

UNIVERSIDADE BANDEIRANTE DE SÃO PAULO

**CONSELHO DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO PROFISSIONAL
ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI**

DOUGLAS EDUARDO GALIAZZO CARDOSO DE ARAUJO

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

**SÃO PAULO
2011**

UNIVERSIDADE BANDEIRANTE DE SÃO PAULO

**CONSELHO DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO PROFISSIONAL
ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI**

DOUGLAS EDUARDO GALIAZZO CARDOSO DE ARAUJO

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Trabalho de Conclusão de Mestrado Profissional apresentado como exigência parcial à banca examinadora da Universidade Bandeirante de São Paulo – UNIBAN – para obtenção do título de Mestre em Políticas e Práticas com Adolescentes em Conflito com a Lei, sob a orientação do Professor Doutor Wilson Donizeti Liberati.

**SÃO PAULO
2011**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Wilson Donizeti Liberati
(Presidente - Orientador)

Prof. Ms. Claudio Hortêncio
(1º Titular – Interno- UNIBAN)

Prof. Dr. Mário César Scheffer
(2º Titular – Externo – FMUSP)

SÃO PAULO ____/____/2011.

Dedico a minha mãe, Sonia Galiazzo e a minha avó Maria (*in memoriam*), por todo amor e carinho que sempre me doaram e que recebo até hoje.

A minha esposa Chantal, companheira de todas as horas, e ao nosso querido Pierre, que nos trouxe tanta alegria.

Aos meus irmãos Claudia e Marcos e as duas preciosidades de nossas vidas, os queridos sobrinhos: Beatriz e Miguel.

A minha sogra Ilse, pela presença sempre cuidadosa e muito querida.

E a todos que, de uma forma ou de outra, apoiaram-me neste trabalho: Chung Lim, Fernanda Maria, Jamila e Marcelo Silva.

AGRADECIMENTOS

Em especial, ao meu orientador e professor Wilson Donizeti Liberati, pela difícil tarefa de orientar-me em apenas um ano.

Aos professores Edson Teles e Claudio Hortêncio que me receberam de braços abertos na entrevista inicial do mestrado e que muito me fizeram refletir em suas aulas.

Ao amigo Mário Scheffer, pelo exemplo de vida, lutador incansável pelos direitos humanos das pessoas vivendo e convivendo com HIV/Aids.

À professora Neusa de Jesus, quando no momento de angústia e indecisão, incentivou-me a continuar e acreditar em meu objetivo, meu muito obrigado.

E por fim e não menos importante, às coordenadoras do mestrado: Maria de Lourdes Teixeira Trassi e Irandi Pereira, pela dedicação na luta pelos direitos dos adolescentes em conflito com a lei.

RESUMO

A redução da maioridade penal é tema polêmico e que divide opiniões. Nesse contexto, o presente trabalho objetiva analisar a possibilidade da redução da maioridade penal. Assim, primeiramente, será feita uma breve explanação acerca do histórico do Direito Penal juvenil brasileiro. Em seguida, avaliar-se-á a inimputabilidade e o critério para fixar a maioridade penal. Consecutivamente, o estudo voltar-se-á às correntes favoráveis e contrárias à redução da idade penal. Por fim, abordar-se-ão as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, enfatizando seu caráter pedagógico e retributivo.

Palavras-chave: Adolescente infrator. Adolescente em conflito com a lei. Maioridade penal. Medidas socioeducativas.

ABSTRACT

The reduction of legal age and is a contentious issue that divides opinion. In this context, this paper aims to analyze the possible reduction of criminal majority. So, first, provide a brief explanation about the history of juvenile criminal law in Brazil. Then it will assess the incapacity and the criteria for setting the legal age. Consecutively, the study will return to the currents for and against the reduction of the age of criminal responsibility. Finally, we will be addressing the educational measures contained in the Statute of Children and Adolescents, emphasizing its pedagogical and retributive.

Key-words: Minor offender. Adolescents in conflict with the law. Criminal majority. Educational measures.

LISTA DE ABREVIATURAS

art.	artigo
CF	Constituição Federal
CONANDA	Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente
CONDECA	Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente
CP	Código Penal
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	10
1.	A HISTÓRIA DO DIREITO PENAL JUVENIL BRASILEIRO	11
2.	MARCO TEMPORAL	21
3.	CRITÉRIO PARA FIXAR A INIMPUTABILIDADE	25
3.1	Inimputabilidade.....	25
3.2	Sistema biológico.....	26
3.3	Sistema psicológico.....	26
3.4	Sistema biopsicológico.....	27
4.	REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL	28
4.1	Os artigos 228 e 227 da Constituição Federal e a impossibilidade de modificação.....	28
4.2	Argumentos contrários à redução da maioridade penal.....	29
4.3	Argumentos favoráveis à redução da maioridade penal.....	32
5.	DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS	35
5.1	Modalidades das Medidas Socioeducativas.....	36
5.2	Estabelecimento Educacional.....	37
	CONCLUSÃO	41
	REFERÊNCIAS	42

INTRODUÇÃO

A questão da inimputabilidade já foi tratada sob diversos ângulos no Brasil, ressaltando-se o Código Criminal de 1830, o qual previa a avaliação do discernimento mental dos menores de 14 anos a fim de definir a capacidade de entendimento de seus atos. O Código Penal de 1890 suprimiu a avaliação do discernimento do infrator e fixou uma idade para a inimputabilidade.

Em 1990, entrou em vigor a Lei 8069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que adotou em seu artigo 1º a Doutrina da Proteção Integral. A referida doutrina tem por base os princípios da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que considera a criança como um ser dotado de direitos que devem ser concretizados.

O Código Penal, em seu artigo 27, dispõe a respeito do adolescente infrator, adotando a Teoria Biológica, ou seja, independentemente da capacidade de discernimento do menor de 18 anos, ele é considerado inimputável.

A inimputabilidade penal também é prevista na nossa Constituição Federal em seu artigo 228. Discute-se, inclusive, a impossibilidade de reforma constitucional que atinja o dispositivo em epígrafe, vez que a hipótese contemplaria cláusula pétrea.

O tema em tela é alvo de inúmeras discussões, pois a inimputabilidade ao menor de 18 anos vem, por vezes, lastreando teses de impunidade. Entretanto, analisando-se a sociedade como um todo é possível observar a existência de muitos outros fatores que determinem a criminalidade e não o singelo argumento de a lei estabelecer a idade de 18 anos como termo inicial da responsabilidade penal.

1 HISTÓRIA DO DIREITO PENAL JUVENIL BRASILEIRO

Na era medieval, a idade mínima para a imputabilidade penal variou entre 12 e 17 anos e a punição era sempre acompanhada de atenuações diversas em atenção à juventude.

Como Colônia, o Brasil não possuía uma legislação própria, vigorando em seu território a lei portuguesa.

À época do descobrimento do Brasil, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, ditadas entre 1446 e 1447 em nome do Rei Afonso V. Em 1521 foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas e tal mudança não teve maior repercussão, mantendo-se, no essencial, os ditames da legislação anterior. No que se refere aos adolescentes, permitia-se ao juiz aplicar uma pena reduzida ao delinquente que tivesse entre 17 e 20 anos de idade, proibindo-se a imposição da pena de morte aos menores de 17 anos (Livro III, Título LXXXVIII). (ALVES, 2006, p. 93).

A divisão do território da Colônia brasileira em Capitânicas Hereditárias, determinada por D. João III, em 1532, correspondeu a uma tentativa, embora frustrada, de colonizar o vasto território, concedendo-se aos donatários, amplas prerrogativas, entre as quais a administração da justiça, inclusive no âmbito penal.

Entre os deveres, estava o de administrar a terra e fazer cumprir a lei, exercendo função de supremo magistrado, cabendo-lhe a nomeação de juizes, tabeliães, etc.

Com a instalação do 1º. Governo Geral, em 1549, estabeleceu-se um Estado centralizado forte que tornou possível a aplicação do ordenamento jurídico da Metrópole, em sua totalidade.

A partir da entrada em vigor das Ordenações Filipinas, em 11 de janeiro de 1603, em Portugal, cujo Livro X tratava da área penal, o Brasil ficou sujeito, de 1600 a 1830, a um estatuto jurídico severo. As penas incluíam a pena de morte 'natural' por enforcamento que se dava no pelourinho, seguida de sepultamento. A morte 'natural' era tida como muito cruel, já que dependia da ideia do executor e dos

árbitros, e podia ser da modalidade morte ‘natural’ pelo fogo, que se traduzia pela queima do réu vivo, passando primeiro pelo garrote e, por fim, a morte ‘natural’ para sempre, que também se dava por enforcamento, ficando, porém, o cadáver pendurado até o seu total apodrecimento.

O sentido desta legislação era a intimidação feroz, não havendo qualquer tipo de proporcionalidade entre a sanção e o delito, ainda confundindo os interesses do Estado com os da Igreja.

Em seu Título CXXXV, dispunha sobre a idade penal e seu aspecto punitivo, nos seguintes termos: “Quando os menores serão punidos por os *delictos*, que fizerem”. Tal severidade pode ser observada pela transcrição *ipsis literis* do referido Título:

Quando algum homem, ou mulher, que passar de vinte annos, commetter qualquer delicto, dar-se-lhe-há a pena total, que lhe seria dada, se de vinte e cinco annos passasse. E se for de idade de dezasete annos até vinte, ficara em arbítrio dos Julgadores dar-lhe a pena total, ou diminuir-lha. E em este caso olhora o Julgador o modo, com que o delicto foi commettido, e as circunstâncias d'elle, e a pessoa do menor; e se o achar em tanta malícia, que lhe pareça que merece total pena, dar-lhe-há, posto que seja morte natural. E parecendo-lhe que a não merece, poder-lhe-há diminuir, segundo a qualidade, ou simpleza, com que achar, que o delicto foi commettido. E quando o delinqüente for menor de dezasete annos cumpridos, postoque o delicto mereça morte natural, em nenhum caso lhe será dada, mas ficara em arbítrio do Julgador dar-lhe outra menor pena. E não sendo o delicto tal, em que caiba pena de morte natural, se guardara a disposição do Direito Commum. (PIERANGELI, 2001, p. 209)

A época das Ordenações Filipinas foi marcada pelo livre arbítrio concedido ao juiz para aplicar a pena total (inclusive a de morte) ou atenuada aos menores entre 17 e 20 anos que cometessem delitos, devendo-se observar o modo e as circunstâncias do ato praticado conforme o Livro V, Título CXXXV, portanto, continha uma regra geral, excepcionada por normas particulares:

[...] os menores de 17 annos eram isentos da pena capital e sujeito às demais; entre os 17 e os 20 annos, o delinqüente podia receber qualquer pena, se houvesse atuado com “grande malícia”, ou tê-la diminuída se não atuasse com tal malícia; a imputabilidade era completa acima dos 20 annos. (PIERANGELI, 2001, p. 209)

Esse tipo de legislação demonstra o espírito reinante nos Ordenamentos Jurídicos até o surgimento do movimento humanitário, encarnado no Iluminismo.¹

O Livro X das Ordenações Filipinas vigorou no Brasil até a edição de nosso primeiro Código Penal em 1830.²

O primeiro código penal brasileiro entrou em vigor em 16 de dezembro de 1830, era denominado de: *Código Criminal do Império*. Esse primeiro código sofreu influências das ideias europeias vigentes na época, como os princípios liberais do Iluminismo e algumas ideias de Bentham, concernentes à utilidade da Lei.

Segundo leciona Basileu Garcia (2008, p. 231):

Existiam, já a esse tempo, e influíram grandemente na estruturação do Código Criminal, o Código da Baviera de 1813 e o Código francês de 1810. É também da época o Código organizado por Livingstone a Louisiana, região que mais tarde se integrou aos Estados Unidos.

Apesar da grande influência estrangeira, o Código Penal brasileiro foi inovador em vários aspectos, dentre os quais, o julgamento especial para menores de quatorze anos. Esse diploma penal influenciou a legislação da Espanha (códigos de 1848 e 1870), que por sua vez influenciou muitos outros códigos da América Latina. (BRUNO, 2005, p. 103).

O Código Criminal do Império, por ter se inspirado no Código Penal da França de 1810, adotou o sistema de discernimento como critério determinante para punir-se ou não o adolescente infrator, ou seja, um menor de 14 anos somente seria considerado criminoso se tivesse agido com discernimento. A pena prevista, nesse caso, era o seu recolhimento às casas de correção, pelo tempo designado pelo juiz, contanto que não excedesse a idade de dezessete anos, vez que ao menor entre 14 e 17 anos, apenas incidiriam as penas da cumplicidade, bem como, entre 17 e 21 anos, a pena seria atenuada. (NORONHA, 1993, p. 180).

¹ De maneira sucinta, no Direito Penal dos povos bárbaros o **adolescente**, embora fosse isento de sanção pública, o chamado “fredus”, estava sujeito a sanções privadas, tais como pecúnia paga pelos pais à vítima. Depois essa pena é limitada, por influência do princípio romano da personalidade da pena, no qual a pena não deve passar da pessoa do apenado e, enquanto os romanos usavam o critério da capacidade de dolo, os bárbaros recorriam à força física e à capacidade de usar armas.

² As Ordenações Filipinas não revelaram qualquer preocupação com o protagonista do crime, motivo pelo qual ali não são encontrados preceitos gerais ou especiais que digam respeito à imputabilidade, semi-imputabilidade ou inimputabilidade. Havia uma exceção que se referia ao menor de 17 anos, contra quem não poderia ser aplicada a pena de morte natural, sendo conferida ao julgador a possibilidade de substituição dela por outra sanção de espécie diversa.

Devido a esse critério, com a sua habitual lucidez, Tobias Barreto de Meneses (1951, p. 46-48), faz uma ressalva de suma importância e que chama a atenção, alertando que o “discernimento” poderia não só ser descoberto em uma criança de até cinco anos, como também, em um adolescente de quinze, sujeitando-o à condenação de prisão perpétua.

O Código Criminal do Império mencionava a idade penal da seguinte forma: *“Art. 10. Também não se julgarão criminosos: § 1º Os menores de quatorze annos”*.

Segundo aduz Manoel Pedro Pimentel (1988, p. 175):

A Declaração do Tribunal de Relação da Corte, proferida em 23 de março de 1864, assentou que os menores de 7 anos não tinham responsabilidade alguma, não estando, portanto, sujeitos a processo, enquanto os menores entre 7 e 14 anos, que obrassem com discernimento poderiam ser considerados relativamente imputáveis e, nos termos do artigo 13 do mesmo Código, serem recolhidos às casas de correção pelo prazo que ao juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda à idade de dezessete anos.

Com o advento da República, entrou em vigor o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, que adotou critério diferenciado, pela idade, para a afirmação ou não da responsabilidade penal, ou seja: irresponsável seria o adolescente infrator com idade até 9 anos (artigo 27, § 1º); e, o maior de 9 anos e menor de 14 teria que ser submetido a avaliação de um magistrado (artigo 27, § 2º) para discernir “a sua aptidão para distinguir o bem do mal, o reconhecimento de possuir ele relativa lucidez para orientar-se em face das alternativas do justo e do injusto, da moralidade e da imoralidade, do lícito e do ilícito” (GARCIA, 2008, p. 369), posto que a capacidade de culpa atrelava-se a obrar o menor com discernimento.

Entretanto, como o Novo Código foi elaborado às pressas, contendo, por isso, muitas falhas, teve de ser modificado por uma série de leis extravagantes.

Estas leis foram agrupadas na Consolidação das Leis Penais, pelo Decreto n.º 22.213 de 14 de dezembro de 1932.

Desse modo, a Lei nº. 4.242, de 5 de janeiro de 1921 revogou todo o dispositivo do Código Penal de 1890, que no seu artigo 3º, não só autorizou o Governo da República a organizar o serviço de assistência e proteção à infância

abandonada e delinquente, construindo abrigos, fundando casas de preservação etc., bem como, em seu parágrafo 16, excluiu o adolescente (autor de crime ou contravenção) de alguma ação quando ainda não tivesse completado 14 anos.

Juntamente com o Decreto n.º 16.272, de 20 de dezembro de 1923, buscava-se, no Brasil, proteger crianças e adolescentes abandonadas e delinquentes, estabelecendo-se, finalmente, em seu parágrafo 20, que: "o menor de 14 anos, indigitado autor ou cúmplice de crime ou contravenção, não será submetido a processo de espécie alguma e que o menor de 14 a 18 anos, indigitado autor ou cúmplice de crime ou contravenção, será submetido a processo especial".

Anibal Bruno (2005, p. 543) enfatiza:

[...] nos fins do século XIX outra ordem de motivos veio influir na matéria – motivos de natureza criminológica e de política criminal, segundo os nossos conhecimentos sobre a gênese da criminalidade e a ideia da defesa social, que impunha deter os menores na carreira do crime. Daí nasceu o impulso que iria transformar radicalmente a maneira de considerar e tratar a criminalidade infantil e juvenil, conduzindo-a a um ponto de vista educativo e reformador.

A Consolidação das Leis Penais do Desembargador Vicente Piragibe, publicada sob o título Código Penal Brasileiro, juntamente com as leis modificadoras em vigor (artigo 1º, Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932), considerou que "não são criminosos os menores de 14 anos" (artigo 27, § 1º) (PIERANGELI, 2001, p. 331) ou "abaixo dos 14 anos não havia mais reconhecimento da imputabilidade" (PIMENTEL, 1988).

Por outro lado, quando se trata de menores com idade maior de 14 anos e menor de 18, a Consolidação determinou que crianças e adolescentes abandonadas ou delinquentes fossem submetidas "ao regime estabelecido pelo decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, Código de Menores" (artigo 30), ou seja, o menor que tivesse de catorze a dezoito anos seria submetido a processo especial, podendo ser internado em escola de reforma, pelo prazo mínimo de três anos e máximo de sete (art. 69, § 3º).

O Projeto de autoria do jurista Galdino Siqueira (1982, p. 405), de 1913, apesar de não ter sido objeto de consideração legislativa, trazia consigo em seu artigo 13, I, o limite de idade mantido em 14 anos.

O Projeto Sá Pereira, de 1927, mesmo após ter sido aprovado pela Câmara e encaminhado ao Senado, teve sustado o prosseguimento de sua discussão, pelo advento de uma nova ordem política. Fixava, em seu artigo 20, a idade limite em 16 anos.

O Projeto Alcântara Machado, de 1938, foi o primeiro projeto organizado por incumbência do Ministro da Justiça Francisco Campos. No seu artigo 15, inciso I, fixava a idade limite em 18 anos; e, em seu artigo 16, inciso I, tratava da sanção imputada aos maiores de 18 anos e menores de 21 que, poderiam ter sua pena diminuída ou ficariam sujeitos a medidas de segurança, se necessário.

Por fim, após serem feitas as devidas retificações por parte da Comissão Revisora, Alcântara Machado ofereceu um segundo projeto de Código Penal em 1940, que fixou a idade penal em 18 anos.

Com o advento do Código Penal de 1940 determinou a responsabilidade penal aos 18 anos de idade, dessa maneira alterando o Código de Menores de 1927, comenta Liberati (2006, p. 31). Essa responsabilidade juvenil fundou-se na condição de imaturidade do “menor” então sujeito apenas à pedagogia corretiva da legislação especial sem distinção sobre delinquentes e abandonados, completa Saraiva (2003, p. 38).

Ilustrativo o item da Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, que abordava o assunto da seguinte forma:

Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente antissocial na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal (BITENCOURT, 2004, p. 361).

Assim sendo, o Código Penal veio substituir a Consolidação das Leis Penais, ao entrar em vigor, efetivamente, em 1^o. de janeiro de 1942, trazendo consigo, em seu artigo 23, a responsabilidade penal fixada aos 18 anos de idade. Para tanto, adotou o critério puramente biológico (idade do autor do fato), abandonando o critério ‘determinante’ do discernimento.

O Novo Código Penal é considerado pelos estudiosos como uma obra eclética, pois aceitou postulados da Escola Clássica e da Positiva, e utilizou o que havia de melhor nas legislações modernas de ideais liberais, sobretudo o código

italiano e suíço. Traz alguns princípios básicos, tais como: adoção do dualismo culpabilidade-pena e periculosidade-medida de segurança, consideração a respeito da personalidade do criminoso e a aceitação excepcional da responsabilidade objetiva.

Assim sendo, pode-se ressaltar que, com o advento do Código Penal de 1940 (Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940), o qual teve influência do Projeto Alcântara Machado, a idade foi aumentada para 18 anos pelo legislador ou "os menores de dezoito anos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial"³, e não havia como os considerar diferentemente, uma vez que a regra tinha como fundamento a presunção *juris et de jure*.

O Projeto de Código Penal de 1963, escrito por Nelson Hungria, o qual teve uma revisão por uma comissão formada pelo Ministro Milton Campos, também fixava a maioria penal em 18 anos. Entretanto, aceitava quando provada a maturidade, excepcionalmente a imputabilidade do maior de 16 anos. (PIERANGELI, 2001, p. 81).

Art. 32 – “o menor de 18 anos é penalmente irresponsável, salvo se, já tendo completado 16 anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e governar a própria conduta. Os menores entre 8 e 16 anos, bem como os menores de 18 e maiores de 16 não responsáveis, ficam sujeitos às medidas educativas, curativas ou disciplinares determinadas na legislação especial.

Portanto, assim como no Código de 1940, o anteprojeto supracitado manteve o limite da imputabilidade penal em 18 anos, porém, comprovada a percepção, o adolescente entre 16 e 18 anos de idade, poderia ser considerado imputável.

No Código Penal de 1969⁴ (Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, com as alterações introduzidas pela Lei nº. 6.016, de 31 de dezembro de 1973, retificada no Diário Oficial de 6 de março de 1974): “O limite da imputabilidade foi mantido, como regra geral, nos dezoito anos. Excepcionalmente, pode ser declarado imputável o menor de dezesseis a dezoito anos, se revela suficiente

³ Na Exposição de Motivos ao Código Penal de 1940 escreveu-se que: “Não cuida o projeto dos imaturos (menores de 18 anos), senão para declará-los inteira e irrestritamente fora do direito penal (art. 23), sujeitos apenas à pedagogia corretiva da legislação especial”.

⁴ O Código Penal de 1963 não entrou em vigor.

desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e governar a própria conduta”.⁵ Todavia, como a responsabilidade dos menores de 18 anos é de caráter excepcional, deverá ser declarada pelo juiz.

Cumprir mencionar, também, que no ano de 1969, uma comissão formada por membros do Ministério Público de São Paulo, apresentou um anteprojeto de Código Penal, optando também pelo critério biopsicológico, o qual ditava:

Art. 26. O menor de dezoito anos é inimputável, salvo se, já tendo dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de metade, até dois terços (BRASIL, 1970, p. 366).

Portanto, quanto à imputabilidade, muitas alterações foram propostas e examinadas pelas comissões vigentes em cada época, mas, até aqui, o que se vê claramente é que o limite da imputabilidade penal, embora haja a manutenção nos 18 anos, como regra, poderia, contudo, ser declarado imputável pelo juiz, o maior de 16 anos e menor de 18, se comprovado seu discernimento.

Se pelo Código Penal de 1940 a inimputabilidade era baseada no critério biológico (menoridade), no diploma de 1969, outro era o sistema a ser adotado, ou seja, o biopsicológico, pois o menor entre 16 e 18 anos de idade teria responsabilidade pelo fato se demonstrasse "suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento. Nesse caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade", conforme escrito em sua Exposição de Motivos.

Todavia, por outro lado, houve uma imperiosa necessidade de submeter os adolescentes e jovem-adultos a tratamento especial, pelo qual quem não atingisse 21 anos de idade, acabaria por cumprir pena separadamente dos demais condenados, já adultos (artigo 37, § 5º). Além de, se primário, o cumprimento da pena imposta seria reduzido à sua metade.

⁵ Direitos Humanos na Transição Democrática (Documento entregue pela Comissão Teotônio Vilela ao Candidato à Presidência da República Dr. Tancredo Neves, Brasília, 12 de dezembro de 1984), p. 5.

Se o Código Penal de 1969 não teve um só dia de vigência em nosso país, apesar de aprovado, outro diploma vigorou, concomitantemente, para a aplicação a outro tipo de crime, o político, conforme arbítrio do regime de exceção da época.

Trata-se do Código Penal Militar, ou seja, Decreto-Lei nº. 1.001, de 21 de outubro de 1969, que firmou a imputabilidade, excepcionalmente, aos 16 anos:

Art. 50. O menor de 18 (dezoito) anos é inimputável, salvo se, já tendo completado 16 (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 1/3 (um terço) até 1/2 (metade).

Entretanto, tal dispositivo não é mais aplicado, encontrando-se revogado com o advento da Constituição de 1988 (BRASIL, 2008, p. 131).⁶ De igual forma, aconteceu a revogação da regra do artigo 51, do referido diploma, a qual tratava da “equiparação a maiores”.

Na Reforma Penal de 1984 (Lei nº. 7.209, de 11 de julho de 1984), apenas restou alterada a regra do artigo 23 do Código Penal, mas não que tange à idade. O artigo 27 da *lex nova* estabelece que: “os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas na legislação especial”.

Sua Exposição de Motivos esclarece que a escolha pela manutenção encontrou, na Política Criminal, a sua razão:

Manteve o Projeto a inimputabilidade penal ao menor de 18 anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente antissocial na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. De resto, com a legislação de menores, recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinquente, menor de 18 anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinquente adulto, expondo-o à contaminação carcerária (PIERANGELI, 2001, p. 640).

⁶ “Art. 228 – São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

Em 10 de outubro de 1979, entrou em vigor no Brasil o Código de Menores, instituído pela Lei nº. 6.697, que incorporou vários textos esparsos que versavam sobre a matéria, dos quais se pode citar o Decreto nº. 16.272, de 20 de dezembro de 1923; o Decreto nº. 5.083, de 01 de dezembro de 1926; o Decreto nº. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927; o Decreto-Lei nº. 6.026, de 24 de novembro de 1943; a Lei nº. 4.655, de 02 de junho de 1965; a Lei nº. 5.258, de 10 de abril de 1967 e a Lei nº. 5.439, de 22 de maio de 1968. (qual foi a fixação da inimizabilidade desta lei?)

A lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), revogou a legislação precedente regulamentando todas as questões referentes à criança e ao adolescente, vigente até os dias de hoje. (qual foi a fixação da inimizabilidade desta lei?)

2 MARCO TEMPORAL

A Constituição Federal de 1988 ainda que anterior à Convenção sobre os Direitos da Criança utilizou como fonte o projeto da normativa internacional e sintetizou aqueles preceitos que mais tarde seriam adotados pelas Nações Unidas (ALVES, 2006, p. 7).

O sistema de Direito Penal deve se harmonizar com as liberdades, as garantias e os direitos estabelecidos pela lei fundamental. A inviolabilidade, por exemplo, dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, assegurados pelo art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, há de ser resguardada por normas incriminadoras. São elas que definem os valores fundamentais da vida em sociedade que o Direito Penal objetiva proteger.

Segundo estabelece o artigo 27 do Código Penal: “os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.⁷

O constituinte de 1988, adotando um critério de excessiva abrangência na elaboração da Carta Magna, abrigou em seu texto matérias que poderiam perfeitamente ser objeto de leis ordinárias.

Resulta dessa disposição detalhista do legislador constituinte; talvez até movido pelo espírito reinante à época, de afirmação da existência de direitos, já que o país se democratizava, após 20 anos de Ditadura Militar; a inclusão na Constituição Federal (artigo 228), de matéria já regulamentada e em plena vigência, como o limite de idade constante no supracitado dispositivo do Código Penal, além de positivizar direitos peculiares de crianças e adolescentes: idade mínima de 14 anos para admissão ao trabalho, observado o disposto ao art. 7º, XXXIII (posteriormente alterado pela EC nº. 20 para 16 anos); garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola; garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a

⁷ A matéria é regulada pela Lei nº. 8.069, de 13.7.1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Dec.-lei nº. 6.026, de 24.11.1943.

legislação tutelar específica; obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; 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; programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.

Portanto, a Constituição Federal, visando à proteção dos direitos e garantias que dizem respeito, especificamente, às crianças e aos adolescentes, estabeleceu princípios que viriam a converterem-se em diretrizes de uma lei superveniente, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2008, p. 131).

O Estatuto, por sua vez, teria que seguir o balizamento instituído pela Lei Maior, o que de fato ocorreu, ao estabelecer em seu artigo 104, “caput”, a idade de 18 anos como marco inicial para a penalização de práticas delituosas elencadas no Código Penal.

A inimputabilidade penal antes dos dezoito anos, pela primeira vez na história brasileira, recebeu tratamento constitucional, com todas as implicações de ordem legislativa decorrentes.

Tal dispositivo constitucional, todavia, não é aceito de forma unânime pela coletividade, principalmente quando do cometimento de ato infracional grave (considerado crime hediondo para os imputáveis), num quadro de aumento acentuado da criminalidade em geral, ocasião em que muitas vezes se erguem, com ressonância nos meios de comunicação, clamando pelo rebaixamento do limite de idade da imputabilidade penal.

Por tratar-se de norma constitucional, qualquer modificação exige um “quorum” qualificado, ou seja, três quintos de votos favoráveis dos componentes do Poder Legislativo Federal – Câmara dos Deputados e Senado em duas sessões de votação nas duas Casas do Congresso Nacional.

Há, contudo, uma razão para a dificuldade de alterar-se o texto constitucional, qual seja, a de tornar a Lei Maior um conjunto de princípios que permaneçam no tempo, cuja obediência seja assimilada de tal forma pelos cidadãos, que se torne prática tão usual como certas regras do direito consuetudinário.

Se alguns dispositivos constitucionais ainda podem ser alterados, através de “quorum” qualificado, outros há que não podem ser modificados, como a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes, os direitos e garantias individuais. São as chamadas cláusulas pétreas.

Diante do contexto, cabe examinar a questão da diminuição da idade para efeito da imputabilidade penal, primeiramente pela possibilidade de tal medida ser concretizada através de emenda constitucional, o que necessitaria de três quintos de votos favoráveis das duas Casas do Congresso, ou, em segundo lugar, a inexistência dessa possibilidade, por tratar-se de direito individual garantido pelas cláusulas pétreas.

A polêmica instala-se porque, como se verá adiante, muitos afirmam que o artigo 228 da Constituição Federal, que trata da questão da maioria penal, pode ser entendido como garantia individual, mesmo não estando incluída no respectivo Título (II) da Constituição que regula a matéria, não podendo, portanto, ser alterado sem afronta às cláusulas pétreas. Outros sustentam, nessa mesma linha contrária à sua alteração, que determinada proposta afrontaria uma decisão fundamental do constituinte e não poderia, por isso, ser admitida.

Mas, existe uma corrente (minoritária) em crescimento que discorda dessa imutabilidade da idade da inimputabilidade penal, uma vez que não se encontra elencada no artigo 5º da Constituição Federal e, portanto, não se trata de cláusula pétrea, defendendo, assim, a redução da maioria penal.

Neste item, porém, atêm-se apenas sobre a questão legislativa e constitucional do tema.

Uma das hipóteses que aqui se apresenta é a de considerar o artigo 228 uma cláusula pétrea, integrante do cerne imutável da Carta Magna de 1988. Dessa maneira, a idade da imputabilidade penal aos dezoito anos versaria numa garantia fundamental do indivíduo (das crianças e adolescentes), ou seja, um direito da mesma importância daqueles relacionados no art. 5º, caracterizando, assim, uma ‘cláusula pétrea’, que, como tal, é insuscetível de ser abolida por Emenda à Constituição.

A outra é justamente oposta, pela qual o artigo 228 pode ser alterado por não ser uma garantia individual protegida pela impossibilidade de mudança conferida às 'cláusulas pétreas'.

Para os defensores da redução da maioria penal, isso somente poderá suceder, quando for alterado o disposto no artigo 228, que versa sobre matéria de ordem constitucional.

A polêmica maior, portanto, é se a maioria penal estaria ou não elencada entre os direitos e garantias individuais e, ainda, constituindo os 18 anos de idade o marco onde se inicia a vida adulta, quando a pessoa torna-se titular de direitos e obrigações, conforme estabelece o novo Código Civil a partir de 2003, sujeitando-se às cominações por prática de atos ilícitos, de acordo com o Código Penal. Há atividades cuja prática se permite com idade inferior, por exemplo, no caso do direito ao voto aos 16 anos⁸, embora facultativo, bem como, às ligadas ao Direito do Trabalho, que possibilita iniciação do trabalho aos 14 anos⁹, na qualidade de aprendiz.

⁸ Conforme previsto na Constituição Federal de 1988, artigo 14, parágrafo 1º, inciso II, alínea "c" - o voto é facultativo para os maiores de 16 anos e menores de 18 anos. (BRASIL. 2008, p. 16).

⁹ Conforme previsto na Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº. 20 de 15/12/1998, em seu artigo 7º, inciso XXXIII - a idade mínima para trabalhar é 16 anos, embora o menor com 14 anos possa ser admitido como aprendiz. (BRASIL. 2008, p. 13).

3 CRITÉRIO PARA FIXAR A INIMPUTABILIDADE

3.1 Inimputabilidade

Inimputabilidade é a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Assim, a inimputabilidade é a falta de capacidade de entender o caráter ilícito de um fato, ou seja, a falta de entendimento por algum motivo alheio à vontade do agente, assim como a idade ou a falta de total desenvolvimento físico ou psíquico.

O artigo 26 do Código Penal elenca as causas de exclusão da imputabilidade. São elas: doença mental, desenvolvimento mental incompleto, desenvolvimento mental retardado. Cabe acrescentar, ainda, a embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, a qual está prevista no artigo 28 § 1º do Código Penal.

A menoridade penal, também causa de exclusão da imputabilidade, é abrangida no artigo 26 do Código Penal (desenvolvimento mental incompleto) e também é prevista na Constituição Federal em seu artigo 228.

O Código Penal em seu artigo 27 dispõe a respeito da inimputabilidade do menor: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.

O artigo adota o critério biológico, ou seja, pouco importa a capacidade de desenvolvimento do menor, pois apenas leva-se em conta o fato da pessoa ser menor de 18 anos.

Trata-se de presunção absoluta, uma vez que não faz diferença o fato de o adolescente já possuir capacidade de entendimento de seus atos. Assim, pelo critério biológico adotado pelo Código Penal, pouco importará a capacidade de entendimento do adolescente, bastando que ele seja menor de 18 anos para ser considerado inimputável.

3.2 Sistema biológico

Este sistema busca analisar se o agente é portador de alguma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Será considerado inimputável, independentemente de qualquer verificação dessa anomalia ter retirado ou não a capacidade de entendimento e autodeterminação.

O professor Rogério Greco (2011, p. 388) ensina que:

A inimputabilidade por imaturidade natural ocorre em virtude de uma presunção legal, em que, por questões de política criminal, entendeu o legislador brasileiro que os menores de 18 anos não gozam de plena capacidade de entendimento que lhes permita imputar a prática de um fato típico e ilícito.

Como visto, o Código Penal adotou esse sistema, onde o desenvolvimento incompleto presume a incapacidade de entendimento e vontade. Pode ocorrer que o adolescente entenda perfeitamente o crime¹⁰ de furto, roubo e homicídio que tenha praticado, mas a lei presume que ele não sabe o que faz, adotando de forma inequívoca o sistema biológico.

3.3 Sistema psicológico

Esse sistema preocupa-se apenas com o momento da ação ou omissão criminosa para saber se o agente possuía ou não condições de avaliar a prática criminosa e não com a existência de perturbação mental do agente quando da prática do ato.

¹⁰ O adolescente não pratica crime ou contravenção, mas sim ato infracional. A comprovação da autoria e da materialidade da infração é condição necessária para que o adolescente seja responsabilizado. O ECA considera autores de infração apenas os adolescentes: **peçoas** de 12 **anos incompletos** a 18 anos incompletos.

O membro do Ministério Público, Fernando Capez (2007, p. 310), ajuda a compreender esse sistema:

Pode-se dizer que, enquanto o sistema biológico só se preocupa com a existência da causa geradora da inimputabilidade, não se importando se ela efetivamente afeta ou não o poder de compreensão do agente, o sistema psicológico volta suas atenções apenas para o momento da prática do crime.

O Código Penal brasileiro não adota o sistema psicológico, pois seria inaceitável o arbítrio que seria conferido ao juiz para reconhecer ou não o estado de imputabilidade do agente que pratica a conduta delituosa.

3.4 Sistema biopsicológico

Esse sistema utiliza os dois sistemas anteriores. Nesse sentido, Fernando Capez (2001, p. 284-285) ensina que:

Combina os dois sistemas anteriores, exigindo que a causa geradora esteja prevista em lei e que, além disso, atue efetivamente no momento da ação delituosa, retirando do agente a capacidade de entendimento e vontade. Dessa forma, será inimputável aquele que, em razão de uma causa prevista em lei (doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado), atue no momento da prática da infração penal sem capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

(achei que aqui faltou completar o item)

4 REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

4.1 Os artigos 228 e 227 da Constituição Federal e a impossibilidade de modificação

Discute-se atualmente no Brasil a respeito da diminuição da menoridade penal por diversos fatores, no entanto, tal proposta necessitaria de modificações no plano constitucional.

A Constituição de 1988 selecionou em seu artigo 60 matérias que não poderiam ser modificadas mediante emenda constitucional, ressaltando os direitos e garantias individuais previstos no parágrafo 4º, inciso IV do artigo. São as cláusulas pétreas.

A inimputabilidade penal é matéria constitucional prevista nos artigos 227 e 228, definindo o legislador, conforme o sistema biológico, os limites da idade penal, assim como trata no artigo 5º de diversas questões penais.

O artigo 5º da Constituição Federal estabelece o rol de direitos e garantias individuais da pessoa humana. Ressalta-se ser indiscutível seu caráter de cláusula pétrea.

Ademais, o próprio parágrafo 2º do mesmo artigo dispõe sobre a existência de direitos e garantias individuais dispersos pela Constituição Federal. Assim, tal parágrafo admite que o rol do artigo 5º não é taxativo.

Vale destacar que o inciso IV, do parágrafo 4º, do artigo 60 refere-se a todo e qualquer direito e garantia individual previsto na Carta Magna. Dessa forma, conclui-se que não só os direitos e garantias individuais elencados no rol do artigo 5º é que são insusceptíveis de alteração mediante emenda.

O Promotor de Justiça Gercino Gerson Gomes Neto (2011) cita o doutrinador Ives Gandra Martins:

Os direitos e garantias individuais conformam uma norma pétrea. Não são eles apenas os que estão no art. 5º, mas, como determina o parágrafo 2º do mesmo artigo, incluem outros que se espalham pelo Texto Constitucional e outros que decorrem de implicitude inequívoca. Trata-se, portanto, de um elenco cuja extensão não se encontra em Textos Constitucionais anteriores.

De acordo com Fernando Cordeiro Sátilo Júnior (2011):

Neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal (Adin nº 939-7/DF) ao considerar cláusula pétrea, e conseqüentemente imodificável, a garantia constitucional assegurada ao cidadão no art. 150, II, 'b', da Constituição Federal (princípio da anterioridade tributária), entendendo que ao visar subtraí-la de sua esfera protetiva, estaria a Emenda Constitucional nº. 3, de 1993, deparando-se com um obstáculo intransponível, contido no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, pois, 'admitir que a União, no exercício de sua competência residual, ainda que por emenda constitucional, pudesse excepcionar a aplicação desta garantia individual do contribuinte, implica em conceder ao ente tributante poder que o constituinte expressamente lhe subtraiu ao vedar a deliberação de proposta de emenda à constituição tendente a abolir os direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados. Importante, também, ressaltar, que na citada Adin nº 939-7/DF, o Ministro Carlos Veloso referiu-se aos direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos como pertencentes à categoria de direitos e garantias individuais, logo imodificáveis, enquanto o Ministro Marco Aurélio afirmou a relação de continência dos direitos sociais dentre os direitos individuais previstos no art. 60, § 4º, da Constituição Federal.

(achei que aqui faltou completar o item)

4.2 Argumentos contrários à redução da maioria penal

Primeiramente, vale salientar que a redução da idade penal afronta a Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da Criança, a qual foi ratificada pelo Brasil através do Congresso Nacional.

A postura do legislador não foi de paternalismo, uma vez que define direitos e, em contrapartida, não permite que os menores de 18 anos fiquem impunes quando cometerem atos infracionais. A Lei nº. 8.069/90, em seu artigo 104, sujeita os

adolescentes que cometerem um ilícito penal às medidas socioeducativas, que poderão ir de simples advertência até a internação (art.112), conforme o caso. A internação nada mais é do que a privação de liberdade do adolescente infrator em estabelecimento próprio e adequado, onde somente estarão outros adolescentes, com o acompanhamento de técnicos por todo o tempo que ali permanecerem, visando sempre puni-los e ressocializá-los.

Portanto, a ideia de que o Estatuto da Criança e do Adolescente não pune é equivocada, pois o legislador os pune através da imposição de medidas socioeducativas.

Não se pode comparar a faculdade de votar com a obrigação de responder penalmente pelo delito praticado, pois se trata de fatos distintos. Ora, ao recolher um menor de 17 anos de idade em um presídio comum estar-se-á dispensando a ele o mesmo tratamento de delinquente adulto, sendo que o primeiro, uma vez recolhido ao presídio e exposto à contaminação carcerária, sem possuir o necessário desenvolvimento físico e psíquico para tanto, não terá qualquer chance de recuperação e, obviamente, voltará a delinquir.

Normalmente, os adolescentes infratores não cometem o crime a sós e sim em concurso com uma pessoa maior de idade. Ou seja, eles são devidamente orientados. Assim, questiona-se se a redução da maioridade penal não acarretaria apenas em um aumento do índice de criminalidade entre os jovens com até 16 anos. Em consequência, rebaixar a idade penal para que os indivíduos com menos de 18 não fossem utilizados pelo crime organizado, equivaleria a jogar ao mundo do crime, jovens cada vez com menor idade: adotando-se o critério de 16, os traficantes recrutariam os de 15; reduzindo-se para 11, na manhã seguinte os de 10 seriam aliciados como soldados do tráfico.

Ademais, a ideia de que a redução da maioridade penal teria um impacto intimidatório e que contribuiria para diminuir a criminalidade não se sustenta, pois as sanções penais não são nem mesmo capazes de refrear os adultos. Ao contrário, os delinquentes voltam da cadeia muito piores do que quando entraram.

O sistema carcerário mostra-se falido para os adultos, portanto, em nada modificaria a inclusão de menores de 18 anos em tal sistema. Assim, conclui-se que

a melhor maneira de reduzir a criminalidade entre os jovens seria aumentar as oportunidades concedidas a eles.

Nesse sentido, o adolescente marginalizado surge de um estado de injustiça social crônico que gera e agrava o pauperismo em que sobrevive a maior parte da população. Na medida em que cresce a desigualdade econômica e a decadência moral, aumenta a criminalidade.

André Chaves de Melo (2011), em um estudo meticuloso, argumenta:

A partir das informações sobre o período de agosto de 98 a julho de 99, obtidas junto ao Banco de Dados do Ministério Público, o pesquisador pôde descrever um quadro bastante preciso da atual situação. Segundo Brandão, em julho de 1995 a Febem tinha 2.104 internos. Em agosto de 98 esse número saltou para 3.821, um aumento de 81,6%, chegando a 3.968 em setembro de 1999, o que representa cerca de 53% dos adolescentes internados no País, apesar da população do Estado de São Paulo representar apenas 21,7% da população brasileira. "Esse aumento se explica devido à ação mais severa por parte do Sistema Judiciário paulista, assim como o baixíssimo número de procuradores responsáveis pela defesa destes adolescentes, além de outros fatores", afirma.

Um dos primeiros resultados da pesquisa é que há um maior número de infratores negros, originários de famílias naturais de São Paulo, com rendas inferiores às médias do município e com um expressivo abandono educacional. "A origem disso está em nosso processo histórico de exclusão social desse grupo e no fato de que, possivelmente, o adolescente negro, independente de estar ou não mais envolvido com a prática de atos infracionais é, frequentemente, mais encaminhado às instâncias policiais e judiciais do que o adolescente branco", conclui o pesquisador. "Também detectamos que 66% dos familiares dos infratores moravam no município há mais de 15 anos, o que acaba com as afirmações preconceituosas relacionadas a uma suposta maior participação de migrantes nas atividades criminosas".

Outro dado interessante é que, geralmente, os adolescentes infratores são, em sua maioria, do sexo masculino e apresentam problemas escolares. Para se ter uma ideia, segundo o pesquisador, apenas 2,7% dos menores infratores ao serem internados na Febem estavam acima da 8ª série, o que sugere que quanto maior é o nível de escolaridade, maior é a proteção contra a prática de crimes. No Brasil todo, 96,6% dos menores infratores não concluíram o ensino fundamental. A falta de escolaridade também parece estar relacionada com a reincidência. "Apenas 9,1% dos que estão acima da 8ª série são reincidentes, número três vezes menor do que o daqueles que estudam até a 4ª série", afirma Brandão.

Dessa maneira, é evidente a relação entre o nível cultural e social do adolescente com o índice de criminalidade.

Uma boa estrutura familiar em conjunto com a atuação estatal de modo a promover programas para a socialização dos jovens são fatores essenciais para a adequada formação do jovem.

Para essa corrente, a melhor forma de reduzir a criminalidade entre jovens, não é apenas reduzir a maioridade penal para 16 anos, pois essa proposta demonstra-se simplista e incapaz de ser a chave para a resolução dos problemas sociais. Portanto, a redução do índice de criminalidade de criança e adolescente implica muito mais do que a redução da maioridade e sim em uma reestruturação familiar e escolar, resumindo-se na criação de bases sociais mais sólidas.

4.3 Argumentos favoráveis à redução da maioridade penal

Atualmente, o aumento do número de adolescentes na prática de atitudes criminosas é nítido, sendo que tais crimes não mais se limitam ao cometimento de pequenos delitos. A imprensa noticia com frequência o envolvimento de menores em crimes hediondos, como homicídio qualificado, tráfico de entorpecentes, estupro, extorsão mediante sequestro, latrocínio, etc.

É evidente o desfalque na educação pública em nosso país, mas, para essa corrente, tal fato não pode servir como escusa para a não punição de adolescentes. Assim, mesmo que o adolescente não tenha recebido uma orientação adequada durante seu desenvolvimento mental, este tem plena consciência de que é errado roubar, matar, abusar sexualmente de alguém. Ora, qualquer pessoa possui, pelo menos no seu íntimo, tais princípios, uma vez que esses dizem respeito a direitos inerentes ao ser humano, como, por exemplo, o direito à vida.

O jovem deste novo milênio não é aquele ingênuo de meados do Século XX. Ora, a sociedade evoluiu muito nas últimas décadas. Portanto, diante desse contexto, o adolescente entre 16 e 18 anos precisa ser encarado como pessoa capaz de entender as consequências de seus atos, devendo submeter-se às sanções de ordem penal. Como exposto, o jovem nessa faixa etária possui plena capacidade de discernimento, sabe e consegue determinar-se de acordo com esse entendimento.

Na sociedade de hoje sabe-se que um adolescente, por mais alienado que seja, possui o mínimo de informações para saber sobre a tipicidade de um fato. Ora, o adolescente, apesar de não possuir desenvolvimento mental completo, não é doente mental, ou seja, possui plena consciência da ilicitude de uma ação. No entanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente equipara o menor de 18 anos ao doente mental ou à pessoa com desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Não se pode questionar que um adolescente possui plena noção sobre a gravidade de um homicídio, latrocínio e demais crimes. Ressalta-se, ainda, que mesmo se o adolescente infrator tiver inteligência facilmente comprovada e plena capacidade intelectual e volitiva, não irá responder por nenhum crime.

Consequentemente, a “desculpa” de que há falta de assistência por parte da sociedade, não é suficiente para que se aceite pacificamente e sem nenhum tipo de repressão: roubos, estupros, homicídios praticados por adolescentes e crianças que não tiveram a devida atenção, educação e cuidados.

Ademais, não é coerente que diante da facilidade de acesso a informações existente atualmente, presuma-se, acima de qualquer coisa, a incapacidade do adolescente de entender a gravidade de um ato ilícito.

Sabe-se que deixar criminosos na rua, apesar de sua pouca idade, acarreta perigo para sociedade. Assim, desemboca-se em um dilema entre a segurança das pessoas e o Princípio da Proteção Integral ao jovem, disposto no artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual coloca em primeiro lugar o jovem e deixa de lado a sociedade.

A ressocialização do adolescente infrator também é o objetivo do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas tal fato exige tamanha estrutura e respaldo social dado pelo Estado, o que de fato não existe. Para que a ressocialização do jovem realmente aconteça deveria existir uma verdadeira integração entre o Estado e a família, pois nada adianta, por exemplo, se o primeiro punir com uma medida de internação e a entidade familiar apenas incentivar, sem nada fazer.

A maioria aos 18 anos que está prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente é estabelecida conforme orientação da ONU. Entretanto, deve-se considerar que na época em que esse parâmetro foi definido, uma pessoa de 18 anos era bem menos madura do que nos dias atuais. Assim, o próprio Código Civil

de 2002 concedeu capacidade civil aos maiores de 18 anos e, considerou as pessoas entre 16 e 18 anos como relativamente capazes, concedendo-lhes alguns poderes.

A legislação penal brasileira considera que o menor de 18 anos não possui desenvolvimento capaz de compreender exatamente a sua conduta, assim não podendo pena criminal, mas deve ser atendido em programas de socialização através da aplicação de medidas socioeducativas. Esse sistema do ECA é aparentemente bem eficaz, no entanto o índice de criminalidade entre crianças e adolescentes continua aumentando. Dessa forma, questiona-se se a internação de três anos seria suficiente para educar ou socializar um autor de crimes hediondos, o qual demonstra sério risco para a sociedade.

Em suma, apesar dos avanços trazidos pelo ECA, a manutenção da maioria penal em 18 anos é um retrocesso ao considerarem-se os avanços na sociedade moderna. Dessa forma, não se pode assistir de braços cruzados a escalada de violência, onde menores de 18 anos praticam os mais hediondos crimes e já integram organizações delituosas e são inteiramente capazes de entender o caráter ilícito do fato e de determinarem-se de acordo com esse entendimento.

5 DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

As medidas socioeducativas são aplicáveis aos adolescentes que incidirem na prática de atos infracionais. Essas medidas estão regulamentadas no Estatuto nos artigos 112 a 130.

O artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente enumera as medidas que poderão ser aplicadas:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I - advertência;

II - obrigação de reparar o dano;

III - prestação de serviços à comunidade;

IV - liberdade assistida;

V - inserção em regime de semiliberdade;

VI - internação em estabelecimento educacional;

VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

Ressalta-se que para Válter Kenji Ishida (2006, p. 170) existe certa semelhança entre tais medidas e as aplicadas na esfera penal. Assim dispõe o doutrinador:

O artigo em tela reproduz as medidas cabíveis que encontram certa semelhança com as aplicadas na esfera penal: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços, liberdade assistida, regime de semiliberdade, internação e ainda medidas de proteção.

Por outro lado, o autor cita em sua obra um julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual diferencia o processo-crime do procedimento menorista.

Se o objetivo da lei é a proteção da criança e do adolescente com a aplicação de medidas socioeducativas tendentes a permitir a sua remissão dos maus atos e de procedimento irregular que possa impedir seu desenvolvimento e integração na sociedade, o que se deve ser analisado é a sua conduta, sob o aspecto da sua adequação social e da sua conformação com os hábitos e costumes tradicionalmente aceitos. Em outras palavras, não se exige que o menor tenha praticado um crime para, só então, aplicar-lhe medida socioeducativa. Se assim for, a medida perderá esse caráter de proteção social e educativa, para transmudar-se em verdadeira pena. (TJSP – C. Esp. – Ap. 24.020- 0 – Rel. Yussef Cahali – j. 23-3-95). (ISHIDA, 2006, p. 170).

(achei que aqui faltou completar o item – vc pode falar que vai comentar individualmente as medidas)

5.1 Modalidades das Medidas Socioeducativas

A advertência está prevista no artigo 115 do ECA, sendo esta a primeira medida judicial a ser aplicada ao adolescente infrator. Essa medida consiste em uma leitura do ato praticado pelo adolescente e a sua promessa de que tal fato não mais se repetirá. Essa medida é aplicada em casos de pequenos furtos, agressões leves, visando a integração sociofamiliar.

A obrigação de reparar o dano é prevista nos casos que implicam em infrações com reflexos patrimoniais. Essa medida possui uma finalidade educativa, uma vez que desenvolve no adolescente uma noção a respeito das coisas alheias.

O artigo 117 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a prestação de serviços à comunidade, pela qual o adolescente realiza tarefas gratuitas de interesses gerais por período não superior a seis meses. Salieta-se que a realização de tarefas deve ser gratuita.

O artigo 118 do ECA, por sua vez, dispõe sobre a liberdade assistida, a qual também possui prazo máximo de seis meses, sendo que poderá ser prorrogada. Nessa hipótese o adolescente passa a não possuir mais total liberdade, uma vez que ele é acompanhado por um profissional que deverá orientá-lo, afim de que a conduta criminosa não se repita. Aqui o adolescente continua convivendo socialmente, no entanto tem sua liberdade e seus direitos limitados em alguns casos.

O regime de semiliberdade é regulado no artigo 120 do ECA, sendo que neste o adolescente fica internado, podendo realizar atividades externas. As atividades externas compreendem estudo e trabalho.

A medida de internação é a mais grave, pois se trata de privação da liberdade do adolescente. A internação é regida por três princípios: o da brevidade, ou seja, deverá durar o tempo suficiente para recuperação do infrator; o da excepcionalidade, somente será aplicado quando as demais medidas forem ineficazes; e, por fim o do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, a fim de garantir o desenvolvimento do adolescente.

5.2 Estabelecimento Educacional

A medida de internação deverá ser cumprida em estabelecimento educacional, conforme disposto no artigo 112, VI do Estatuto da Criança e do Adolescente: [...] VI - *internação em estabelecimento educacional*.

Tais estabelecimentos devem cumprir as obrigações elencadas no artigo 94 da Lei 8069/90 a fim de garantir os direitos previstos no artigo 124 do mesmo diploma legal.

Entretanto, discute-se a possibilidade do adolescente sujeito à internação cumprir a sanção em estabelecimento prisional. Dessa maneira, existem julgados que admitem o cumprimento da medida socioeducativa em estabelecimento prisional diante da inexistência de estabelecimento educacional, desde que respeitada a finalidade do artigo 185 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

HABEAS CORPUS. ADOLESCENTES SUBMETIDOS À MEDIDA DE INTERNAÇÃO POR TEMPO INDETERMINADO. ART. 122, I, DO ECA. ATO INFRACIONAL CORRESPONDENTE AO DELITO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. AUSÊNCIA, NA COMARCA, DE ESTABELECIMENTO ADEQUADO PARA O CUMPRIMENTO DA MEDIDA. PACIENTES CUSTODIADOS, PROVISORIAMENTE, EM CADEIA PÚBLICA LOCAL, PORÉM, ISOLADOS DOS DEMAIS DETENTOS. INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL, JÁ QUE ATINGIDO O ESCOPO DO ART. 185 DO ECA, QUAL SEJA, PRESERVAR A INTEGRIDADE FÍSICA DOS ADOLESCENTES, BEM COMO PROTEGÊ-

LOS DAS PERNICIOSAS CONSEQUÊNCIAS QUE PODERIAM ADVIR DA CONVIVÊNCIA COM OS DETENTOS ADULTOS.

Ordem denegada, recomendando-se ao Juízo da Infância e da Juventude que agilize a transferência dos pacientes ao estabelecimento adequado, se tal já não ocorreu.

(HC 15847/MG, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2001, DJ 13/08/2001, p. 190)

PROCESSO PENAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ARTIGO 185.

CUMPRIMENTO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. POSSIBILIDADE. CAUTELAS.

Em caráter excepcional, não constitui constrangimento ilegal e nem viola o artigo 185 do Estatuto da Criança e do Adolescente o internamento provisório de menor infrator em estabelecimento prisional, desde que permaneça separado dos presos comuns.

Precedente.

Recurso improvido.

(RHC 11165/MG, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 08/05/2001, DJ 01/10/2001, p. 248).

Para os adeptos a essa corrente, não constitui constrangimento ilegal, nem mesmo violação ao artigo 185 do ECA, o internamento provisório de adolescentes infratores em ala de estabelecimento prisional, desde que permaneçam separados dos demais detentos. Sendo certo que os adolescentes deverão desenvolver atividades pedagógicas.

Assim, pouco importa o fato do artigo 185 proibir o cumprimento da medida de internação em estabelecimento prisional, sendo necessário apenas o cumprimento da finalidade deste artigo e a separação entre os condenados pela Justiça Criminal e os adolescentes.

Por outro lado, deixar que o adolescente cumpra a medida socioeducativa em estabelecimento prisional, apesar de aparentar ser uma solução prática, poderá trazer consequências graves, uma vez que tais unidades não possuem condições mínimas de reeducação e não cumprem as exigências dispostas em lei.

Outrossim, o acolhimento de jovens infratores em presídios afronta a Constituição Federal, a legislação ordinária, a Convenção sobre Direito das Crianças, e também a resoluções do Conanda e do Condeca/SP. Ressalta-se, ainda, a clareza do artigo 123 do Estatuto da Criança e do Adolescente ao enfatizar que a internação deverá ser cumprida em entidade *exclusiva*.

Ademais, entre a prisão e a internação existem muitas diferenças, sendo a principal que esta última é cumprida, segundo determinação legal, em

estabelecimento educacional (art. 112, VI do ECA), o qual deve observar as obrigações do art. 94 do ECA a fim de garantir os direitos previstos no art. 124 da mesma lei.

Ora, a colocação do adolescente em prisões comuns mostra-se medida absurda, uma vez que no próprio sistema penitenciário o imputável tem o direito de cumprir a pena em regime semi-aberto no caso de inexistência de vagas no regime fechado. Dessa forma, se nesse caso o delinquente é colocado em liberdade, seria injusto que o adolescente, na falta de estabelecimento para o cumprimento da medida socioeducativa, fosse colocado em local nitidamente inadequado para um menor de idade.

Sobre o tema discorre o julgado a seguir:

Habeas Corpus. Constrangimento Ilegal. Ocorrência. Condenação no regime semi-aberto. Paciente preso em regime fechado. Falta de vagas em estabelecimento adequado não autoriza mudança para regime mais rigoroso. Réu que não pode arcar com as consequências da deficiência do sistema prisional. Espera de vaga no regime de prisão albergue domiciliar. Ordem concedida. A falta de vagas ou inexistência de estabelecimento adequado para cumprimento do regime prisional inicial imposto na sentença não constitui motivo para autorizar o juiz da execução efetuar mudança para regime mais rigoroso, pois a negligência do Poder Executivo em providenciar infraestrutura do sistema penitenciário não pode recair sobre o condenado. (Ag n. 101.138-3, 1ª Ccrim., rel. des. Nelson Fonseca, RT 672/312) (TJSP, HC 260.199-3/5, Mogi Guaçu, 5ª Ccrim., rel. des. Celso Limongi, j. 6.08.98).

Na área da Infância e Juventude, especificamente, há precedente jurisprudencial no sentido de que, não sendo possível a remoção de jovem custodiado em delegacia ou cadeia para centro de internação no prazo de cinco dias conforme art. 185, parágrafo 2º, do ECA, impõe-se sua liberação:

Habeas Corpus – Internamento provisório – Cumprimento em estabelecimento prisional, por prazo superior a cinco dias. Inadmissibilidade. Ofensa ao art. 185 e parágrafos da Lei 8069/90. “Não sendo possível a pronta transferência do adolescente para estabelecimento apropriado, poderá ele permanecer em repartição policial, desde que isolado dos adultos, pelo prazo máximo de cinco dias. Excedido esse prazo, sem ter sido efetivada a remoção, impõe-se a liberação do adolescente”. A internação não pode ser cumprida em estabelecimento prisional, devendo o infrator, se inexistente na comarca entidade exclusiva com as características definidas no art. 123 do ECA, ser imediatamente transferido para a localidade mais próxima. Excepcionalmente, sendo impossível a

pronta transferência, o adolescente poderá aguardar sua remoção em repartição policial, por prazo não superior a cinco (5) dias (art. 185, parágrafos). Como ensina José Luiz Mônaco da Silva... “o decurso desse prazo, sem o devido cumprimento, ocasionará a liberação do adolescente, pouco importando a natureza do ato infracional praticado”. (cf. “Estatuto da Criança e do Adolescente – Comentários”, pág. 316 – RT – 1994) (in Biblioteca dos Direitos da Criança ABMP – Jurisprudência vol. 1/97 – TJPR, HC 95.1490-4, rel. Des. Carlos Hoffmann, j. 4/12/95).

Ocorre a violação de diversos dispositivos normativos quando se permite o cumprimento de medida socioeducativa de internação em uma prisão comum. Por consequência, a permanência de adolescentes em prisões enseja propositura de *Habeas Corpus*, a fim de sanar ou evitar o constrangimento ilegal.

Resta claro que o ECA não admite o cumprimento de internação provisória, por mais de cinco dias, em cadeias ou delegacias, mesmo que separados os adolescentes dos maiores imputáveis. Assim, caso não seja possível remover os adolescentes para estabelecimento adequado, eles deverão ser liberados.

Por outro lado, deve-se admitir que são raras as entidades cumpridoras da totalidade das obrigações do art. 94 do ECA, não podendo a medida de internação subsistir sem atividades pedagógicas (art. 123, parágrafo único, 94, X e 124, XI do ECA) e sem atendimento técnico. Ressalta-se que este último consiste no trabalho de acompanhamento por equipe multiprofissional com o escopo de promover a aceitação e avaliar a assimilação, por parte do jovem, do programa pedagógico. Mas, ressalta-se que cabe ao Estado providenciar infraestrutura para o cumprimento de medida socioeducativa de internação, não podendo que tal negligência ou mesmo descaso recaia sobre o adolescente internado.

Por derradeiro, a condenação destituída de acompanhamento técnico-pedagógico, tende a corromper o jovem, agravando a situação preexistente ao encarceramento, de modo que a liberação, neste caso, é menos danosa à própria ordem pública, do que a manutenção da custódia. Consequentemente, só resta à sociedade cobrar do Estado a construção de unidades adequadas, reformas e manutenção nos estabelecimentos educacionais já existentes, visando o disposto no artigo 1º do Estatuto da Criança e do adolescente, o qual prioriza a Proteção Integral ao jovem.

CONCLUSÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, a fim de sancionar os adolescentes infratores, as medidas socioeducativas, dentre elas: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviço à comunidade, liberdade assistida, regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional. Trata-se de legislação muito avançada, vez que reconhece e protege os direitos dos adolescentes e, ao mesmo tempo prevê as medidas socioeducativas.

Portanto, a legislação em vigor possui diversas medidas capazes de inibir a prática delitiva. Por outro lado, há quem afirme erroneamente que o ECA não pune os adolescentes infratores, sendo que tal corrente é adepta à redução da maioria penal.

Ora, é evidente que a simples redução da maioria penal não é a grande solução para a redução da criminalidade, mas sim uma reestruturação da sociedade, ou seja, investimento na educação, família, saúde e redução das desigualdades sociais, a fim de garantir uma vida digna a todo cidadão.

Ademais, o artigo 228 da Constituição Federal é cláusula pétrea, ou seja, não pode ser modificada. Portanto a redução da maioria penal pressupõe uma nova ordem jurídica.

Enfim, a redução da maioria penal não é a solução adequada para o nosso país, mas sim medidas de caráter social capazes de melhorar as condições da massa mais carente da sociedade.

REFERÊNCIAS

(está faltando o meu livro “Processo Penal Juvenil”)

ALVES, Vilson Rodrigues. **Da Prescrição e da Decadência no Novo Código Civil**. São Paulo: Servanda, 3ª ed., 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Anteprojeto de Código Penal. Parte Geral**. “Revista Justitia” do Ministério Público. Vol. 67, 1970.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRUNO, ANIBAL. **Direito Penal, parte geral**, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – vol.1**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, parte geral**. 11. edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal, parte geral**. 13. edição. Niterói: Editora Impetus, 2011.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2006.

JUNIOR, Fernando Cordeiro Sátiro **O artigo 228 da constituição federal e a impossibilidade jurídica de se reduzir a menoridade penal por meio de emenda constitucional**. Disponível em: www.datavenia.net/opiniao/artigo228constituicaofederal.htm. Acesso em: 10/04/2011.

LIBERATI, Wilson Neves. **Adolescente em Conflito com a Lei: prevenção e proteção integral**. Campinas: Sevanda, 2006.

MELO, André Chaves. **Nível de escolarização e criminalidade se relacionam, afirma estudo**. Disponível em: www.usp.br/agen/rede689.htm. Acesso em: 20/04/2011.

MENEZES, Tobias Barreto de. **Menores e Loucos em Direito Penal**. Rio de Janeiro: Organizações Simões, 1951.

NETO, Gercino Gerson Gomes **A inimputabilidade penal como cláusula pétrea**. Disponível em: www.mj.gov.br/sedn/ct/conanda/inimputabilidade.doc. Acesso em: 15/4/2011.

NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1993.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **A Constituinte e a Menoridade Penal**, in Repertório IOB de Jurisprudência, 2. Quinzena de Junho de 1988, n. 12/88.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em Conflito com a Lei: da indiferença à proteção integral: Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.