ter.”

O sujeito ativo é o agente que pratica a conduta típica, descrito como crime na norma penal, executando parcialmente ou totalmente a conduta. Nesse sentido Luiz Regis Prado, (pag.438, 2010): “Sujeito ativo, autor ou agente, é todo aquele que realiza a ação ou omissão típica, nos delitos dolosos ou culposos. Ou seja, é aquele cuja atividade é subsumível ao tipo legal incriminador.”

Se a conduta pode ser praticada por qualquer pessoa sem restrição, teremos o chamado crime comum, mas se somente um grupo de pessoas podem praticar o crime, teremos o chamado crime próprio. Percebemos que os menores de dezoito anos, podem ser sujeito ativo de crimes, uma vez que ato infracional é a prática de crime ou contravenção

penal, mas que exclui a culpabilidade da criança ou do adolescente, porém o ato infracional pode ser considerado crime próprio, pois somente um grupo determinado pode cometê-lo, os menores de dezoito anos.

2.3-Da autoria mediata

Autor mediato é aquele que se utiliza de um terceiro para realizar a conduta típica, usando essa pessoa como instrumento para a prática do crime, podemos dizer que é aquele que realiza a prática do delito, sem executar. O autor mediato e o partícipe são figuras muito próximas, que, porém não se confundem, pois ele não é mero assessor. Não se confunde com o autor, porque não realiza o núcleo do tipo e nem co-autor, pois não realiza o núcleo do tipo com outra pessoa.

Segundo Mario Manoel Montoya (pag. 236, 2007):

O homem por trás controla o resultado típico através do aparato de poder, sem levar em consideração o executor, que é uma pessoa fungível. Os executores, apesar de serem responsáveis, são meros instrumentos do homem por trás, uma vez que o resultado final nunca depende deles, porque eles não podem impedi-lo. A intervenção do homem por trás conduz de maneira quase automática à realização do tipo.

Percebe-se que o autor mediato não se preocupa com o executor, justamente porque o mesmo pode ser substituído a qualquer momento por outro terceiro, pois o autor mediato possui o domínio do fato, ou seja, é aquele que controla ação delituosa, somente o indivíduo que dirige totalmente o acontecimento criminoso, detém domínio do fato. Vejamos que o executor, não tem o poder de escolher, se a conduta delituosa acontecerá ou não, até porque

se ele não fizer outro fará, quem tem esse poder final, é o que tem o controle sobre a conduta. Dessa maneira entende Luiz Regis Prado (pag. 469, 2010), “autor mediato é aquele que, possuindo o domínio do fato, serve-se de terceiro que atua como mero instrumento, geralmente inculpável.”

O nosso Código Penal prevê quatro hipóteses de autoria mediata que são:

1º - Erro determinado por terceiro (art.20, § 2º, do CP): nesse caso quem induz alguém em erro vai ser o autor mediato, e o agente enganado é seu instrumento, podemos citar como exemplo, um médico querendo matar um paciente, induz o enfermeiro a erro, que será um mero instrumento do médico, autor mediato.

2º - Coação moral irresistível (art.22, 1ª parte do CP): quem coage será o autor mediato, que foi praticado pelo coagido com o emprego de força ou tortura.

3º - Obediência hierárquica (art. 22, 2ª parte, do CP): quem dá a ordem será o autor mediato, e quem as cumpre será o instrumento.

4º - Caso de instrumento impunível (art. 62, III): quando o agente serve-se de um incapaz para prática do crime, ou seja, de um inimputável, seja ele menor de idade, ou doente mental. É o que diz o artigo 62 do Código Penal, “a pena será ainda agravada em relação ao agente que: **III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal.**”

A autoria mediata utilizando menor de idade é uma prática que aumenta a cada dia, uma por serem inimputáveis, e outra por sua vulnerabilidade, são seres de fácil induzimento por serem pessoas em desenvolvimento, e que na maioria das vezes não possuem apoio familiar, social e estatal, ficando a mercê de criminosos, que se valem desses indivíduos para a prática de crimes. Imaginemos que a vida de uma determinada criança seja vender bala na rua, e quando ela chega a sua residência sem o dinheiro, ou com quantia reduzida, apanha de seus pais, a quem deveria protegê-la. Fica fácil perceber que todos os direitos da proteção integral nesse caso estão sendo violados, e que a criança vai se tornar instrumento fácil dos criminosos, afinal, suponhamos que ao traficar drogas, ela terá dinheiro em maior quantidade para levar até sua casa, o que evitará que ela apanhe novamente.

Grandes organizações criminosas estão se valendo de menores para todo e qualquer tipo de crime, eles se aproveitam dessa condição social das crianças e adolescentes, para ficarem impunes desses crimes, onde o menor assume a responsabilidade do delito, e terão no máximo uma medida sócio educativa. Isso sem dúvidas está gerando uma grande insegurança jurídica, para toda a população, pois clamam por punição à prática desses crimes bárbaros, que estão ficando somente no ato infracional, sem conseguir chegar a quem realmente detém o domínio do fato, ou seja, o autor mediato. Mário Daniel Montoya entende que (pag. 235, 2007):

autor mediato não é somente o chefe máximo de uma organização criminosa, mas todo aquele que no âmbito da hierarquia transmite a instrução delituosa com poder autônomo para dar ordens de uma instância superior, formando-se, deste modo, uma corrente completa de autores mediatos.

3-DA CORRUPÇÃO DE MENORES

Corromper significa proposta ou proposição, para obter vantagem, para si ou para outrem, visando um resultado pela prática da ação. Nesse caso, o objeto da corrupção é o menor, que por se tratar de pessoas em desenvolvimento, portanto vulneráveis, podendo ser facilmente induzidas à práticas de crimes e ao mesmo tempo vítimas deles.

O Código Penal, em seus artigos 217-A, 218, 218-A e 218-B, trata da corrupção de menores no âmbito sexual, induzir, praticar ato sexual, favorecer a prostituição, satisfazer lascívia própria ou de outrem com menor, configura o crime. Essa tutela jurisdicional visa proteger o menor mais fraco da relação, com idade limitada, ou seja, o menor de dezoito anos, priorizando a doutrina da proteção integral, onde o menor possui prioridade absoluta, visa também proteger a imagem e a moral do menor.

Já a lei 8.069/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 244-B discorre, “corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18(dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la.”

Observe que o ECA diferentemente do Código Penal, não delimitou assunto para prática do crime de corrupção de menores, tem a ver com o aliciamento de menor para a prática de crimes, aqui qualquer crime configura a conduta típica. Podemos dizer então, que o autor mediato que usa um menor para a prática de qualquer crime, além de responder pelo crime do qual ele foi o mandante, responde também pelo crime de corrupção de menores, pois esta se valendo das vantagens de um inimputável, e fazendo desse menor, uma vítima do crime.

Na maneira em que o agente maior de dezoito anos, utiliza-se de um menor para prática de um fato típico, por se tratar de crime formal, não há necessidade de provas da corrupção do menor, bastando que o inimputável tenha participado da conduta delituosa, juntamente com o maior de dezoito anos.

O menor ao ser inserido no mundo do crime deixa de usufruir, todas as garantias constitucionais a ele inerentes, como educação, lazer, saúde, como preconiza o art. 227 da nossa Lei Maior, já mencionado acima, e isso deve ser considerado um crime gravíssimo, pois ainda depositamos o futuro do nosso país sobre nossas crianças e adolescentes.

4-DO PRINCIPIO DA CO-CULPABILIDADE

Atualmente no Brasil tem-se um nítido quadro social em relação as crianças e adolescentes, pois são cidadãos que mais sofrem no país. Vê-se que na realidade sofrem de maus tratos, morrem de fome, violência sexual, física e psíquica, são traficados, adotados ilegalmente, explorados no trabalho,

tudo em desconformidade com nossa Constituição Federal e contra a Doutrina da Proteção Integral.

Percebe-se que o princípio da co-culpabilidade está implícito em nosso ordenamento, e está muito relacionado com a igualdade e a dignidade da pessoa humana. É evidente que o Estado não tem recursos para dar condições sociais favoráveis á todos os cidadãos criando uma desigualdade exagerada econômica, social, política e cultural, e com isso reconhece que não são dadas as mesmas chances a todos, não podendo, portanto exigir comportamentos adequados às normas impostas pelo estado. Entende Eugenio Raúl Zaffaroni (pag. 613, 1997):

Todo sujeito age numa circunstância dada e com âmbito de autodeterminação também dado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades.

Na medida em que o Estado não consegue manter uma igualdade, e estabelecer a dignidade para cada indivíduo é que surgem as injustiças, e com isso podemos destacar a parcela de culpa do Estado, no que diz respeito à criminalização das crianças e adolescentes.

Nesse caso não podemos falar na redução da culpabilidade para esses indivíduos, pela parcela de culpa do Estado, pois a menoridade já é uma excludente de culpabilidade, mas podemos falar em uma estrutura organizada, com políticas públicas sociais, com programas para a retirada de crianças das ruas, visitas às famílias carentes, para que dessa maneira a desigualdade social seja reduzida, e somente assim diminuir a criminalização envolvendo menores.

Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni (pag.613, 1997):

Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado esta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade.

Diante de uma problemática tão grande, até se discute em reduzir a maioria penal, vejamos que com essa maneira, o Estado não resolveria o problema, aliás, estaria aumentando-o, uma vez que estaria restringindo ainda mais os direitos fundamentais desses indivíduos, que já são tão mitigados de sua prioridade absoluta. Imaginem um problema ainda maior se a maioria penal fosse reduzida para 16(dezesseis) anos, os criminosos utilizariam adolescentes, menores de 15 (quinze) para prática de crimes, o que hoje já é uma prática normal, passaria a ser uma regra entre eles, e o problema se agravaria.

Com isso percebemos que o estado possui uma visível parcela de culpa, a maioria dos crimes possui elementos sociais, são crimes patrimoniais, que visam dinheiro, justamente pelas condições desfavoráveis, enquanto um rico tem facilidade de possuir o que almejam, as crianças que vivem na miséria, utilizam de violência para conseguirem o que desejam.

7- CONCLUSÃO

Contudo, conclui-se que com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal de 1988, aquela visão de situação irregular, que tratava de uma proteção somente para os abandonados, foi totalmente revogada, passando a obter uma situação regular para todos, criando-se assim a doutrina da proteção integral, com objetivo de uma prioridade absoluta.

Com isso as crianças e os adolescentes passaram a ter direitos de proteção absoluta, porém a realidade é outra, uma vez que esses indivíduos sofrem todos os tipos de violação na estrutura estatal, social e familiar. São explorados sexualmente, no trabalho e em muitos outros âmbitos. Por esse

motivo, concluímos que eles não serão passíveis de sanção penal e somente ato infracional, por têm excluída a culpabilidade, onde não terão responsabilidade penal e nem social pelo fato criminoso. Podemos perceber também que a redução da maioria penal, não resolveria em nada, como vimos só agravaria o problema e restringiria ainda mais os direitos fundamentais desses indivíduos.

É evidente que o estado possui uma grande parcela de culpa nisso, pois as desigualdades sociais geram grandes injustiças, fazendo com que o menor sem apoio e proteção, venha a delinquir. Para diminuir essa problemática o estado deve tomar providências como políticas públicas, para efetivação desses direitos violados e maneiras de estabelecer a igualdade social, para todos os cidadãos.

BIBLIOGRAFIA

CURY, MUNIR. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado**/Cury,Garrido e Marçura. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LIBERATI, W.D. **Direito da Criança e do Adolescente**. 5 ed.São Paulo: Rideel, 2011.

KAMINSK, A.K. **O conselho Tutelar, a crianças e o ato infracional: proteção ou punição?** 1º Ed. Canoas: ULBRA, 2002.

BITENCOURT, C.R. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 15 ed. São Paulo: Saraiva 2010.

ZAFFARONI, E.R. **Manual de Direito penal brasileiro: parte geral**. São Pulo: Revista dos Tribunais LTDA, 1997.

ALBERTO, S.F. **Código penal e sua Interpretação: doutrina e jurisprudência**. 8 ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MONTOYA, M.D. Máfia e Crime Organizado: aspectos legais: autoria mediata: responsabilidade penal das estruturas organizadas do poder: atividades criminosas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

PARADO, L.R. Comentários ao Código Penal: doutrina: jurisprudência selecionada: conexões lógicas com os vários ramos do direito. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, .L.R. Curso de Direito Penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º. a 120. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, F.S.da. Futebol Libertário: um jeito novo de jogar na medida. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007.

OLIVA, J.R.D. O princípio da proteção integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil: com as alterações promovidas pela Lei nº 11.180, de 23 de setembro de 2005, que ampliou o limite da idade nos contratos de aprendizagem para 24 anos. São Paulo: LTr, 2006.