



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO**

LEILA REGINA DE BRITO ANDRADE CARTAXO

**A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL: UMA PERSPECTIVA
JURÍDICO-CONSTITUCIONAL**

**NATAL – RN
2016**

LEILA REGINA DE BRITO ANDRADE CARTAXO

**A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL: UMA PERSPECTIVA
JURÍDICO-CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Ricardo Tinoco de Góes.

**NATAL – RN
2016**

Catálogo da Publicação na Fonte.

UFRN / Biblioteca Setorial do CCSA

Cartaxo, Leila Regina de Brito Andrade.

A redução da maioria penal no Brasil: uma perspectiva jurídico-constitucional/ Leila Regina de Brito Andrade Cartaxo. - Natal, RN, 2016.

144 f.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Tinoco de Góes.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-graduação em Direito.

1. Maioria penal - Redução – Dissertação. 2. Inimputabilidade penal - Dissertação. 3. Cláusula pétrea - Dissertação. 4. Imputação – Dissertação. I. Góes, Ricardo Tinoco de. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/BS/CCSA

CDU 343.2

LEILA REGINA DE BRITO ANDRADE CARTAXO

**A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL: UMA PERSPECTIVA
JURÍDICO-CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Ricardo Tinoco de Góes.

Aprovada em: 30/05/2016.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Ricardo Tinoco de Góes
Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Presidente

Professora Doutora Patrícia Borba Vilar Guimarães
Universidade Federal do Rio Grande do Norte
1ª Examinadora

Professor Doutor Francisco Seráfico da Nóbrega Coutinho
2ª Examinador

Dedico este trabalho à minha mãe, fonte de inspiração, eternas saudades.

Dedico também à minha filha Lara, primogênita, que um dia entenderá a ausência em ocasiões cotidianas e à minha caçula, Luiza, que participou do mestrado de forma peculiar, pois foi gerada no decorrer das aulas do primeiro semestre.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me dotado de força, saúde e determinação para alcançar esse objetivo, apesar de todas as dificuldades que ocorreram no percurso.

Agradeço ao meu esposo Leonardo Cartaxo, que encarou comigo esse desafio, compartilhando as alegrias e dificuldades de um mestrado.

Agradeço a meu pai, por sempre ter me encorajado a continuar estudando, e por ter me transmitido a mais importante herança: a educação.

Agradeço à minha madrasta e irmão, pelo incentivo e apoio.

Sou grata ao meu professor orientador, Ricardo Tinoco de Góes, em especial pela atenção e conhecimentos compartilhados.

Sou grata também aos amigos e familiares pela compreensão nos momentos em que não pude estar com eles nos momentos de lazer.

“As leis não bastam. Os lírios não nascem da lei”.

Nosso Tempo - Carlos Drummond de Andrade

RESUMO

A presente dissertação tem o objetivo precípua de apreciar a legitimidade jurídico-constitucional da redução da maioria penal no Brasil. O trabalho busca demonstrar os postulados filosóficos, morais e jurídicos que assentam a imputação. Partindo da defesa de que somente com um olhar cuidadoso é possível chegar à imputação devida, serão descritos os requisitos da inimputabilidade das pessoas que não atingiram a maioria penal e quais os ditames que a estabelecem. Ao longo do texto, destacar-se-á o contexto histórico no qual foi fixada a idade penal mínima em dezoito anos, bem como em que aspecto essa previsão estaria inserida nas cláusulas pétreas. O estudo do tema revela a preocupação da sociedade com o aumento da violência e a disseminação pela mídia da redução da idade penal mínima como sendo a solução “mágica”. A partir disso, tratou-se do elemento social e das estatísticas da violência, passando pelo valor da interpretação da disposição normativa penal à luz dos direitos e garantias fundamentais que impõem o respeito aos princípios, em especial à dignidade humana. Adota como metodologia de pesquisa a pesquisa bibliográfica, incluindo a exploração de doutrina, legislação, tratados e convenções em geral. A análise visa abordar que a resolução do problema da violência não pode justificar a redução e, ao mesmo tempo, que não há coerência em analisar que seja redefinida uma redução na idade de imputação das pessoas no Direito brasileiro, até porque existe previsão de punição para os adolescentes em conflito com a lei. Assim, com base nos elementos teóricos e empíricos arrolados no desenvolvimento, conclui-se, enfim, pela inconstitucionalidade da referida proposta, diante da impossibilidade de se modificar cláusula pétrea.

Palavras-chave: maioria penal; redução; inimputabilidade; imputação; cláusula pétrea.

ABSTRACT

This work has the main objective to analyze the legal and constitutional legitimacy of the legal age reduction in Brazil. The work intends to demonstrate the philosophical, moral and legal assumptions that imputation is based on. From the defense that only with a careful look one can reach the proper imputation, the non-chargeability requirements of the people who have not reached the legal age will be described and identified which dictates that set. Throughout the text, the historical context in which it was fixed the minimum criminal age of eighteen years-old will be highlighted, and in which aspect this prediction would be inserted into the foundation clauses. The theme study reveals the society concern with increasing violence and the dissemination by the media of the minimum criminal age reduction as the “magic” solution. From there, it was approached the social element and violence statistics, through the criminal legal interpretation value in the light of fundamental rights and guarantees the respect of the principles, in particular human dignity. It adopts bibliographical research as research methodology, including the exploration of doctrine, legislation, treaties and general conventions. The analysis aims to determine that the resolution of the violence problem cannot justify the reduction and, at the same time, there is no consistency in analyzing a redefinition of a reduction in the age of imputation of people in Brazilian law, because there is legal foundation of punishment for adolescents in conflict with the law. Thus, based on the theoretical and empirical elements listed in the development, it is clear, finally, the unconstitutionality of the proposal, given the impossibility of changing a foundation clause.

Keywords: legal age; reduction; non-chargeability; imputation; foundation clause.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA MAIORIDADE PENAL	15
2.1 IMPUTABILIDADE PENAL.....	15
2.2 A IDADE PENAL NO TEMPO.....	20
2.3 CONTEXTO EM QUE SURTIU A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	28
3 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS	34
3.1 PRINCÍPIOS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	34
3.2 LIMITAÇÃO MATERIAL DO PODER DE REFORMA – CLÁUSULAS PÉTREAS.....	42
3.3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL, A MÍDIA E A OPINIÃO PÚBLICA.....	45
4 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À REDUÇÃO	55
4.1 FUNDAMENTOS.....	55
4.2 CENÁRIO INTERNACIONAL.....	60
4.3 PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 171/93.....	70
5 A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL	79
5.1 O DIREITO DE PUNIR: INIMPUTABILIDADE <i>VERSUS</i> IMPUNIDADE.....	79
5.2 A RAZÃO DA IDADE DE 18 ANOS	91
5.3 ESTUDO CONSTITUCIONAL SOBRE A IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DA IDADE PENAL MÍNIMA.....	111
6 CONCLUSÃO	125
REFERÊNCIAS	129
ANEXO I.....	138
ANEXO II.....	140

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade;

BNMP – Banco Nacional de Mandados de Prisão;

CF – Constituição Federal do Brasil 1988;

CNJ – Conselho Nacional de Justiça;

CNT – Confederação Nacional dos Transportes;

CONANDA – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente;

DIP – Departamento de Imprensa e Propaganda;

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente;

IDH – Índice de Desenvolvimento Humano;

IOB – Repertório de Jurisprudência IOB;

MDA – Instituto MDA Pesquisa;

MS – Mandado de Segurança;

ONU – Organização das Nações Unidas;

PEC – Proposta de Emenda Constitucional;

SENASP – Secretaria Nacional de Segurança Pública;

SINASE – Sistema Nacional Socioeducativo;

STF – Supremo Tribunal Federal;

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

1 INTRODUÇÃO

A elevação dos índices de criminalidade, bem como a sensação de impunidade, o medo decorrente da violência, os fatos criminológicos cada vez mais irracionais, com participação direta tanto de crianças, como de adolescentes nos crimes mais cruéis, sempre põe em pauta a discussão sobre os meios de repressão aos delitos, sobre a política criminal e sobre os condicionamentos da culpabilidade e punição, no contexto constitucional e infraconstitucional.

Diante do atual quadro que se demarca no Brasil, deparamo-nos constantemente com a polêmica do tema sobre redução da maioria penal, dado que uma forte sensação de insegurança e impunidade acaba envolvendo a sociedade brasileira, levando-a a mais uma vez a discutir o assunto, sobretudo quando entre os agressores se encontram crianças ou adolescentes, cuja regulação está a cargo de uma legislação específica, tida por muitos como uma das causas diretas do aumento da criminalidade no país.

De fato, o crescimento da violência mobiliza a sociedade. Entretanto, é preocupante o surgimento de soluções “mágicas” buscando conter a onda de violência e facilmente capazes de devolver a paz social tão almejada por todos. Entre essas soluções há a proposta de diminuição da idade penal mínima.

O que se percebe é que há um clima emocional envolvendo a imputabilidade penal do adolescente. No entanto, para que a questão seja analisada de forma objetiva e efetiva, o caráter emocional deve ser afastado.

Em face disso, o objeto de nosso trabalho é analisar a viabilidade de proposta para a redução da maioria penal no Brasil, enfocando o debate jurídico que a relaciona com esse aumento dos índices de criminalidade dos adolescentes.

Adota-se como metodologia de pesquisa a pesquisa bibliográfica, incluindo a exploração de doutrina, legislação, tratados e convenções em geral.

Estudar-se-á se é possível a diminuição da idade para a imputação penal diante do atual discurso sobre a extensão punitiva, ou se há forte resistência às pretensões punitivas e excludentes da sociedade, reafirmando-se o princípio democrático que lhe deu origem.

O que será discutido é se, de fato, a redução da maioria penal é possível no contexto constitucional pátrio, dentro da Teoria da Constituição e nos termos da nova Hermenêutica Constitucional e, caso seja, se teria a força de promover a diminuição da

criminalidade, como vem sendo propalado por seus adeptos, em especial a mídia e a opinião pública, retratada por meio de pesquisas, que vem trazendo forte influência na sociedade.

A fundamentação jurídica da maioria penal está firmada na Constituição Federal a partir do artigo 228, bem como no artigo 27 do Código Penal e no artigo 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Alguns autores sustentam que a questão se configura cláusula pétrea já que trata de direitos e garantias fundamentais (art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal) e está intimamente vinculada ao princípio da dignidade humana.

Por outro lado, há outros que entendem o inverso, ao defenderem que a fixação da idade de imputação penal não configura cláusula pétrea, pois não há direito fundamental a ser reputado penalmente inimputável até completar dezoito anos.

Diante do dissenso na doutrina, a presente proposta de investigação delinea-se a partir do esforço de relacionar a redução da maioria penal com os direitos e garantias fundamentais, à luz da evolução da criminalidade e perante a justificativa da imputação penal.

Buscaremos compreender esse discurso comparando com a previsão da imputabilidade penal em outros países, a partir de visões contrapostas para, em um processo dialético, alcançar a evolução do pensamento que sustenta e contrapõe a redução da maioria penal.

No segundo Capítulo será abordada a imputabilidade penal, trazendo sua definição tanto para a Filosofia do Direito quanto para o Direito Penal atual; sua previsão normativa; a ausência de um conceito expresso; sistemas de aferição da inimputabilidade penal; a mudança da previsão para torná-la uma categoria constitucional, bem como o momento e prova da imputabilidade penal.

Após, será discorrido acerca de um breve histórico da idade penal no tempo em nosso país, desde o início do século XIX, encerrando o Capítulo escrevendo sobre o contexto de luta em que surgiu a Constituição Federal de 1988.

O terceiro Capítulo inicia-se com a análise de princípios, entendidos como a base de um ordenamento jurídico. Falaremos sobre acerca dos princípios garantistas, bem como a ligação do tema com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Ademais, falaremos se seria direito fundamental a inimputabilidade até os dezoito anos de idade, como também a previsão internacional a respeito.

Continuaremos discorrendo acerca da limitação ao poder de reforma, com a previsão das cláusulas pétreas e entendimento do artigo 228, como sendo de natureza análoga de direito e garantia individual, bem assim os motivos da previsão das limitações.

Ainda no terceiro Capítulo, concluiremos com uma abordagem acerca da hermenêutica jurídica e seu alcance; a participação de vários intérpretes na análise da Constituição, principalmente na visão de Peter Häberle; a conceituação de opinião pública, bem como a influência da mídia na divulgação das ideias. Também escreveremos acerca da liberdade de imprensa e a disseminação do medo, englobando a análise de dados colhidos em pesquisa.

No quarto Capítulo iremos nos dedicar aos argumentos favoráveis à redução da maioria penal, que seriam, em síntese: a) atualmente os jovens já possuem pleno discernimento de seus atos, principalmente com o fácil acesso aos meios de comunicação; b) as medidas socioeducativas não são eficazes; c) a maioria dos países fixa a imputabilidade penal em menor faixa etária; d) cresce o número de menores envolvidos no crime, sendo usados por autores intelectuais; e) aos dezesseis anos o adolescente já pode votar; f) o Código Civil permite dispor sobre o patrimônio a partir dos dezesseis anos; g) as pesquisas apontam a posição da população pela redução; h) deve ser realizada uma punição justa pelo crime praticado; i) a falta de políticas públicas não pode incentivar e justificar a impunidade.

Em referido Capítulo, destacaremos o cenário internacional sobre o tema, com a previsão da idade penal mínima em diversos países para, ao final, descrevermos o andamento e tramitação da proposta à emenda constitucional nº 171/1993.

O quinto Capítulo trará a abordagem sobre o direito de punir, destacando que o adolescente menor de dezoito anos não fica impune. Será realizada uma breve reflexão sobre o aspecto constitucional e a impossibilidade de modificação da idade penal mínima.

Por fim, tratar-se-á de estudar a razão da fixação da imputabilidade penal brasileira em dezoito anos de idade, principalmente diante dos argumentos abordados ao decorrer da presente dissertação.

Ainda, chegaremos a considerar o aumento progressivo do período de internação dos jovens em conflito com a lei, conforme a gravidade do crime praticado, no âmbito do sistema prisional juvenil brasileiro.

Dentro desse contexto, pretende-se encontrar elementos para inferir respostas às seguintes questões: a redução da idade penal mostra-se possível nos termos da Constituição Federal em vigor? Uma eventual redução traria mudanças para a sociedade moderna, diminuindo os índices de criminalidade? Há punições suficientes e proporcionais no Estatuto da Criança e do Adolescente?

Com isso, pretendemos contribuir para uma melhor apropriação do debate e da realidade que ele envolve, ensejando um possível aprimoramento do direito penal no campo da imputação, a partir do estudo do princípio da proporcionalidade na aplicação da medida socioeducativa de internação, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, além de propor o desenvolvimento de mecanismos contrários ao sentimento social de injustiça e impunidade, no contexto da justiça constitucional e de sua concretização.

2 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA MAIORIDADE PENAL

Nos subitens que seguem, tratar-se-á de descrever os passos para a compreensão do direito à imputação, para em seguida desenvolver a ideia da maioridade penal, que se entende coerente para a realidade do ordenamento jurídico Brasileiro.

2.1 IMPUTABILIDADE PENAL

Para a Filosofia do Direito, a imputabilidade pressupõe a liberdade prática, que nos impõe pensar no agir consciente e voluntário no cumprimento da lei. De acordo com Immanuel Kant¹, Filósofo do iluminismo alemão do séc. XVIII, todos os seres humanos são imputáveis por seus atos, por possuírem a condição racional, na forma de autonomia, a fim de escolher entre o arbítrio bruto ou o arbítrio livre, essa ideia é retirada do conjunto das obras da teoria do direito kantiano. A imputabilidade penal, para o Direito atual, é a capacidade de se autodeterminar sobre a licitude ou não de sua conduta e, ainda assim, agir em conformidade com esse entendimento. É a capacidade de compreender, valorar e agir de determinada forma, que varia de acordo com fatores biológicos, psíquicos, físicos e psicossociais².

Para além do que um simples leitor desatento possa entender sobre a imputação, deve ser esclarecido aqui, desde o início deste texto, que a questão envolve diversos fatores para o direito. Por isso que, no conjunto de fatores citados, biológicos, psíquicos, físicos e psicossociais, é necessária, ao mesmo tempo, a compreensão de que a partir da interpretação normativa no contexto social é que o Direito se revela³. Dessa forma, na condução sobre a norma e a imputabilidade, o que permite pensar acerca das questões sobre a maioridade penal e outras correlatas, deve-se entender que o direito está na hermenêutica e sobre isso, com mais detalhes, será tratado adiante.

1 Sobre imputação ver ALMEIDA, G. A. *Liberdade e Moralidade em Kant*. ANALYTICA, v. 2, n. 1, 1997 e PAVÃO, A. *A Imputabilidade moral na Crítica da Razão Pura*. Cadernos de Filosofia Alemã, 2000, p. 33-49.

2 BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 557.

3 Sobre isso é possível pensar a ideia de Habermas sobre a razão comunicativa e as implicações para o Direito, HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción educativa: complementos y estudios previos*. Madrid: Catedra, 1997. Na perspectiva habermasiana de que as demandas mais efetivas postas em jogo em um discurso sejam a afirmação e a busca pela verdade e pela justiça (sendo estes os dois pilares de toda construção iluminista, nos campos da razão teórica e prática, respectivamente), pois tais peculiaridades subjetivas podem radicalizar um nível de sinceridade tal que satisfaça o sujeito, mas que não possibilite a construção de uma comunidade baseada em argumentações habilmente passíveis de contestação racional em favor do bem-estar de todos.

Seguindo na construção do ordenamento jurídico sobre o tema, percebe-se que a previsão normativa da imputação está presente em todos os regulamentos punitivos conhecidos até então. Entretanto, há variações quanto ao marco inicial da responsabilidade penal e/ou o critério adotado para sua fixação. Isso pode se dá por vários móbeis, mas, especialmente, pela lógica do direito *mutatis mutantis* que se amolda às relações sociais no lastro temporal, mesmo que a essência para criação da norma permaneça a mesma, ou seja, proteção dos bens jurídicos mais relevantes e punição dos que a violam.

A Constituição Federal Brasileira, no artigo 228, afirma que: “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. O Código Penal atual em seu artigo 27, da mesma forma que a nossa Carta Magna, diz que: “os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. Por sua vez, seguindo a mesma lógica, dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 104, que: “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito, sujeitos às medidas previstas nesta Lei”.

O estudo da imputabilidade penal – e sua exclusão: a inimputabilidade -, é tema bastante discutido na doutrina, pois é considerado, para alguns, como sendo pressuposto da culpabilidade (Hans Welzel, Heleno Cláudio Fragoso, Francisco de Assis Toledo), e, para outros, elemento dessa (Giuseppe Bettiol, Luiz Régis Prado), ou, ainda, pressuposto da própria ação, do comportamento humano (Miguel Reale Júnior)⁴. Essas teorias são amplamente desenvolvidas no contexto doutrinário sendo tratada a imputabilidade com maior ou menor importância dependendo da doutrina adotada, mas sempre deixando claro que há uma valiosa colocação no âmbito da definição de crime deste critério.

Apesar de no código haver diversos significantes normativos que remetam à imputabilidade, este não conceitua o que ela é. Por isso, a imputação penal vem sendo estudada fundamentalmente por meio de sua antítese, que é a inimputabilidade, com seus diversos fatores determinantes, doença mental, menoridade, embriaguez, entre outros, pois são eles que o código cita remetendo à exclusão da culpabilidade penal.

Essa ausência de definição não é um problema para o ordenamento já que a norma penal, por via da interpretação conectada de suas ideias, em uma visão sistêmica,

⁴ A respeito desses dados conferir: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Da inimputabilidade Penal em face do atual desenvolvimento da Psicopatologia e da Antropologia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 18.

pode abarcar facilmente o significado normativo mesmo que isso não esteja detalhadamente definido no código, ressaltando que essa norma não seria incriminadora, podendo ter um alcance mais elástico, como uma norma exemplificativa⁵. Sobre isso Zaffaroni afirma que “a localização sistemática da imputabilidade e seu conceito são questões conectadas, ao ponto de ser impossível falar de uma sem fazer referência à outra”⁶.

Ao contrário de Nelson Hungria⁷, que incluía a punibilidade no conceito de crime, os principais autores finalistas, a exemplo de Cláudio Brandão, veem no crime o comportamento humano voluntário, típico, ilícito (antijurídico) e culpável. Definindo-se a culpabilidade como requisito ou elemento do crime, a consequência de seu eventual afastamento será a ausência do próprio crime. Por sua vez, adotando-se os postulados da teoria normativa pura da culpabilidade, os elementos dessa são a imputabilidade, o potencial conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Diante da necessidade de precisar mais detidamente o que é a imputação surge o critério de aferição da inimputabilidade a partir de três sistemas, a saber: o biológico, o psicológico e o biopsicológico.

Pela leitura dos fundamentos jurídicos transcritos acima, vê-se que o Brasil adotou, como critério de aferição da inimputabilidade no tocante à menoridade, o sistema biológico, o qual presume que legalmente o agente menor de dezoito anos é inimputável, mesmo que tenha conhecimento quanto à ilicitude do ato que cometeu, necessitando apenas da comprovação de sua idade cronológica.

Esse sistema biológico, também conhecido por sistema etiológico, remonta ao Código Penal francês de 1810 (e por esse fato também denominado de sistema francês), ao estabelecer, em seu art. 64 que: “Não há crime ou delito quando o acusado se encontrava em estado de demência ao tempo da ação ou que tenha sido limitado por uma força que não podia resistir” (tradução livre)⁸.

Tal critério foi adotado em contraposição aos sistemas: *psicológico*, que considera a *capacidade* mental de entender o caráter ilícito do fato, no momento da ação ou omissão delituosa, comprovada a total inimputabilidade do agente este será

5 Ver sobre isso em ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1999, p. 29.

6 ZAFFARONI *apud* SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Da inimputabilidade Penal em face do atual desenvolvimento da Psicopatologia e da Antropologia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 19.

7 HUNGRIA *apud* SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Da inimputabilidade Penal em face do atual desenvolvimento da Psicopatologia e da Antropologia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 22.

8 *Il n’y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l’action, ou lorsqu’il a été contraint par une force à laquelle il n’a pu résister.*

absolvido e *biopsicológico*, no qual deve ser verificado se o agente possui alguma doença mental ou se seu desenvolvimento mental é incompleto ou retardado e, caso seja, averiguar-se-á se no momento da prática do ato ele tinha capacidade de entender o caráter ilícito de sua conduta. Esse último foi adotado no Código Penal, pelo artigo 26, *caput*.

O critério biológico para a menoridade em nosso ordenamento jurídico não afastou o biopsicológico, acolhido quando o juiz analisa a melhor medida socioeducativa a ser aplicada em cada caso. Isso é algo que está inserido na análise subjetiva do juiz, que irá avaliar elementos que não são simplesmente cronológicos, envoltos à condição social e subjetiva das crianças e adolescentes que praticam ato infracional.

Por essa linha de entendimento Cezar Roberto Bitencourt ensina que, quando da aplicação da medida socioeducativa, o juiz deverá analisar a capacidade de entendimento e de autodeterminação do adolescente, para que não venha a ser mais severo do que quando aplica a pena para um adulto, onde se tem a análise de todas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Caso contrário, acabará impondo ao adolescente uma responsabilidade penal objetiva⁹.

Assim, consoante previsão do § 1º, do artigo 112, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a justificativa para a medida socioeducativa escolhida terá por base as circunstâncias e gravidade do ato infracional, bem como a capacidade de cumpri-la, o que demonstra a utilização do critério biopsicológico para essa escolha¹⁰.

Nos termos dos dispositivos reproduzidos, em especial do artigo 228 da Constituição Federal, vê-se que o Constituinte de 1988 preferiu catalogar a previsão da inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos à categoria de norma constitucional. Assim, como bem observado, alterou-se a natureza jurídica do instituto da inimputabilidade no direito brasileiro, antes previsto unicamente na legislação penal (art. 27, do Código Penal)¹¹.

Por outro lado, há quem argumente que a imputabilidade penal não é matéria constitucional. No tocante a esse argumento, fato é que inexistente qualquer critério rígido

9 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 456.

10 Art.112 [...] § 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

¹¹CORRÊA, Márcia Milhomens Sirotheau. Redução da idade de imputabilidade penal – aspectos constitucionais. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira *et al.* (Org.). *A Razão da Idade: Mitos e Verdades*. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p. 140.

e válido para distinguir matérias constitucionais das não-constitucionais. Os principais problemas do ser humano devem ser previstos na Constituição, para que ocorra a efetiva legitimidade constitucional¹².

Um critério válido para perquirir sobre o caráter de garantia fundamental de um direito disperso ao longo do texto constitucional consiste na tentativa de identificação de elementos comuns à categoria direitos fundamentais para, em seguida, investigar se esses elementos estão ou não presentes no direito cujo caráter fundamental se quer verificar¹³.

Logo, o caráter fundamental de um direito envolve, nessa perspectiva teórica, a busca pela efetiva aplicação da Dignidade da Pessoa Humana para determinados momento e sociedade. Nesse sentido, a Dignidade da Pessoa Humana se apresenta como sendo a base em que se assenta qualquer direito.

Nos termos da Súmula nº 74 do Superior Tribunal de Justiça, para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil, ou seja, a princípio, a prova da inimputabilidade deve ser feita mediante certidão de nascimento, e na inexistência desta, haverá a possibilidade de exame pericial especializado.

Assim, a prova da idade decorre, como regra geral, da certidão do assento de nascimento que, para ser elidida, precisa de prova séria, forte e convincente. De outro lado, comprovada a inimputabilidade do agente à época da prática do fato criminoso, o processo deverá ser anulado por lhe faltar legitimidade passiva. Por sua vez, conforme o artigo 4º do Código Penal, considera-se praticado o crime no momento da ação ou da omissão, ainda que outro seja o momento do resultado. De acordo com a posição majoritária da doutrina e também de boa parte da jurisprudência¹⁴, o termo inicial da imputabilidade ocorre no exato dia em que a pessoa completar 18 anos de idade, sem se indagar acerca da hora em que o mesmo nasceu.

Dessa forma, o momento para se avaliar a imputabilidade é o da ação ou da omissão, não podendo ser considerado imputável o sujeito que praticou a conduta antes de ter 18 anos completos, ainda que venha ocorrer a consumação do crime após o seu

12 PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 30.

13 CORRÊA, Márcia Milhomens Sirotheau. Redução da idade de imputabilidade penal – aspectos constitucionais. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira *et al.* (Org.). *A Razão da Idade: Mitos e Verdades*. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p. 147.

14 Reiteradas decisões sobre interpretações das leis feitas pelos Tribunais.

18º aniversário. Nesse aspecto, a sucessão temporal envolvendo atos infracionais permite pensar a imputabilidade por crimes permanentes ou continuados em ação ou omissão compreendida na fase anterior e posterior aos 18 anos de idade. Para esse caso, o agente responderá conforme o tempo da ação, ou seja, a partir dos 18 anos será responsável conforme previsão do Código Penal.

2.2 A IDADE PENAL NO TEMPO

O Direito se amolda às relações sociais. É, nessa medida, que ao longo do tempo o *ius puniendi* se efetiva. Na análise histórica do Direito Romano, encontramos a ideia de que o jovem possuía ou não responsabilidade penal pelos atos que praticara, conquanto era realizada uma avaliação física para saber se ele era ou não púbere. Tal avaliação foi precursora no critério do discernimento¹⁵.

No início do século XIX, época em que as Ordenações Filipinas vigoravam, tínhamos que a responsabilidade penal se iniciava aos 07 anos de idade. Entretanto, tal possibilidade possuía algumas restrições, pois o menor era totalmente isento da pena de morte, constituindo-se uma espécie de redução da pena cominada. Havia ainda um sistema de “jovem adulto”, entre os dezessete e vinte e um anos de idade, possibilitando, a depender do caso, a condenação da pena de morte¹⁶.

No Brasil, o tema da redução da maioridade penal sempre foi debatido, a exemplo das discussões sobre o Código Penal de 1969, que foi derogado sem nunca ter tido vigência entre nós. Naquele diploma legal, como veremos a seguir, a regra firmava a imputabilidade penal aos dezoito anos, mas, excepcionalmente, poderia ser declarado imputável o menor de dezesseis anos a dezoito anos, se revelasse suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e governar a própria vontade¹⁷.

¹⁵ RANGEL, Paulo. *A redução da menor idade penal: avanço ou retrocesso social?* A cor do sistema penal brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 121-122.

¹⁶ SOARES, Janine Borges. *A Construção da Responsabilidade Penal do Adolescente no Brasil: uma breve reflexão histórica*. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id186.htm>>. Acesso em: 09 fev. 2016.

¹⁷ “As legislações majoritariamente vêm adotando a imputabilidade aos 18 anos, sendo que no final do século 19 muitas a fixavam em 12 anos como se vê do retrato da questão feito por Tobias Barreto, sendo que o nosso Código Criminal do Império adotava o limite de 14 anos se verificando que havia discernimento. Com toda a razão Tobias Barreto critica a hipótese de constatação de discernimento ponderando com sua irreverência que o conceito de discernimento é de difícil apreciação, podendo ser descoberto até em uma criança de cinco anos. O Código Penal Militar admitia, no art. 50, a figura do discernimento para o reconhecimento da imputabilidade do menor de dezoito anos e maior de dezesseis

Sobre esse aspecto, outro marco no direito penal brasileiro é o Código Penal do Império, no qual existia um dispositivo muito semelhante ao que ainda hoje alguns dos favoráveis à redução da maioria penal pretendem ressuscitar, qual seja, deixar, a critério do julgador, saber se o jovem com esta ou aquela idade (14 ou 16 anos) já tem discernimento suficiente para responder por seus atos como adulto¹⁸.

Aquele Código, de 1830, com 313 artigos, foi sancionado em 16 de dezembro de 1830, e estabelecia que a imputabilidade penal iniciava aos 14 anos completos (art. 10, § 1º), devendo os menores de 14 anos, quando “obrassem” (agissem) com discernimento, ser recolhidos às casas de correção no máximo até os 17 anos (art. 13)¹⁹.

A nossa Constituição de 1824 compelia o novo Estado a elaborar um Código Criminal²⁰. Assim, em decorrência, o Código Criminal do Império, de 1830, como dito, dispunha em seu artigo 10, que não seriam julgados os menores de quatorze anos²¹.

O Código de 1830 não já instituía a polaridade da teoria mista que adota o pensamento *biopsicológico*. Com uma tendência mais gravosa, o *ius puniendi* demonstrava na lei penal que sujeitos de 14 anos de idade em diante, não sendo loucos ou não possuindo instantes de lucidez, deveriam ser punidos.

E é justamente nesse contexto que Tobias Barreto escreve sua obra “Menores e Loucos em Direito Criminal”, especificamente sobre a fixação da maioria penal citando a fixação normativa do Código de 1830, oportunidade na qual relata que geralmente a psicologia utilizada pelos legisladores penais para delimitar o conceito do criminoso, é uma psicologia de “pobre”, acrescentando que aquele código não faz exceção²².

Nesse contexto, tem-se a utilização de um critério subjetivo, que na prática delimita a condição do agente criminoso, mas, na verdade, direciona a norma a uma certa seletividade, como sendo uma psicologia “de pobre”, ou seja, aquela na qual

anos, regra essa revogada em face do art. 228 da Constituição Federal. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 214.

18 FERREIRA, Eduardo Dias de Souza. *Liberdade assistida no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Fapesp, 2010, p. 76.

19 Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze anos, que tiverem cometido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos às casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda a idade de dezessete anos.

20 BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*. Brasília: História do Direito Brasileiro, 1886, p. 6.

²¹ Art. 10. Também não se julgarão criminosos: § 1º - Os menores de quatorze anos. § 2º - Os loucos de todo o gênero, salvo se tiverem lúcidos intervalos e neles cometerem o crime. § 3º - Os que cometerem crimes violentados, por força ou por medo irresistíveis. § 4º - Os que cometerem crimes casualmente no exercício ou prática de qualquer ato lícito, feito com tenção ordinária.

22 BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*. Brasília: História do Direito Brasileiro, 1886, p. 6.

somente determinadas pessoas devem ser punidas, por sua condição. Nessa medida, a teoria da imputação, ou psicologia criminal, como a denominam os juristas alemães, apoia-se na indução empírica retirada da experiência do homem normal, chegando a uma certa idade, determinada pela norma, tendo adquirido a madureza e capacidade precisas, para conhecer o valor jurídico de seus atos, e determinar-se livremente a praticá-los, passando assim a ser imputado pelos seus atos²³.

O Código em análise cometeu um equívoco ao reunir, em um só artigo, várias categorias de indivíduos criminalmente irresponsáveis. No tocante à menoridade, a disposição do Código Criminal de 1830 encontrava-se em consonância com a maioria dos países. Entretanto, como destacado por Tobias Barreto, tal fato não obstava à reflexão dos criminalistas acerca da “vantagem ou desvantagem da fixação legal de uma época além da qual é que o homem começa a ser criminalmente responsável por suas ações”²⁴. Isso levou a um apanhado de contribuições teóricas sobre a imputação ao longo de toda a construção normativa no Brasil, mormente o contexto social que se relaciona com toda a construção subjetiva da seletividade que está embutida na responsabilização dos sujeitos.

Segundo Francisco Pereira de Bulhões Carvalho, no tocante à responsabilidade penal, o Código Criminal de 1830 distinguia os menores em quatro classes, a saber: a) os menores de 14 anos seriam presumidamente irresponsáveis, salvo se se provasse terem agido com discernimento; b) os menores de 14 anos que tivessem agido com discernimento seriam recolhidos a casas de correção pelo tempo que o juiz parecesse, contanto que o recolhimento não excedesse a idade de 17 anos; c) os maiores de 14 anos e menores de 17 anos estariam sujeitos às penas de cumplicidade (isto é, caberia dois terços da que caberia ao adulto) e se ao juiz parecesse justo; d) o maior de 17 anos e menor de 21 anos gozaria da atenuante da menoridade²⁵.

Não havia apenas uma forma de interpretar a norma penal, ao contrário, havia dissonância quanto aos limites do critério da imputação adotado. Nesse contexto surgiu a criação de limites para a responsabilização dos indivíduos, especialmente dos menores, a partir da ideia de discernimento, remetendo ao caráter psicológico

23 *Ob. cit.*, p. 7.

24 *Ibid.*, p. 14.

25 CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Direito do menor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 76.

consolidado em lei como um critério a ser aceito. Destacando os outros critérios, fossem etários, psicológicos ou mistos²⁶.

Posteriormente, o Código Criminal de 1830 foi substituído pelo Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, conhecido como Código Penal dos Estados Unidos do Brasil que, por sua vez, adotou o seguinte critério: irresponsável seria o menor infrator com idade até 09 anos (art. 27, § 1º).

Em seguida o Código Penal Republicano delimita que entre 09 e 14 anos o magistrado deveria avaliar o jovem acerca de “sua aptidão para distinguir o bem do mal, o reconhecimento de possui 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” (art. 27, § 2º), uma vez que a culpa só caberia ao menor que agisse com discernimento.

A partir da vigência do Código Penal de 1890, a inimputabilidade penal passou a ser, em presunção absoluta, aos 09 anos de idade. Os que se encontrassem entre os 09 e 14 anos de idade possuíam presunção relativa da responsabilidade, eis que, demonstrado o entendimento do ato ilícito, seriam recolhidos a estabelecimento disciplinar industrial, até ao máximo de 17 anos. Assim, o juiz analisava o caso como se psicólogo ou psiquiatra fosse, ou seja, realizando uma verdadeira “consulta” com o adolescente, para verificar seu discernimento.

Essa fixação aos 09 anos de idade foi revogada no final do século XIX, estabelecendo-se que o menor de 14 anos não seria submetido a processo, enquanto o de 14 a 18 anos estaria sujeito a processo especial. Em 1890, a idade da imputabilidade penal - que levou em consideração o contexto da época, em que se buscava encarcerar o filho de ex-escravos, negro, - era a partir de 14 anos. Logo, não pode ser argumento para defender a Proposta de Emenda à Constituição nº 171/93, posto que o contexto daquele período era a “punição” de ex-escravos que, libertos, seriam presos por não mais interessarem ao sistema²⁷.

26 Conforme Rolf Koerner Júnior cita Manoel Pedro Pimentel, da Universidade de São Paulo que aponta 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. Entre os 7 e os 14 anos, os menores 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’. KOERNER JÚNIOR, Rolf. A menoridade é carta de alforria? In: VOLPI, Mário (Org.). *Adolescentes privados de liberdade – a Normativa Nacional e Internacional & Reflexões acerca da responsabilidade penal*. 3. ed. São Paulo: Cortez: FONACRIAD, 2006, p. 124-125.

27 RANGEL, Paulo. *A redução da menor idade penal: avanço ou retrocesso social? A cor do sistema penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 4.

Naquele mesmo Código, a pena de cumplicidade, ou seja, de 2/3 daquela que coubesse ao adulto, passou a ser obrigatória, restando mantida, também, a atenuante da menoridade.

Em 1921, com a vigência da Lei nº 4.242, de 5 de janeiro daquele ano, restou acrescida a maioridade penal para 14 anos completos. Sob o título de Código Penal Brasileiro, essa consolidação do Desembargador Vicente Piragibe considerou a maioridade penal também aos 14 anos. Tal compilação de leis penais foi completada por leis modificadoras em vigor, a exemplo do Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1922. Os maiores de 14 e menores de 18 anos eram submetidos “ao regimen estabelecido pelo decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, Código de Menores” (art. 30).

Nessa época, destacam-se os seguintes projetos: Galdino Siqueira: art. 13, I, mantinha 14 anos como idade penal mínima, Sá Pereira: art. 20, a idade era de 16 anos, Alcântara Machado: art. 16, nº 1, idade de 18 anos. Esses demonstram que no início do século XX surgem diversas iniciativas de uma delimitação normativa sobre imputação dos menores.

Assim, em 1926, ao avançar da vida republicana, entrou em vigor o Decreto Legislativo nº 5.083, de 1º de dezembro de 1926, prevendo, a saber: “Art. 57. Nenhum menor de 18 annos preso por qualquer motivo ou apprehendido será recolhido a prisão comum”. Logo após, com o Código de Menores, Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, o menor de 18 anos não poderia ser recolhido à prisão pela prática de ato infracional, o que vem a ser repetido pelo Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, nosso Código Penal, no qual há a previsão da maioridade aos dezoito anos e, para aqueles menores de dezoito anos, restariam as “normas estabelecidas em legislação especial”.

Leciona Napoleão X. Do Amarante, em artigo publicado no livro o “Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado”, que no ano seguinte foram editadas normas que previam diversas providências, dependendo se os menores fossem considerados abandonados ou não, pervertidos ou na iminência de ser²⁸.

²⁸ “No ano seguinte, por via do Dec. Federal 17.043-A, foram editadas normas consolidadoras das leis de assistência e proteção a menores, que passaram a constituir o Código de Menores. Pelo art. 68, o menor de 14 anos indigitado autor ou cúmplice de fato qualificado como crime ou contravenção não seria submetido a processo penal de espécie alguma. As providências seriam diversas segundo fosse considerado ou não abandonado, pervertido ou na iminência de o ser. Vale dizer, se abandonado, pervertido ou em perigo de o ser, seria colocado em asilo, casa de educação, escola de preservação ou confiado a pessoa idônea, por tempo não superior à idade de 21 anos. Em caso contrário, e quando

Logo, como já dito, somente com o Código Penal de 1940 houve o “avanço” em considerar a imputabilidade penal com o critério etário, basicamente, ressaltando o critério biopsicológico para fins de aplicação de medida socioeducativa. Em 1963, Hungria, apesar de ser reconhecido como bem rígido, apresentou projeto prevendo a maioridade aos 18 anos e, excepcionalmente, a imputabilidade do maior de 16 anos de idade.

O Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, com alterações trazidas pela Lei nº 6.016/73, dispunha sobre o Código Penal de 1969, acatando o projeto de Hungria, posto que estabelecia a imputabilidade em 18 anos como regra e, como exceção, a imputabilidade poderia ser fixada entre 16 e 18 anos, “se revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e governar a própria conduta”²⁹.

No Código de 1940 o critério adotado foi o biológico, enquanto que no de 1969 o critério seria o biopsicológico, tendo em vista que entre 16 e 18 anos o jovem seria analisado consoante o caso concreto.

Acontece que o Código Penal de 1969 não teve um dia de vigência no país, como já mencionado acima.

Elaborado no mesmo contexto, o Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969) dispõe que os maiores de dezesseis anos, se comprovado o desenvolvimento psíquico, terá a pena aplicada com uma atenuante, bem como prevê casos de equiparação a maior de idade³⁰.

necessitasse de tratamento especial, ficaria sob a guarda de seus pais, tutor ou de outra pessoa. Pelo art. 69, os agentes de crime ou contravenção entre 14 e 18 anos seriam submetidos a processo especial. Por último, a idade de 18 a 21 anos continuava a constituir circunstância atenuante (art. 76)”. AMARANTE, Napoleão X. do. In: CURY, Munir. (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários jurídicos e sociais*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 341.

²⁹ Exposição de Motivos do Código Penal de 1969 no item nº 17.

³⁰ Menores. Art. 50. O menor de dezoito anos é inimputável, salvo se, já tendo completado dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade. Equiparação a maiores Art. 51. Equiparam-se aos maiores de dezoito anos, ainda que não tenham atingido essa idade: a) os militares; b) os convocados, os que se apresentam à incorporação e os que, dispensados temporariamente desta, deixam de se apresentar, decorrido o prazo de licenciamento; c) os alunos de colégios ou outros estabelecimentos de ensino, sob direção e disciplina militares, que já tenham completado dezessete anos. Art. 52. Os menores de dezesseis anos, bem como os menores de dezoito e maiores de dezesseis inimputáveis, ficam sujeitos às medidas educativas, curativas ou disciplinares determinadas em legislação especial.

No entanto, para a doutrina majoritária, tais dispositivos não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988³¹. A norma constitucional limitaria a extensão da possibilidade de se aplicar ao menor de dezoito anos a imputação.

Assim, desde a vigência do Código Penal de 1940 vigora, na ordem jurídica nacional, o princípio da inimputabilidade dos menores de 18 anos, tanto na esfera criminal, quanto na contravencional.

Conforme foi mencionado, no Código Criminal de 1830, época do Império, os menores de 14 anos somente eram considerados penalmente irresponsáveis se não houvesse prova no sentido de seu discernimento, ou seja, havia uma presunção *juris tantum* da irresponsabilidade que, uma vez ilidida, diante da demonstração da capacidade de entendimento do ato infracional, seriam os adolescente conduzidos às chamadas “casas de correção”, por tempo estabelecido pelo magistrado, desde que não ultrapassasse os 17 anos de idade. Quanto aos maiores de 14 e menores de 17 anos, era dispensado tratamento peculiar, por estarem sujeitos, se ao juiz parecesse justo, a uma pena de 2/3 daquela que coubesse ao adulto. Já o maior de 17 e menor de 21 anos possuía em seu favor a atenuante da menoridade³².

O texto original do Código Penal de 1940 trouxe uma imprecisão terminológica do legislador, ao considerar “irresponsáveis” os menores de 18 anos. Tal fato foi corrigido com o advento da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, denominada “Reforma de 1984”, que introduziu modificações na Parte Geral do Código Penal de 1940, alterando o termo de “irresponsáveis” para “inimputáveis”³³.

Em verdade, irresponsabilidade é diferente de inimputabilidade, pois passa a ideia de que nada aconteceria com o adolescente. Essa ideia demonstra que a norma colocaria em um certo esquecimento a aplicação do Direito no controle dos desvios dos menores perante a lei penal.

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57.

³² AMARANTE, Napoleão X. do. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários jurídicos e sociais*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 343.

³³ “23. Manteve o Projeto a inimputabilidade penal ao menor de 18 (dezoito) 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 anti-social 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 (dezoito) anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinquente adulto, expondo-o à contaminação carcerária”.

Logo, enquanto na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 o legislador esclarecia que o Projeto não cuidava dos menores de 18 anos (imaturos), senão para declará-los inteiramente fora do Direito Penal, sujeitos apenas à pedagogia corretiva da legislação especial, na Exposição de Motivos da Lei nº 7.209, de 11.07.84, justificou-se a permanência do princípio nos termos já reproduzidos (acima)³⁴.

Continuando com o aspecto histórico, a reforma da legislação penal brasileira de 1977, pronunciada pelo Ministro da Justiça, Armando Falcão, teve como base a falsa premissa de que o direito penal seria o único culpado pelos descabidos arrolados na Exposição de Motivos de 22 de fevereiro de 1977, no Item 1, com destaque para o aumento dos índices de violência³⁵.

Acontece que essa reforma de 1977 não logrou êxito. Ocorre que muitas vezes o Direito Penal torna-se mero cúmplice da classe dominante, pois ignora problemas políticos e sociais em benefício à técnica jurídica³⁶.

Já em 1980, quando o Ministro da Justiça era Petrônio Portella, foi editada a Portaria nº 167, de 22 de fevereiro de 1980, que interessava à União que se apresentasse um plano, com base em princípios científicos, para tratar as questões graves. Em 1981 surgiu uma Nova Parte Geral do Código Penal, em substituição à de 1940, Lei nº 7.209/84, com nova redação dos artigos 1º ao 120, do Código Penal. À época, o Ministro da Justiça era Ibrahim Abi-Ackel.

Nesse contexto, em busca de mais marcos punitivos, surgiram no Brasil razões para a elaboração da Lei Federal nº 8.072/90, Lei dos Crimes Hediondos³⁷.

O primeiro marco foi anterior ao início da vigência da Lei Federal nº 7.209 (Nova Parte Geral do Código Penal), ocorrida em 11 de julho de 1994 e da Lei Federal

34 AMARANTE, Napoleão X. do. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários jurídicos e sociais*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 344.

³⁵ “1. O aumento dos índices de criminalidade, que se observa em escala mundial, fez com que, no Brasil, grande número de condenados, inclusive perigosos, permaneçam em liberdade, não sendo possível cumprir os respectivos mandados de captura, por não haver onde recolhê-los, mesmo com novas penitenciárias construídas e por mais que elas se multipliquem”.

³⁶ Sobre isso conferir Francisco Muñoz Conde: “Em resumo: é típico da atual ciência do Direito Penal esquecer ou marginalizar os problemas políticos, econômicos e sociais em benefício dos puramente técnico-jurídicos ou dogmáticos. O penalista, diz-se, tem só que interpretar e sistematizar as leis penais vigentes; se estas leis são injustas, por exemplo, ou antidemocráticas, é algo, diz-se também, que não lhe compete. Produz-se assim uma espécie de esquizofrenia jurídica, podendo ser certo do ponto de vista jurídico o que é falso do ponto de vista político e vice-versa. A consequência desta visão esquizoide da realidade é a manipulação do penalista, fazendo dele um simples tecnocrata do Direito, quando não, um instrumento ou um cúmplice da classe dominante”. Disponível em: <<http://lecturascomplementarias.com/descargar-teoria-general-del-delito/>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

37 VOLPI, Mário (Org.). *Adolescentes privados de liberdade – a Normativa Nacional e Internacional & Reflexões acerca da responsabilidade penal*. 3. ed. São Paulo: Cortez: FONACRIAD, 2006, p. 116.

nº 7.210/94 (Execução Penal), quase no fim da primeira quinzena de janeiro de 1985. O segundo marco decorre da Constituição Federal de 1988, com seus princípios democráticos, consoante histórico que posteriormente veremos.

No item 5 da Exposição de Motivos da Lei Federal nº 7.209/84, buscavam-se as exigências da população brasileira, tendo por base, novamente, o aumento da violência³⁸.

Por outro lado, com a Constituição Federal de 1988, notou-se a necessidade de uma legislação infraconstitucional para tratar de crimes hediondos, que surgiu através da Lei Federal nº 8.072, de 25 de julho de 1990, com alteração em seu artigo 1º que, como já pode ser destacado, não diminuiu o índice da criminalidade, tal ponto será abordado no Capítulo 5.

Portanto, a idade penal no Brasil já foi aos 09 anos de idade; depois foi elevada para 14 anos, em 1921 para, em 1926, ser novamente aumentada para os 18 anos. Essa construção ao longo da história demonstra a tendência do direito penal brasileiro na imputação, alcançando em 1988 na Constituição Federal a delimitada proteção desse critério etário.

2.3 CONTEXTO EM QUE SURTIU A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Antes de analisar o tema em si da presente dissertação, qual seja, a maioria penal, mormente sua inserção no âmbito constitucional, cabe tecer algumas considerações sobre o contexto pelo qual o país passava quando da promulgação da Constituição cidadã.

O Brasil deixava um regime militar, antidemocrático, que não preservava as garantias individuais. Durante o referido regime, firmado com base em uma doutrina de segurança nacional, o país quase se esquecia dos direitos e garantias individuais³⁹.

Assim, a elaboração do texto pelo Constituinte de 1988 visava deixar qualquer vestígio da ditadura, procurando uma nova realidade, ao resgatar a cidadania. Vários

³⁸A pressão dos índices de criminalidade e suas novas espécies, a constância da medida repressiva como resposta básica ao delito, a rejeição social dos apenados e seus reflexos no incremento da reincidência, a sofisticação tecnológica, que altera a fisionomia da criminalidade contemporânea, são fatores que exigem o aprimoramento dos instrumentos jurídicos de contenção do crime, ainda os mesmos concebidos pelos juristas na primeira metade do século.

³⁹ARAÚJO, Luiz Alberto David. A impossibilidade de alteração do artigo 228 da Constituição Federal: a busca dos ideais constituintes e de seus valores democráticos. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira et al (Org.). *A razão da idade: Mitos e Verdades*. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p. 128.

foram os debates que ensejaram a edição do texto original, atualmente com noventa e uma emendas constitucionais (a última de 19/02/2016⁴⁰), além das revisionais.

Em busca de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 surge como instrumento de esperança, com uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I, da Constituição Federal). Tentava-se, a todo custo, afastar os valores de segurança nacional, buscando uma democracia verdadeira. Daí porque surgiram vários instrumentos novos na seara do direito, a exemplo do mandado de injunção, do mandado de segurança coletivo, do habeas data, entre outros.

O constituinte preocupava-se em resgatar os valores da cidadania, motivo pelo qual foi chamada de Constituição cidadã⁴¹. Com a Constituição Federal de 1988, passa-se à aplicação do conceito de cidadania também às crianças e aos adolescentes.

Segundo Edson Sêda, no Brasil iniciaram-se os desvios na aplicação desse conceito de cidadania, principalmente por parte da mídia, que passou a difundir que as crianças e adolescentes eram unicamente sujeitos de direitos, sem qualquer referência a deveres. E assim começaram a se “formar novos usos e costumes em que pessoas mal informadas ou mal informadoras” induzem a desvios, uma vez que afirmam “que o Estatuto enfraqueceu o poder dos pais na educação dos filhos; que crianças e adolescentes têm o direito (ilimitado) de ir e vir, não podendo ser molestados”, divulgando, inclusive, uma suposta impunidade de crianças e adolescentes⁴².

Antes de 1988, portanto, não se falava em cidadania para as crianças e adolescentes. Tal garantia era restrita aos maiores de idade. Acontece que ao tempo em que o direito reconheceu a cidadania e demais direitos ao público infante-juvenil, mostrou que o mundo dos direitos é também o da responsabilidade, da ética, ou seja, que diante dos direitos há também deveres a serem cumpridos.

Afora essas críticas sobre o verdadeiro alcance da aplicação da cidadania às crianças e adolescentes, há também diversas críticas na doutrina acerca da extensão da Constituição de 1988, alegando tratar-se de texto muito detalhista. Para os críticos, principalmente aqueles em que se espelham na Constituição americana, a nossa deveria conter um texto apenas principiológico, com várias matérias a serem disciplinadas infraconstitucionalmente. Entretanto, quando da elaboração da Constituição americana,

40 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm>. Acesso em: 06 mar. 2016.

41 Assim denominada pelo Deputado Ulysses Guimarães.

42 SÊDA, Edson. *Construir o passado ou como mudar hábitos, usos e costumes, tendo como instrumento o Estatuto da Criança e do Adolescente*. Série Direitos da Criança. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 24.

em 1787, a democracia norte-americana já era bem mais consolidada que a nossa em 1988.

Ademais, esse fato de ser bastante detalhista, às vezes prolixa, tem a ver com o momento histórico em que o Brasil se encontrava, de proteção dos direitos individuais para fugir de um regime autoritário, ditatorial, conforme já descrito. De fato, o constituinte procurou deixar o texto o mais claro possível, para que houvesse poucas dúvidas quando da aplicação das normas trazidas pela democracia. Assim, em busca da minúcia veio também a busca da constitucionalização dos direitos, já que o povo tinha receio de que houvesse muito espaço para interpretações pelos Poderes Constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário)⁴³.

Justamente nessa época de desconfiança do povo brasileiro, há que se lembrar que o Supremo Tribunal Federal permitiu a criação de tributo através de decreto-lei, quando a Constituição previa a criação tão-somente por lei em sentido formal. Outro exemplo que pode ser citado é a quantidade de vezes que a Constituição Federal de 1988 prevê o princípio da igualdade: art. 5º, *caput*; art. 5º, inciso I; art. 7º, incisos XXX, XXXI e XXXII; art. 19, inciso III; art. 150, inciso II, entre outros, tudo com o intuito de assegurar a igualdade e vedar discriminações.

Logo, para o povo brasileiro em 1988, uma Constituição detalhista revelou-se democrática, como forma de assegurar os direitos garantidos. Trata-se de uma característica do nosso povo, com caráter democrático, de garantia e segurança. Diante dessa nova visão do mundo só poderemos construir uma sociedade livre, justa e solidária⁴⁴ por meio da implantação de direitos que erradiquem a pobreza e a marginalização e reduzam as desigualdades sociais e regionais⁴⁵.

Preconiza Rolf Koerner Júnior em seu artigo “A minoridade é carta de alforria?”⁴⁶ que, ao ler o Diário da Assembleia Nacional Constituinte, observou que no art. 261 do documento originário, a regra tinha a seguinte redação: “A inimputabilidade dos menores será regulamentada em legislação especial”. Esse ponto de partida específico em relação à normatividade preconizada pelo mencionado autor é algo de

43 ARAÚJO, Luiz Alberto David. A impossibilidade de alteração do artigo 228 da Constituição Federal: a busca dos ideais constituintes e de seus valores democráticos. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira et al (Org.). *A razão da idade: Mitos e Verdades*. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p. 130.

44 Objetivo fundamental expresso no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal.

45 Objetivo fundamental previsto no art. 3º, inciso III, da Constituição Federal.

46 KOERNER JÚNIOR, Rolf. A minoridade é carta de alforria? In: VOLPI, Mário (Org.). *Adolescentes privados de liberdade – a Normativa Nacional e Internacional & Reflexões acerca da responsabilidade penal*. 3. ed. São Paulo: Cortez: FONACRIAD, 2006, p. 131.

destaque, pois a norma para os menores, na descrição Koerneriana, possui um ponto de ruptura no lapso sucessivo das construções normativas, ganhando um ponto de importância por sua especificidade. Dessa forma a norma passa a ser uma em específico para regular os direitos dos menores.

Na referida Assembleia foram colhidos vários votos, muitos favoráveis à imputabilidade a partir dos 16 anos, a exemplo do Constituinte Miraldo Gomes, que destacou a evolução de um adolescente nos dias atuais⁴⁷.

Outra alegação teve por base o critério adotado pela Assembleia Nacional Constituinte para a concessão dos direitos políticos aos maiores de dezesseis anos, com a aplicação do Código Eleitoral para eles. Assim, surgiria uma situação curiosa: caso o adolescente praticasse algum crime eleitoral, previsto no Capítulo II, do Título IV, do Código Eleitoral, ficaria impune, fato que ensejava a imediata alteração legislativa para a aplicação do Código Penal àqueles adolescentes⁴⁸. O que veremos não ser verdade, posto que, ao caso, seriam aplicadas as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Entretanto, tal apreciação não foi aceita pelos constituintes de 1988, que disseram sim (435 votos), não (8 votos) e abstenção (9 votos) para a emenda da fusão que resultou na redação do art. 228, da CF, com a imputabilidade aos 18 anos de idade e, aos menores, regulamentação por legislação especial⁴⁹. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, Nelson Hungria, tido como rigoroso nas penas, afirmou

⁴⁷ “No mundo hodierno que vivemos cuja evolução decorre de vários fatores de integração do homem na sociedade, com o crescente e dinâmico processo da cibernética, não mais se admite que a responsabilidade penal, pelo emblema da inimputabilidade, ressalve pessoas na faixa etária abaixo de 18 anos, tão-somente. A lógica que promana da experiência de vida diz-nos da responsabilidade penal que deve alcançar a faixa etária daqueles que contam até os 16 anos, posto como nessa faixa etária já são suficientemente cômicos dos seus deveres e direitos. Por outro tanto, justificamos nosso esposamento, diante de circunstâncias inarredáveis pelas quais concluímos ser a sociedade de hoje diferente da sociedade de antanho, na qual, por prática consuetudinária, pessoas na faixa etária de 16 anos ainda usavam camisolões. Hodiernamente, pelo contrário, pessoas nessa faixa de idade já dirigem autos, conhecem a prática sexual em plena atividade de vida, sem contar com o grau de avanço noutros setores”. KOERNER JÚNIOR, Rolf. A menoridade é carta de alforria?. In: VOLPI, Mário (Org.). *Adolescentes privados de liberdade* – a Normativa Nacional e Internacional & Reflexões acerca da responsabilidade penal. 3. ed. São Paulo: Cortez: FONACRIAD, 2006, p. 131.

⁴⁸ KOERNER JÚNIOR, Rolf. A menoridade é carta de alforria?. In: VOLPI, Mário (Org.). *Adolescentes privados de liberdade* – a Normativa Nacional e Internacional & Reflexões acerca da responsabilidade penal. 3. ed. São Paulo: Cortez: FONACRIAD, 2006, p. 175.

⁴⁹ Conferir: o Professor Manoel Pedro Pimentel, em seu artigo “A constituinte e a menoridade penal”. Artigo publicado pelo Repertório IOB de Jurisprudência, nº 12/88, na segunda quinzena de junho de 1988, p. 175.

que não se deveria crer no “fatalismo da delinquência”, posto que o adulto é corrigível - imagina o adolescente, sendo preferível a correção por meios pedagógicos⁵⁰.

Já Basileu Garcia aduziu que “o problema dos menores está situado à margem do Direito Penal. Mas neste tem de ser mencionado, porque a imaturidade é causa de isenção de pena”⁵¹. De fato, diante do histórico de lutas em que vivia o povo brasileiro, é mais do que razoável a previsão constitucional da imputabilidade penal aos dezoito anos de idade, posto que traduzia segurança à sociedade.

Tal segurança é repercutida no fato de que o direito penal tem que ser feito para todos, e não para os outros. As mesmas regras devem atingir tanto os culpados pobres, quanto os culpados ricos. No entanto, como sabemos, as cadeias estão superlotadas em sua maioria de pobres, reflexo da má distribuição de renda.

O Grupo de Acompanhamento de Revisão Constitucional do Fórum de Defesa da Criança e do Adolescente Nacional falou sobre “As conquistas a serem mantidas na Constituição Federal⁵². Não ao retrocesso repressor!”, afirmando que tais conquistas são a própria expressão da normativa internacional estabelecida pela Convenção dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil e, portanto, direitos e garantias incluídos no sistema nacional por força da expressa disposição do art. 5º da Constituição Federal⁵³.

Sobre o resultado da pesquisa patrocinada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, o juiz Luiz Vicente Cernicchiaro considerou a maioria dos magistrados favorável à redução da idade penal mínima, embora escrito em face do Código de Menores, destacou que o menor de dezoito anos, apesar de ter conhecimento da ilicitude de um crime, ainda se encontra com a personalidade em formação⁵⁴.

50 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. I. tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 363 e 359.

51 GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 7. ed. v. I. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 378.

52 KOERNER JÚNIOR, Rolf. A menoridade é carta de alforria?. In: VOLPI, Mário (Org.). *Adolescentes privados de liberdade – a Normativa Nacional e Internacional & Reflexões acerca da responsabilidade penal*. 3. ed. São Paulo: Cortez: FONACRIAD, 2006, p. 145-146.

53 Igualdade, Livro 2, p. 57-58.

⁵⁴ “Apesar disso, louve-se a Constituição. Ninguém ignora, muito menos o legislador, a chamada ‘criminalidade juvenil’. É crescente. Amplia-se em todas as áreas, no País e no estrangeiro. O moço de dezessete anos tem, pela convivência social, perfeito conhecimento da ilicitude do furto, do estupro ou do estelionato. Aumenta a participação de jovens no comércio e uso de entorpecentes. O menor de dezoito anos, entretanto, está com a personalidade ainda em formação. É ainda muito cedo para sofrer os rigores da sanção penal. Ao Estado incumbe prestar as medidas pedagógicas e reeducativas para prevenir o ingresso ou a permanência do menor no terreno da ilicitude. [...] É inconveniente reduzir a idade para a relevância penal. O sistema vigente é melhor. O que acontecerá com o eleitor de dezoito anos. Eventual fraude, para retornar a ilustração, como ilícito, movimentará o Direito. Não ficará a salvo de qualquer sanção. Incidem as normas da Lei nº 6.697, de 10.10.79 (Código de Menores)”. Conferir: COSTA JÚNIOR, Paulo José da; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Direito Penal na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 77 e 178.

Conforme explicitado, o alcance da cidadania para os adolescentes, trazido pela Constituição de 1988, abarca não só direitos, como também deveres. Daí porque, como melhor será estudado no Capítulo 5, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê punições para quem praticar ato ilícito. Logo, nesse contexto traçado, com base em momento de luta dos cidadãos brasileiros, considera-se que o Estatuto não foi feito *contra* a sociedade, mas sim em seu favor.

Assim, não se pode desconsiderar que a história do Brasil independente está marcada por guerras e revoltas populares e, na era republicana, por revoluções e golpes de Estado, demonstrando um povo lutador.

E é esse momento de conquistas democráticas que deve ser lembrado, a cada estudo constitucional, para que não se perca de vista o quadro social em que foi elaborada a Constituição Federal de 1988, baseada na desconfiança e na necessidade de constitucionalização, visando à proteção das conquistas obtidas, com o intuito de evitar posteriores alterações.

3 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

Ao longo desse Capítulo serão tratados os princípios, em especial os que possuem ligação com a maioria penal, bem como serão abordados os limites materiais do poder de reforma e, ainda, a interpretação constitucional em face da mídia e da opinião pública.

3.1 PRINCÍPIOS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Entende-se que o ponto de partida de um ordenamento jurídico, principalmente da Constituição Federal, deve ter por base os princípios – explícitos ou implícitos – que sirvam para orientar a interpretação do sistema, facilitando-lhe a compreensão, dando-lhe uma unidade de sentido.

Tal fato é necessário para que o Estado Democrático de Direito efetivamente se realize, pois, do contrário, transformar-se-á em um amontoado de preceitos, desprovidos de capacidade de coordenação do todo, totalmente desnorteado ou sem sentido.

Nesse contexto principiológico, vale trazer o pensamento de Robert Alexy, de que o Estado Constitucional Democrático “deixa fundamentar-se não só com auxílio da teoria do discurso, ele próprio é, também, dependente de discursos como meio da formação da vontade racional em todos os planos”. O Estado Democrático de Direito baseia-se, assim, além dos princípios, na necessidade de discursos. Daí o motivo de denominá-lo de “constitucionalismo discursivo”⁵⁵.

A Declaração dos Direitos do Homem Universal é vista por Bobbio como a “até agora maior prova histórica para o ‘consensus omnium gentium’ com respeito a um sistema de valores determinado”⁵⁶.

Acerca da declaração dos direitos do homem, Alexy menciona que dizia respeito a um consenso, dos Estados integrantes, sobre os valores fundamentais, um ideal comum a ser obtido por todos os povos e nações⁵⁷.

Para Ferrajoli⁵⁸, diversos princípios compõem o modelo garantista de direito penal, ligados ao Estado Democrático de Direito. Tais princípios, por sua vez, formuláveis como proposições condicionais, também estão ligados entre si.

55 Contracapa do livro HECK, Luís Afonso (Org.). *Constitucionalismo discursivo*. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

56 Conferir: Norberto Bobbio. *Das Zeitalter der Menschenrechte*. Berlin, 1998, s. 9.

57 HECK, Luís Afonso (Org.). *Constitucionalismo discursivo*. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 41.

Ferrajoli traz dez axiomas do garantismo penal: o sistema garantista SG, com base nas seguintes máximas latinas: *A1 Nulla poena sine crimine; A2 Nullum crimen sine lege; A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate; A4 Nulla necessitas sine injuria; A5 Nulla injuria sine actione; A6 Nulla actio sine culpa; A7 Nulla culpa sine iudicio; A8 Nullum iudicium sine accusatione; A9 Nulla accusatio sine probatione; A10 Nulla probatio sine defensione*⁵⁹.

Continua o autor garantista afirmando que os princípios são assim denominados: 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade⁶⁰.

Com base nessa exposição, afirma-se que essas dez condições são garantias do cidadão contra o arbítrio e o erro penal, sendo relevante delinear um modelo garantista em abstrato e traduzir os princípios constantes em normas constitucionais de forma clara para deslegitimar as normas inferiores que queiram ser contra elas⁶¹.

Acrescenta ser difícil desenvolver, na prática, o sistema das garantias, diante de condições externas como, por exemplo, a maturidade democrática das forças políticas e sociais⁶².

Nesse contexto, nenhuma garantia jurídica teve ter unicamente por base as normas, como também nenhum direito fundamental sobrevive sem a luta por sua atuação⁶³.

Assim, os princípios, considerados como garantias, assumem posição de destaque no sistema jurídico, principalmente no Direito Constitucional, pois se tornam

58 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradutores Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 90.

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 91.

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 91.

⁶¹ *Ibid.*, p. 101.

⁶² *Ibid.*, p. 865.

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Pena*. Tradutores Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 867.

instrumentos para interpretação e aplicação das normas constitucionais. Concorde-se com Ferrajoli na dificuldade de se implementar um sistema de garantias, devido às condições externas encontradas e, para se ter uma garantia jurídica, o sistema depende dessas condições externas, não sobrevivendo por si só.

Eugênio Couto Terra, em seu artigo intitulado “A idade penal mínima como cláusula pétrea”⁶⁴, afirma que, para além das funções mencionadas, os princípios servem como identificadores do núcleo político essencial da Constituição como, por exemplo, a proteção normativa às crianças e adolescentes, que é explicitação do princípio da Dignidade da Pessoa Humana⁶⁵.

E é com base também nessa proteção constitucional na área infanto-juvenil e, por consequência, na expressão maior do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que somos contrários à redução da idade penal mínima estipulada constitucionalmente.

Avançando no desenvolvimento do que dispõe a proteção à dignidade da pessoa humana, construiu-se, na primeira metade do século XX, um projeto de elevação dos direitos em que se inseriria a proteção dos menores. Paolo Ridola⁶⁶ afirma que no contexto das constituições europeias do segundo pós-guerra destaca-se, em particular, a Grundgesetz (GG), ou seja, a Lei Fundamental da Alemanha, de 1949. Tal Lei Fundamental proclama, inicialmente, a inviolabilidade da dignidade humana⁶⁷.

Faz-se interessante citar a seguinte indagação e resposta feitas por Ridola: “Que coisa é, afinal, a dignidade humana se não o lugar que a cada ser humano livre cabe ocupar na sua irrepetível diversidade? É a possibilidade de realizar o próprio projeto de vida”⁶⁸.

64 TERRA, Eugênio Couto. A idade penal mínima como cláusula pétrea. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira et al (Org.). *A razão da idade: Mitos e Verdades*. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p. 38-39.

65 Um exemplo é o 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

66 RIDOLA, Paolo. *A dignidade humana e o “princípio liberdade” na cultura constitucional europeia*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Tradução Carlos Luiz Strapazzon, Tula Wesendonck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.57.

67 Art. 1 Abs I “A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é dever de todas as autoridades de Estado) [Art. 1 Abs I: “Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt”] (tradução livre)

68 RIDOLA, Paolo. *A dignidade humana e o “princípio liberdade” na cultura constitucional europeia*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Tradução Carlos Luiz Strapazzon, Tula Wesendonck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 115-116.

E é esse projeto de vida que deve ser protegido, ligado à Dignidade da Pessoa Humana e à própria liberdade, para que os adolescentes possam ter dias melhores, longe da criminalidade. Por outro lado, assimilando os ensinamentos do autor Eugênio Couto Terra e observando o teor do julgamento da nossa Suprema Corte, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 939, do Distrito Federal⁶⁹, temos que, a respeito dos direitos contidos fora do Título II da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal, por posição majoritária, estabeleceu o seguinte: a) aceitou a possibilidade da existência de direitos fundamentais fora do rol previsto no artigo 5º; b) determinou a preservação da unidade sistêmica da Constituição, observando-se os princípios e direitos fundamentais como um todo, respeitando-se os princípios emanados da Constituição; c) devem ser respeitados os limites materiais de reforma, ainda que se trate de exceção prevista no texto constitucional; d) no tocante às exceções previstas pelo constituinte originário, elas não são transferidas ao Poder Reformador, subordinado àquele; e) há que se respeitar a intangibilidade dos direitos de primeira e segunda gerações (ou dimensões), com fulcro no art. 60, § 4º, IV; f) restringiu-se a possibilidade de alterar o núcleo essencial do direito fundamental, uma vez que constitui cláusula pétrea, para que não se esvazie com constantes reformas; g) qualquer emenda constitucional é passível de controle de constitucionalidade.

Nesse último aspecto cabe refletirmos sobre a constitucionalidade ou não da proposta de emenda constitucional nº 171/93. Por esse mesmo encaminhamento, de um lado temos que, se o próprio constituinte optou por estabelecer o critério da imputabilidade, considerando inimputáveis os menores de dezoito anos, fê-lo de forma livre e soberana, impossibilitando o Poder Reformador da possibilidade de restrição da liberdade, pois afetaria esse direito fundamental dos menores de dezoito anos, o que afrontaria a Constituição Federal.

De outro lado, há o entendimento de inexistir direito fundamental para aquele reputado penalmente inimputável até o dia em que completar dezoito anos. Como mencionado acima, a proteção integral com as obrigações para com a infância e juventude encontra-se diretamente vinculada à plena promoção da dignidade humana do ser em desenvolvimento. Nesse passo, é possível afirmar que a inimputabilidade penal

69 ADI 939/DF – Ação Direta de Inconstitucionalidade – Rel. Min. Sydney Sanches Julgamento: 15/12/1993. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: 21/01/1994.

até os dezoito anos de idade integra o direito de livre desenvolvimento da personalidade, pois permite uma ampliação na proteção ao ser humano em formação.

Ademais, entende-se que é vedado ao Brasil tomar qualquer medida que venha a contrariar dispositivo da Convenção sobre os Direitos da Criança - que não faz qualquer distinção entre criança e adolescente, considerando criança todo ser humano menor de dezoito anos, - principalmente porque, de acordo com o art. 5º, § 2º, da CF/88⁷⁰, tal convenção tem *status* de norma constitucional.

Sem sombra de dúvidas, o tratado em referência possui conteúdo de proteção dos direitos humanos, buscando a efetivação dos direitos da criança e do adolescente⁷¹.

Nesse diapasão, entende-se que enquanto o Brasil for Estado-parte da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, eventual alteração da idade penal mínima implicará em descumprimento daquilo que se comprometeu a cumprir, acarretando a responsabilização internacional do Estado violador, tudo em conformidade com os princípios que regem o tema.

Em parecer à proposta de emenda constitucional, visando à redução do limite etário da inimputabilidade penal⁷², Fábio Konder Comparato também se posicionou contrário à alteração, baseando-se no princípio extraído do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, pelo qual “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais”. Esclareceu o mencionado jurista que os adolescentes menores de dezoito anos possuem um direito fundamental a não ser envolvidos, como réus, “em processos criminais de qualquer espécie”, sendo vedada a supressão desse direito, por se constituir cláusula pétrea. Além disso, esclarece que nosso país ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989, o que também fundamenta a impossibilidade de modificação⁷³.

Referida Convenção sobre os Direitos da Criança determina, em seu artigo 40, item 3, alíneas “a” e “b”, a fixação de uma idade mínima para que o indivíduo seja

70 § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

71 Artigo 41 – Nada do estipulado na presente Convenção afetará disposições que sejam mais convenientes para a realização dos direitos da criança e que podem constar: a) das leis de um Estado-parte; b) das normas de Direito Internacional vigente para esse Estado.

72 COMPARATO, Fábio Konder. Parecer à proposta de emenda constitucional, visando a reduzir o limite etário da inimputabilidade e penal. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira *et al* (Org.). *A razão da idade: Mitos e Verdades*. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p. 71.

73 *Ibid.*, p. 71.

responsabilizado por infringir leis penais, bem como a aplicação de medidas sem recorrer a processos judiciais, desde que respeitadas as garantias legais e os direitos humanos⁷⁴. Logo, há duas vedações principiológicas para a alteração da idade penal mínima no Brasil, quais sejam, tratar-se de cláusula pétrea baseada no princípio da Dignidade da Pessoa Humana e por dizer respeito a um compromisso em âmbito internacional⁷⁵.

À semelhança dos sistemas constitucionais português e espanhol, nosso constituinte preferiu prever um sistema jurídico especial, baseado especialmente em princípios, para os direitos individuais e coletivos, em regra previstos no artigo 5º da Constituição.

Tal regime jurídico especial não é aplicável aos demais direitos fundamentais, e possui as seguintes características, a saber: a) Impossibilidade de deliberação de proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal); b) Intervenção da União nos Estados ou no DF para assegurar a observância dos direitos da pessoa humana (art. 34, inciso VII, b, da Constituição Federal); c) Previsão de mandado de injunção para suprir a falta de norma reguladora que torne inviável o exercício dos direitos e das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art.5º, inciso LXXI, da Constituição Federal)⁷⁶.

Por sua vez, Flávia Piovesan, no texto “A inconstitucionalidade da redução da maioria penal”, aduz que as propostas sobre a redução da maioria penal “refletem reações emocionais e imediatistas, causadas pelo desespero decorrente da crise da segurança pública e da alta taxa de criminalidade”. Entretanto, “essas propostas não apenas são destituídas de eficácia, como representam ainda uma flagrante afronta à Constituição Federal de 1988”. Assim, o direito constitucional à proteção especial aos

74 “3. Os Estados Partes buscarão promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais ou que sejam acusadas ou declaradas culpadas de tê-las infringido, e em particular: a) o estabelecimento de uma idade mínima antes da qual se presumirá que a criança não tem capacidade para infringir as leis penais; b) a adoção sempre que conveniente e desejável, de medidas para tratar dessas crianças sem recorrer a procedimentos judiciais, contando que sejam respeitados plenamente os direitos humanos e as garantias legais.

75 O artigo 4º, da Constituição Federal, afirma que nas relações internacionais o país respeitará vários princípios, dentre eles a prevalência dos direitos humanos.

76 CORRÊA, Márcia Milhomens Sirotheau. Redução da idade de imputabilidade penal – aspectos constitucionais. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira et al (Org.). *A razão da idade: Mitos e Verdades*. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p. 143.

adolescentes é condicionado ao princípio do direito à inimizabilidade penal dos menores de dezoito anos⁷⁷.

O Estatuto da Criança e do Adolescente se compõe a partir de três grandes sistemas de garantias, são eles: a) O Sistema Primário, que dá conta das Políticas Públicas de Atendimento a crianças e adolescentes (especialmente os arts. 4º e 85/87); b) O Sistema Secundário, que trata das medidas de proteção dirigidas a crianças e adolescentes em situação de risco pessoal ou social, não autores de atos infracionais, de natureza preventiva, ou seja, crianças e adolescentes enquanto vítimas, enquanto violados em seus direitos fundamentais (especialmente arts. 98 e 101); c) O Sistema Terciário, que trata das medidas socioeducativas, aplicáveis a adolescentes em conflito com a Lei, autores de atos infracionais, ou seja, quando passam à condição de vitimizadores (especialmente os arts. 103 e 112)⁷⁸.

Logo, nos termos desses sistemas de garantias, quando a criança ou o adolescente evadir-se ao sistema primário de prevenção, será incorporado ao sistema secundário, no qual o agente operador é o Conselho Tutelar e, se o adolescente estiver em conflito com a lei, isto é, se for atribuído a ele a prática de algum ato infracional, o terceiro sistema de prevenção será ativado, onde se operacionalizarão as medidas socioeducativas.

De fato, seria contraditório ou até mesmo impossível, aplicar-se normas da legislação especial contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, se fossem aplicadas as normas do Código Penal aos menores de dezoito anos.

Nesse contexto, a redução da maioridade penal possui origem inspiradora a ótica exclusivamente repressiva, que esvazia o sentido da ótica da responsabilidade, fundada nas medidas socioeducativas. Com isso, a perspectiva sociojurídica de exclusão (repressiva e punitiva, de isolamento) vem a aniquilar a perspectiva de inclusão (protetiva e socioeducativa, de reinserção social). Assim, essa proposta afronta inclusive parâmetros internacionais de proteção dos direitos humanos, que o Brasil se

77 PIOVESAN, Flávia. A inconstitucionalidade da redução da maioridade penal. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira et al (Org.). *A razão da idade: Mitos e Verdades*. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p. 73.

78 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, p. 62.

comprometeu a cumprir, como é o caso de proporcionar tratamento digno às crianças e aos adolescentes⁷⁹.

Nessa linha, João Batista Costa Saraiva considera o Estatuto da Criança e do Adolescente uma versão brasileira da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, no qual foram incorporados definitivamente ao ordenamento jurídico brasileiro os fundamentos da Doutrina das Nações Unidas de Direito da Criança⁸⁰.

Destaque-se que na XXIII Assembleia do FONACRIAD, ocorrida em Salvador no dia 18 de outubro de 1996, estabeleceu-se inicialmente que, no Brasil, a garantia dos direitos da infância e da juventude está solidamente fundamentada na Constituição Federal, que a define como prioridade absoluta em seu artigo 227. Além da Lei Maior, há previsão também na Lei Federal nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, e nos documentos internacionais, ratificados pelo Congresso Nacional, com especial destaque para a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. Por sua vez, a política de garantias se materializa num sistema articulado de princípios (descentralização administrativa e participação popular), políticas sociais básicas (educação, saúde e assistência social) e programas especializados, destinados à proteção especial das crianças e adolescentes violados em seus direitos por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis e excluídos em razão de sua conduta ou de prática de atos infracionais⁸¹.

Assim, observa-se que o surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe a adoção do Princípio da Proteção Integral, em detrimento do Princípio da Situação irregular, que presidia no Código de Menores e no antigo sistema latino-americanos e que tinha como característica, por exemplo, a vitimização do menor, que estaria em situação irregular, sendo que era visto como um objeto, necessitando de intervenção estatal coercitiva, inclusive de sua família. O fato é que a redução da maioria penal deve ser analisada tendo por base não apenas os princípios constitucionais, os valores considerados em nosso país, como também o sentimento constitucional e, ainda, o fato de fazer parte ou não das chamadas “cláusulas pétreas”.

79 PIOVESAN, Flávia. A inconstitucionalidade da redução da maioria penal. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira et al (Org.). *A razão da idade: Mitos e Verdades*. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p. 75.

80 SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e Ato Infracional*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 17.

81 BULHÕES, Antônio Nabor Areias. Depoimento na audiência pública sobre a redução da maioria penal de 18 para 16 anos, realizada em 10/11/1999. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira et al (Org.). *A razão da idade: Mitos e Verdades*. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p.13.

Logo, após construção desse processo de compreensão da imputação das pessoas com idade da inimputabilidade das pessoas por limite etário, enveredaremos o estudo, então, nos limites dos princípios que regem o Estado Democrático de Direito, com o intuito de identificar aspectos que possam sinalizar para uma punição justa e amenizar o atual sentimento de impunidade da sociedade, já apontado em diversas pesquisas de opinião.

3.2 LIMITAÇÃO MATERIAL DO PODER DE REFORMA – CLÁUSULAS PÉTREAS

No Brasil, como foi visto, passamos por sucessivas fases, desde a inimputabilidade absoluta apenas dos 09 anos de idade⁸², até a responsabilização especial do Estatuto da Criança e do Adolescente, atravessando a fase do critério do discernimento. Isso demonstra que a realização do direito que se descreve foi construída ao longo do tempo e por meio de aspirações sociais, o que segue a lógica de que o direito depende da sociedade em que está inserido e a sociedade depende do direito que possui⁸³.

Conforme já destacado, em 1988 a inimputabilidade penal passa a ser garantia constitucional dos adolescentes. O Constituinte considerou o rol das cláusulas pétreas como integrantes da “identidade constitucional”, considerando que, ao longo da história, o conteúdo dos direitos individuais vem se mantendo invariável, sem alterações, passando apenas por um processo de densificação. Tal situação leva ao entendimento de que os direitos individuais precisam de garantias contra sua revisão⁸⁴.

Nesse contexto, a principal finalidade das cláusulas pétreas é a preservação dos princípios constitucionais por elas abarcados. Esclarece Corrêa, entretanto, que “apenas as cláusulas pétreas devem ser interpretadas restritivamente e não os princípios por elas protegidos”⁸⁵. Por sua vez, o alcance das cláusulas pétreas chegou a ser examinado pelo Supremo Tribunal Federal, como foi visto, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939, do Distrito Federal, cujo relator foi o Ministro Sydney

82 Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, conhecido como Código Penal dos Estados Unidos do Brasil.

83 Sobre isso pode ser citado o célebre brocardo jurídico “ubi societas, ibi jus”, que demonstra, de maneira clara e robusta, a interdependência mantida entre o Direito e a sociedade.

84 CORRÊA, Márcia Milhomens Sirotheau. Redução da idade de imputabilidade penal – aspectos constitucionais. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira et al (Org.). *A razão da idade: Mitos e Verdades*. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p. 144.

85 *Op. cit.*, p. 144.

Sanches, ocasião na qual o STF reconheceu o caráter de direito individual do princípio da anterioridade (art. 150, III, b), proibindo, por conseguinte, qualquer alteração no tocante ao princípio, em razão da garantia da cláusula pétrea.

Assim, na referida ADI questionou-se a constitucionalidade de uma emenda, ocasião em que o Supremo vedou a mitigação de um direito individual, mesmo por emenda, bem como reconheceu a existência de direito individual fora do rol do artigo quinto⁸⁶.

Nesse ponto, destaque-se, mais uma vez, que o histórico dos direitos e garantias individuais brasileiros, que se confunde com uma história de sofrimento, luta e desrespeito, apenas com a nossa Constituição Federal de 1988 foram elevados à categoria constitucional. A Constituição do Império, de 1824, restringiu o que seria constitucional como tudo o que dissesse respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos. O que não englobasse quaisquer desses temas poderia ser alterado, sem as formalidades referidas pelas legislaturas ordinárias⁸⁷.

Nas demais constituições republicanas não há menção à condição de cláusula pétrea dos direitos individuais do cidadão. As Constituições de 1891, 1934, 1967 e 1969 mantêm como cláusula pétrea a forma republicana federativa, já as Constituições de 1937 e 1946 não fazem ressalvas ao poder de reforma.

Na atual Constituição Federal, como é do conhecimento, os direitos e garantias individuais são previstos como cláusulas pétreas⁸⁸. Em relação ao assunto, Ives Gandra Martins ensina que os direitos e garantias individuais abrangidos pelas cláusulas pétreas não estão apenas no art. 5º, mas no decorrer do Texto Constitucional e, ainda, há outros que “decorrem de implicitude inequívoca”⁸⁹.

No caso da maioria penal, entende-se que o artigo 228, da Constituição Federal, tem por base a condição pessoal de o adolescente encontrar-se em desenvolvimento, emocional, físico, espiritual, mental e social.

Assim, o dispositivo em referência é cláusula pétrea, portanto, insuscetível de reforma ou supressão. Por sua vez, o advogado Rolf Koerner Júnior, integrante do

86 Ver tópico 3.1.

87 Art. 178. E' só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinarias.

88 Art. 60, § 4º, IV, da CF.

89 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 3. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 371.

Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária em 1996, manifestou-se a respeito da diminuição da maioria penal para dezesseis anos, para dizer que não há como negar ao artigo 228, da Constituição Federal, a natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias⁹⁰.

Por outro lado, Canotilho descreve os direitos de natureza análoga como aqueles que, embora não referidos no catálogo dos direitos, liberdades e garantias, beneficiam-se de um regime jurídico constitucional idêntico aos destes⁹¹. Nesse passo, cabe ressaltar que há críticas doutrinárias acerca da imutabilidade de uma Constituição, pois acarretaria seu imobilismo, diante da constante evolução humana, o que implicaria em desprestígio ao texto constitucional.

Na verdade, o que se busca ao limitar reformas na Constituição Federal é preservar suas características e fundamentos estruturantes. É preservar o núcleo constitucional, ou seja, todas aquelas matérias frutos de lutas e conquistas.

No tocante às vedações expressas ao poder reformador, Lênio Streck afirma que as cláusulas pétreas tornam “supraconstitucionais” aqueles princípios que são englobados por elas, já que não podem ser diminuídos, seja por quem for. Acrescenta que além dos limites explícitos, há os que decorrem da sistematicidade da Constituição, os chamados implícitos, que limitam a reforma, indicando quais as normas que não podem ser alteradas⁹².

Assim, temos que as cláusulas pétreas estão expressamente asseguradas na Constituição Federal de 1988, no tocante aos direitos e garantias individuais e, por sua vez, considerando-se a inimputabilidade penal aos menores de dezoito anos como direito e garantia individual será, por consequência, cláusula pétrea insuscetível de modificação seja por legislador ordinário, seja pelo Poder Reformador. Logo, se quer entender que a imputabilidade penal possui uma posição jurídica fundamental, antes prevista unicamente pela legislação infraconstitucional, hoje alicerçada no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, ligado ao direito da personalidade, de pessoa humana em desenvolvimento. Considerando tratar-se de uma posição jurídica, esta não poderá ser

90 KOERNER JÚNIOR, ROLF. A menoridade é carta de alforria? In: *O Ato Infracional e as Medidas Socioeducativas*, Subsídios 6, para a Assembleia Ampliada do Conanda, Brasília, 2 e 3 de setembro de 1996, Conanda, apoio Unicef e Inesc

91 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 995.

92 STRECK, Lênio Luiz. *Constituição: limites e perspectivas da revisão*. Porto Alegre: Rígel, 1993, p. 32-33 e 38.

alterada pelo Estado, posto que conquistada após um cenário de lutas, ou seja, dentro de um contexto social⁹³.

Uma nova Constituição poderá prever uma disciplina mais severa à imputabilidade penal, sendo que uma lei ordinária deverá seguir a Constituição. No caso, tal lei não poderá prever a redução, neste momento, já que essa não foi a intenção do legislador de 1988, posto que se trata de uma limitação material explícita ao poder de reforma. Além do mais, a imputabilidade penal possui como característica a proteção do indivíduo, com tratamento compatível com o de pessoa em desenvolvimento, induzindo à caracterização de cláusula a ser preservada.

É o ônus (para nós, bônus) que se paga por se viver em uma democracia, cujos direitos conquistados não podem ser suprimidos, e sim preservados.

3.3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL, A MÍDIA E A OPINIÃO PÚBLICA

Hermenêutica é a técnica de interpretar e explicar um texto. Possui origem grega. Por sua vez, a interpretação do direito é uma atividade intelectual, por meio da qual o intérprete alcança determinado conteúdo, que muitas vezes não se encontra expresso pelo legislador e que somente poderá ser alcançado com a ocorrência do caso concreto (real ou hipotético)⁹⁴.

A hermenêutica constitucional corresponde, assim, a uma atividade prática que possui como justificativa a própria jurisdição constitucional, que se determina a fazer valer a Constituição como norma suprema de uma nação e ordenamento jurídico. Essa Hermenêutica tem vivenciado um significativo crescimento, em face da complexidade das relações sociais hodiernas, que não encontram solução clara e formada no texto expresso da Constituição.

Essa análise de princípios e métodos na nova hermenêutica constitucional reafirma que se busque, na interpretação constitucional, subsídios para a solução dos casos concretos que muitas vezes não encontram resposta com a mera aplicação do texto constitucional, ou mesmo pela aplicação dos métodos tradicionais de

93 Conferir tópico 2.3.

94 FERREIRA, Rodrigo Eustáquio. Os princípios e métodos da Moderna Hermenêutica Constitucional (MHC). Análise com breves incursões em matéria tributária. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2764, 25jan.2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18341>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

hermenêutica, que acreditam ser possível ao intérprete buscar uma suposta "vontade da lei" (*mens legis*) ou ainda uma "vontade do próprio legislador" (*mens legislatoris*)⁹⁵.

Nesse contexto, afirma o Professor Inocêncio Mártires Coelho, citado por Rodrigo Eustáquio Ferreira, quando discorre sobre as diretrizes para uma nova interpretação estrutural dos modelos jurídicos, que foram abandonando os antigos métodos e critérios de interpretação – ligados à literalidade da lei, para serem adotados novos métodos mais flexíveis, a fim de permitir o ajuste dos modelos jurídicos às necessidades de um mundo cada dia mais complexo⁹⁶.

Ainda, Elísio Bastos destaca a importância da interpretação jurídica para a ciência do direito, ao afirmar que interpretar é ato de verdadeira criação, concretização, construção inicial do direito⁹⁷. Ao contrário do que pensam alguns, a norma jurídica não é o pressuposto da interpretação, mas sim o seu verdadeiro resultado⁹⁸. Esse autor também afirma que a interpretação possui caráter revigorante das normas jurídicas, pois as adequa às realidades política e social do tempo em que incide nos fatos concretos⁹⁹.

Na concepção clássica, há apenas três categorias de intérpretes constitucionais, a autêntica (criador da norma); a judiciária (Poder Judiciário) e a doutrinária (estudiosos do direito), no que se denominou de sociedade fechada¹⁰⁰. Entretanto, uma verdadeira democracia pluralista exige a pulverização dos agentes interpretativos da Constituição.

Vislumbra-se, assim, a possibilidade de uma atuação mais próxima entre o intérprete e a sociedade, com maior ligação entre a interpretação oficial e a vida cotidiana, na qual há vários fatos que cercam a Constituição, exercendo influência sobre suas normas. Por esse ângulo argumentativo, Häberle apregoa a sociedade aberta dos intérpretes, ou seja, o número aberto/ampliação de intérpretes, pois vivenciar a norma é interpretá-las e todos a vivenciam¹⁰¹.

95 Disponível em: <<http://www.unifio.br/pdfs/marketing/EdiFIEO%20-%20Hermen%C3%AAutica%20e%20Interpreta%C3%A7%C3%A3o%20constitucional%20G6.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

96 FERREIRA, Rodrigo Eustáquio. Os princípios e métodos da Moderna Hermenêutica Constitucional (MHC). Análise com breves incursões em matéria tributária. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2764, 25jan.2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18341>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

97 BASTOS, Elísio. *Interpretação Constitucional – a quem cabe a tarefa de concretizá-la?*. São Paulo: Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 41, 2002, p. 241.

98 PÉREZ LUÑO, Antonio Erique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 254.

99 BASTOS, Elísio. *Interpretação Constitucional – a quem cabe a tarefa de concretizá-la?* São Paulo: Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 41, 2002, p. 243.

100 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 36.

101 *Op. cit.*, p. 11-12.

Logo, propõe-se que no processo de interpretação constitucional estejam potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, os cidadãos e grupos, não sendo possível se estabelecer um elenco fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constitucional.

O reconhecimento do caráter complexo e plural da interpretação constitucional leva, assim, a uma relativização da interpretação constitucional jurídica, posto que: a) o juiz já não interpretará de forma isolada, já que as formas de participação ampliar-se-ão; b) todas as forças pluralistas públicas são intérpretes da Constituição; c) vários problemas referentes à Constituição não chegarão ao STF, seja por falta de competência específica da própria Corte, seja pela falta de iniciativa de eventuais interessados¹⁰².

Por sua vez, Jürgen Habermas, em sua Teoria Discursiva do Direito, reintroduz a ideia de Häberle, afirmando que o processo democrático de criação do direito, e também a interpretação, seria a única forma de conceder legitimidade ao mesmo¹⁰³.

Sobre a criação e interpretação do direito em uma democracia, Robert Alexy aduz que um conceito adequado de democracia não pode ser apoiado unicamente no conceito de decisão, pois precisa abarcar o conceito de argumento, para só então tornar a democracia deliberativa. Para ele, referida democracia funda-se na tentativa de institucionalizar o discurso, tão amplamente quanto possível, como meio da tomada de decisão pública. E conclui dizendo que: “desse modo, a representação do povo pelo parlamento é, simultaneamente, volicional ou decisionista e argumentativa ou discursiva”¹⁰⁴.

Nesse contexto, surge o seguinte questionamento: quem, de fato, interpreta a Constituição brasileira? Nos dias atuais, é muito tímida a participação efetiva dos cidadãos na concretização das normas constitucionais. O Poder Executivo, por exemplo, concretiza a Constituição por três vias essenciais: tomada de decisões administrativas, formulação de políticas públicas e possibilidade de o Chefe do Executivo deixar de cumprir norma notadamente inconstitucional.

É diante do Poder Judiciário que localizamos a maior possibilidade de participação direta dos cidadãos quando, por exemplo, no controle difuso, qualquer parte pode interpretar a Constituição. Ainda, no controle concentrado, temos a figura do

102 *Ibid.*, p. 11-12.

103 Conferir: *A Teoria Discursiva de Jürgen Habermas*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=257>. Acesso em 13 fev. 2016.

104 HECK, Luís Afonso (Org.). *Constitucionalismo discursivo*. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 163.

amicus curiae. Além do mais, há as interpretações doutrinárias, audiências públicas, fontes interpretativas não oficiais e a influência da opinião pública, além do poder da mídia.

Entretanto, a participação do cidadão não é sistematizada procedimentalmente e, por vezes, é até celebrada de forma inconsciente, pois muitos não possuem a consciência de seu alcance. Seria necessário investir na obtenção de uma cidadania procedimentalmente ativa, em que o cidadão tenha facilitado seu acesso aos meios jurídicos de concretização-interpretação da Constituição Federal.

Peter Häberle divide os grupos de intérpretes. Num primeiro grupo de intérpretes estariam as funções estatais, a exemplo dos órgãos responsáveis pelas decisões judiciais com efeito vinculante; num segundo grupo, os participantes dos processos desenvolvidos pelas funções estatais (autor e réu); num terceiro grupo, a opinião pública e a mídia, objeto do Capítulo; num quarto, doutrina constitucional¹⁰⁵.

Apesar da dificuldade encontrada por Paulo Bonavides para conceituar opinião pública, segundo Marcelo Santos Leite¹⁰⁶, num Estado pluralista como é o Brasil, constitui a opinião majoritária sobre determinado assunto em uma dada sociedade¹⁰⁷.

Ainda, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “essa opinião pública seria a vontade do povo, o soberano na democracia”¹⁰⁸.Vê-se, portanto, que toda opinião pública é uma opinião majoritária, e não unânime, que reflete, muitas vezes, a existência de uma opinião minoritária que deve ser respeitada, principalmente em um Estado Democrático de Direito.

Assim, temos que a opinião pública existe e possui uma incrível força social, tanto para transformar situações, quanto para conservar direitos. Apesar disso, afirma Marcelo Leite que a opinião pública possui um vício de formação: a larga amplitude dos assuntos sobre os quais ela surge. De fato, quem sobre tudo opina, nem sobre tudo possui conhecimento, sendo facilmente controlado, manobrado¹⁰⁹.

105 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 11-12.

106 LEITE, Marcelo Santos. *A influência dos grupos de pressão na interpretação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 16.

107 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 146.

108 *Op. Cit.*, p. 146.

109 LEITE, Marcelo Santos. *A influência dos grupos de pressão na interpretação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 18.

Para Paulo Bonavides as pessoas regem-se por emoções, sentimentos e preconceitos e a opinião delas, formando a opinião pública, será, assim, irracional. Afirma que o “clichê, a frase feita, a moda, o slogan, a ideia pré-fabricada, apodera-se das pessoas que, numa economia de esforço mental, como diz Prelot”, incorporam essa ideia ao seu pensamento, constituindo a denominada opinião pública¹¹⁰.

Um exemplo clássico da influência da opinião pública em sede de hermenêutica constitucional é a questão da redução da maioria penal no Brasil. Como já mencionado, prevê o artigo 228 da Lei Maior que: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. Alguns sustentam, como é nossa posição, que a questão se configura cláusula pétrea já que trata de direitos e garantias fundamentais (art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal) e está intimamente vinculada ao Princípio da Dignidade Humana¹¹¹.

Por outro lado, há outros que entendem o inverso, ao defenderem que a fixação da idade de imputação penal não se configura como cláusula pétrea, pois não há direito fundamental a ser reputado penalmente inimputável até completar dezoito anos.

O que se discute é se, de fato, a redução da maioria penal é possível no contexto do ordenamento jurídico pátrio e, caso seja, se teria o condão de promover a diminuição da criminalidade, como vem sendo propalado por seus adeptos, em especial a mídia e a opinião pública, retratada por meio de pesquisas, que vem trazendo forte influência na sociedade, como no caso da pesquisa da CNT (Confederação Nacional dos Transportes), em conjunto com o instituto MDA, divulgada em 11 de junho de 2013, que revelou que 92,7% dos brasileiros são a favor da redução da maioria penal, atualmente de 18 anos, para 16; Outros 6,3% são contra e 0,9% não opinaram¹¹².

De fato, os meios de comunicação de massa são essenciais para a divulgação de ideias e informações. Entretanto, como o controle sobre qual matéria será transmitida ou não se encontra sob o poder de pequenos grupos sociais, acabam sendo eles que decidem o que grande parcela da população deva saber.

No Brasil, a liberdade de imprensa sempre esteve ligada ao exercício do poder, ou seja, quando essa liberdade prejudicava as intenções do governo, este cerceou a

110 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 62.

111 Conforme foi tratado no tópico 3.2.

112 Disponível em: <<http://docplayer.com.br/12534191-Universidade-federal-de-juiz-de-fora-faculdade-de-comunicacao.html>>. Acesso em: 06 fev. 2016.

liberdade de imprensa, no caso da Era Vargas e o Golpe Militar, em 1964¹¹³. Paulo Lobo Saraiva observa que se impõe, portanto, “a instituição urgente de um habeas mídia, para libertar os meios de comunicação do cárcere das elites, na feliz expressão do mestre Paulo Bonavides”¹¹⁴. Acontece que nos Estados Democráticos torna-se difícil, ou até mesmo impossível, “afastar-se” da influência da mídia, pois o acesso irrestrito à informação é pressuposto para uma sociedade livre e democrática.

Sobre o tema, Manoel Gonçalves Ferreira Filho salienta que os meios de comunicação de massa podem ser perigosos agentes de manipulação, podendo guiar ou corromper a opinião pública no Estado contemporâneo¹¹⁵.

Nesse contexto cabe recordar que até mesmo Hitler divulgava pesquisas em que o povo alemão chegava a idolatrá-lo, apoiando sua ambição de controlar a Europa e que era a favor da guerra. No Brasil, Vargas, através do Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP) também divulgou a idolatria do povo ao seu regime ditatorial. Vê-se, portanto, a força de uma propaganda, de uma história que, propagada aos quatro ventos, ganha força na sociedade. É como diz o ditado popular “uma mentira repetida mil vezes torna-se verdade”.

Por sua vez, acerca da divulgação dos temas infanto-juvenis pela mídia, inicialmente João Batista Costa Saraiva cita a psicanalista Liliana Sulzbach, em seu filme de curta metragem denominado “A Invenção da Infância” (The Invention of Childhood), de M. Schmidt Produções, em que retrata que o conceito de criança extraído de um dicionário francês no início do século XVIII, como um termo cordial utilizado para agradar ou saudar alguém, bem como pedir para que faça algo, por exemplo: “Vamos crianças, trabalhem”¹¹⁶.

O conceito de criança remonta ao renascimento, enquanto o da adolescência é bem mais recente¹¹⁷. Até mesmo a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da

113 RANGEL, Paulo. *A redução da menor idade penal: avanço ou retrocesso social? A cor do sistema penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 58.

114 SARAIVA, Paulo Lobo. *A comunicação social na Constituição Federal de 1988*. Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 414.

115 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 156.

116 SARAIVA, João Batista Costa. *Desconstruindo o Mito da Impunidade – Um ensaio de Direito (Penal) Juvenil*. Brasília: CEDEDICA, 2002, p. 19.

117 *Op. cit.*, p. 19.

Criança, de 1989, não estabeleceu distinção, tratando criança como toda a pessoa entre zero e dezoito anos de idade¹¹⁸.

Na divulgação pela mídia nem sempre é percebida a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, tão preconizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, posto que muitas vezes se estabelece distinção entre os que podem ou não passar pela adolescência e seus conflitos.

Um exemplo trazido por Saraiva é a maneira como a mídia trata os jovens atletas de futebol, muitas vezes chamados de “meninos”, “inexperientes”, apesar de já possuírem 17 anos de idade, enquanto que tratam os adolescentes em conflito com a lei, muitas vezes desprovidos de quaisquer oportunidades na vida, quando cometem infrações leves, de verdadeiros “marginais”¹¹⁹.

Inobstante os atos realizados serem distintos, vê-se que é bem diferenciado o tratamento entre os jovens de classes sociais diferentes. É nesse viés que as notícias sobre adolescentes infratores são disseminadas, fazendo criar a ideia na sociedade de que o grande problema da criminalidade urbana são os menores infratores, que não são punidos. Entretanto, o Brasil é mais famoso no mundo por causa das mortes violentas que atingem crianças e adolescentes do que aquelas praticadas por elas. Para se ter ideia, consoante dados do relatório “Ocultos à Plena Luz”, elaborado pelo Unicef¹²⁰, o Brasil é o segundo país com o maior número de homicídios de jovens até 19 anos de idade.

Nesse contexto, a mídia brasileira é avassaladora e impõe a todos verdadeiro sofrimento “porque não têm coisas de que não precisam, em uma assustadora prevalência do TER sobre o SER, não é de se admirar que se imagina existir duas adolescências: a dos que podem adolecer e a dos que não podem”¹²¹. Sobre a atual sociedade e a mídia, que insistentemente dissemina o medo, Zygmunt Bauman afirma ser o medo mais assustador “quando difuso, disperso, indistinto, desvinculado, desancorado, flutuante, sem endereço nem motivos claros”, ou seja, principalmente “quando nos assombra sem que haja uma explicação visível, quando a ameaça que

118 Artigo 1º “Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”.

¹¹⁹ SARAIVA, João Batista Costa. *Desconstruindo o Mito da Impunidade – Um ensaio de Direito (Penal) Juvenil*. Brasília: CEDEDICA, 2002, p. 22.

120 Conferir: <http://www.unicef.org/ecuador/ocultos_a_plena_luz.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2016.

121 SARAIVA, João Batista Costa. *Desconstruindo o Mito da Impunidade – Um ensaio de Direito (Penal) Juvenil*. Brasília: CEDEDICA, 2002, p. 23.

devemos temer pode ser vislumbrada em toda parte, mas em lugar algum se pode vê-la”¹²².

Segundo Freud, é no inconsciente humano que habita a maioria dos nossos medos porque não temos consciência de sua razão de ser¹²³. Dessa forma, muitas vezes a mídia acaba atuando como agente disseminador do medo. E na história sempre houve a perseguição aos “inimigos” escolhidos por cada sistema da época, como, por exemplo, a caça aos feiticeiros, bruxas, judeus, estrangeiros, etc., tudo em nome de um medo coletivo. Até mesmo na Bíblia observamos que o medo acompanha o homem desde os primórdios e durante toda a sua existência, quando há a mensagem ao homem de que: “*Não temerás*”. A verdade é que não há sossego enquanto se estiver vivo.

Atualmente a disseminação do medo tem relação com a eleição dos inimigos “adolescentes infratores”, que seriam os responsáveis pelo aumento da criminalidade, segundo tão amplamente divulgado pela mídia e por políticos brasileiros, que propagam essa falaciosa ideia. Em seus discursos, os inimigos devem ser identificados para que sejam excluídos do convívio social.

Nesse sentido, Paulo Rangel destaca que os “inimigos” são previamente selecionados pelo sistema, a fim de serem excluídos¹²⁴.

Cada vez em que ocorre um crime hediondo praticado por um adolescente, a mídia divulga incessantemente, de forma tal que faz a sociedade conclamar por punição. Afirmam que há uma “endemonização” do adolescente na mídia, acabando por gerar na sociedade a ampliação dos eventos e aumento de crimes hediondos praticados por menores. Acrescentam que a mídia propicia, assim, o caos social e alienação das pessoas, destacados pela flagrante desigualdade social¹²⁵. E além disso, se insurge a ideia de esquecimento da coparticipação da responsabilidade pelo outro que está inserida na lógica da vida em sociedade.

122 BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 8.

123 FREUD, Sigmundo. *O ego e o id*. Trad. José Otávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997, p. 13.

¹²⁴ “Os inimigos, dependendo dos interesses escusos que estejam em jogo, são escolhidos pelo sistema para proteção de um status quo, pois a sociedade não tolera a convivência pacífica e harmoniosa entre seus iguais, ainda que cada qual na sua diferença: é preciso se livrar dos indesejáveis, e o indesejável do momento é o adolescente infrator, em especial do menor infrator afrodescendente. Primeiro, o afrodescendente foi escravizado. Depois, uma vez livre, passou a ser o suspeito número 1 do sistema penal”. RANGEL, Paulo. *A redução da menor idade penal: avanço ou retrocesso social? A cor do sistema penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 2.

125 BATISTA, Carlos Ferraz; REZENDE, Manuel Morgado. *Crime, castigo e a maioridade penal*. Taubaté-SP: Cabral, 2008, p. 99.

É fato que a mídia exerce relevante papel na difusão das falácias acerca da redução da maioria penal, através de seus programas de caráter predominantemente sensacionalista. Acontece que acaba por explorar a criminalidade, a violência e a miséria humana em seu último nível, “com o único intuito de obter pontos de audiência, em tudo contribuindo para a instauração de um sentimento coletivo de insegurança”¹²⁶.

Em verdade, tanto a mídia quanto as forças conservadoras da sociedade voltam-se, de forma insistente, pela alteração do artigo 228, da Constituição Federal, como se a diminuição da idade penal mínima solucionasse o problema da violência urbana. Tal fato vem ganhando apoio da população, constatado por pesquisas que mostram que mais de 92% da população é favorável à redução da maioria penal¹²⁷, em decorrência, sobretudo, da ineficácia dos poderes públicos no combate à criminalidade, o que gera um sentimento social de impunidade e insegurança.

A verdade é que a sociedade não sabe como resolver seus problemas e opta sempre pela solução aparentemente mais simples: o rebaixamento da idade penal mínima. Vislumbram a solução da criminalidade com uma alteração legislativa, como tão propagada pela mídia brasileira. Ressalte-se que tal fato ocorre em decorrência de um medo coletivo, no qual o cidadão teme em ser a próxima vítima da violência e, diante do descaso do poder público, as pessoas buscam apoio em um sistema punitivo cruel e desumano em nome de uma “pseudosegurança” pública – apenas para a elite da sociedade que, uma vez descumprindo a lei, poderá arcar com os custos de um bom advogado para as manobras processuais escapando, muitas vezes, da pena.

Além do controle estatal da imprensa, quem a financia são grandes empresas e conglomerados, com interesse para que a notícia veiculada seja a responsável pelo aumento de consumo de seus bens. Logo, existe uma indústria que lucra com o medo coletivo, tais como seguradoras, blindagem de carros, indústria de armas, empresas de segurança, construção civil (condomínios fechados são construídos), e a própria imprensa, etc. Ou seja, quanto mais medo, mais as pessoas procuram essas empresas para se protegerem.

126 TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva; GRAU, Eros Roberto. A desnecessária e inconstitucional redução da maioria penal. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira et al (Org.). *A razão da idade: Mitos e Verdades*. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p. 94-95.

127 Pesquisa da CNT (Confederação Nacional dos Transportes) em conjunto com o instituto MDA divulgada em 11 de junho de 2013. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/12534191-Universidade-federal-de-juiz-de-fora-faculdade-de-comunicacao.html>>. Acesso em: 06 fev. 2016.

Ademais, muitas vezes a mídia passa a ideia de que o adolescente rico é aquele fútil, playboy, filho de papai que tudo pode, etc, e o adolescente pobre é passado como delinquente e marginal, e não marginalizado dos bens produzidos socialmente.

Assim, os juristas devem ser extremamente cautelosos na análise da opinião pública, até mesmo no tocante às pesquisas de opinião, como é o caso do pleito social para redução da maioridade penal brasileira.

Dever-se-á indagar: qual a região entrevistada? Quem foram os entrevistados? Aqueles que tiveram oportunidades de educação, saúde, ou os marginalizados da sociedade? O entrevistado aceita a redução da idade penal para que seu próprio filho seja jogado nas penitenciárias, caso cometa um crime, ou apenas os filhos dos outros?

As sondagens e pesquisas de opinião servem apenas de indicadores, principalmente quando o quadro está bem definido, sendo, portanto, de pouca utilidade. Ademais, esse valor depende da amostra, ou seja, da correspondência entre quem foi entrevistado e o grupo como um todo, o que não é fácil de ser estabelecido¹²⁸.

De fato, há de se salientar que existe nítida diferença entre 92% dos entrevistados (que seriam favoráveis à redução da idade) e 92% da população total do país (constituída, em grande parte, por pessoas sem acesso aos bens sociais). Dizemos mais: acaso os mesmos entrevistados fossem indagados se são favoráveis à pena de morte, iriam responder positivamente, desde que, claro, o executado não fosse seu filho.

Nas palavras de Paulo Rangel, há uma manipulação da mídia, através do medo para a sociedade, deixando-a “desorientada quando faz esse discurso do ódio, da violência e de que medidas mais duras devem ser adotadas para diminuir a violência ou para combater o mal”¹²⁹.

A opinião pública é facilmente manobrável. A sociedade é controlada o tempo todo e não percebe. Logo, inicialmente, é necessário verificar-se qual grupo (ou grupos) a construiu e os motivos dessa construção. Só assim ter-se-á como trabalhar diante dos motivos que ensejaram o pleito social, buscando alternativas plausíveis dentro da nova hermenêutica constitucional.

128 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 74.

129 RANGEL, Paulo. *A redução da menor idade penal: avanço ou retrocesso social? A cor do sistema penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 23.

4 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À REDUÇÃO

Analisar-se-ão os fundamentos favoráveis à redução da maioria penal, seguindo-se do estudo acerca da matéria em âmbito internacional e de informações sobre a proposta de Emenda Constitucional nº 171/93.

4.1 FUNDAMENTOS

O debate jurídico sobre a redução da maioria penal é extremamente atual. A cada crime bárbaro cometido por adolescente ressurgem a discussão acerca da possibilidade da redução da maioria penal, de modo que temos um clamor social decorrente do avanço da violência praticada por aqueles que são regidos por uma legislação especial no Brasil.

A redução da maioria penal, contudo, é assunto bastante polêmico devido aos vários aspectos envolvidos, a exemplo dos políticos, biológicos, sociais e filosóficos, entre outros.

Sobre o tema há diversas Propostas de Emendas Constitucionais (PEC's) tramitando no Congresso Nacional, com o fim de alterar a Constituição Federal e, conseqüentemente, de ensejar modificações no Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Aqueles que defendem a diminuição da imputabilidade penal alegam basicamente que: a) atualmente os jovens já possuem pleno discernimento de seus atos, principalmente com o fácil acesso aos meios de comunicação; b) as medidas socioeducativas não são eficazes; c) a maioria dos países fixa a imputabilidade penal em menor faixa etária; d) cresce o número de menores envolvidos no crime, sendo usados por autores intelectuais; e) aos dezesseis anos o adolescente já pode votar; f) o Código Civil permite dispor sobre o patrimônio a partir dos dezesseis anos; g) as pesquisas apontam a posição da população pela redução; h) deve ser realizada uma punição justa pelo crime praticado; i) a falta de políticas públicas não pode incentivar e justificar a impunidade.

O problema é que a sociedade brasileira se embasa constantemente na “loucura” pela justiça. O Professor Marco Antônio de Abreu Scapini¹³⁰, ao escrever

130 SCAPINI, Marco Antônio de Abreu. O controle do medo e as práticas punitivas: a Justiça como questão por excelência. In: ÁVILA, Gustavo Noronha de (Org.). *Fraturas do sistema penal*. Porto Alegre: Sulina, 2013, p. 50.

acerca da violência, afirma que “manter-se indiferente à dor tem algo de preservar”¹³¹. E prossegue afirmando que estamos “diante de um imperativo sobre a decisão que a palavra justiça deve assumir”. Acrescenta que esta decisão sobre qual o sentido da palavra justiça e sobre qual o conteúdo que deve assumir construirá o tempo por vir, o tempo que resta da sociedade e, “sendo a questão primeira, tendo todos os demais temas como derivados desta, o que está em jogo, em termos radicais, é o sentido do viver em todas as suas dimensões. A palavra justiça carrega toda esta potência”¹³².

No Brasil, de forma geral, os que defendem a tese favorável à redução da maioria penal partem da construção da noção de imputação pelo critério biopsicológico, presumindo que os jovens de hoje – principalmente pela evolução tecnológica – já possuem pleno discernimento de seus atos. Logo, a eles deveriam ser aplicadas as normas estatuídas no Código Penal¹³³.

Reiteram que as medidas socioeducativas estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente não diminuem a criminalidade¹³⁴, e ponderam que o Brasil é um dos poucos países em que a inimputabilidade penal é mantida até os dezoito anos, o que não é verdade¹³⁵.

Outro argumento levantado é o de que tem aumentado, nos últimos anos, o número de crimes com envolvimento de crianças e adolescentes e que os autores intelectuais dos delitos se utilizam da inimputabilidade dos mesmos, atraindo-os com propostas sedutoras para integrarem o mundo do crime, aduzindo que eles não vão ser mesmo punidos.

De igual modo, a incoerência normativa também é invocada. Questionam os adeptos da redução da maioria: como o adolescente pode votar e não ser criminalizado?

Pesquisas pontuais também são apresentadas para corroborar a argumentação, em que a maior parte dos entrevistados defende a redução da maioria penal de dezoito para dezesseis anos.

Partidário desse ponto de vista, Fernando Capez afirma que o objetivo da redução da maioria é o de “reparar tão graves injustiças, de propiciar a punição na

131 ROUDINESCO, Elisabeth. *A parte obscura de nós mesmos: uma história dos perversos*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 18.

132 SCAPINI, Marco Antônio de Abreu. O controle do medo e as práticas punitivas: a Justiça como questão por excelência. In: ÁVILA, Gustavo Noronha de (Org.). *Fraturnas do sistema penal*. Porto Alegre: Sulina, 2013, p. 50.

133 Conferir tópico 5.3.

134 Conferir tópico 5.1.

135 Conferir tópico 4.2.

proporção do crime praticado”. Entende o autor que só assim, “um menor de idade que pratique um crime hediondo, como o que ocorreu no Rio de Janeiro, deverá responder pelo crime tal como um indivíduo maior de 18 anos”¹³⁶.

Por sua vez, o Advogado Rogério Gandra Martins, em seu artigo “Maioridade penal e discernimento”, alega existir no ordenamento jurídico uma “esquizofrenia legislativa”, posto que o Código Civil estabelece que o menor de dezesseis anos pode dispor sobre seu patrimônio por testamento¹³⁷, ser mandatário em atos jurídicos¹³⁸, entre outras conquistas. Prossegue afirmando que o menor pode por si só entender as complexidades de um contrato de compra e venda, no entanto não consegue “discernir plenamente” o que é um homicídio ou não, e caso o pratique será totalmente inimputável, pelo que vislumbra uma “profunda discrepância”. Assim “cada vez mais veem o “menor” como apto a conhecer a realidade de direitos e deveres e a legislação penal, datada de 1940, que ainda o vê com ares de total falta de discernimento, tratando-o como uma criança de 2 anos!”¹³⁹.

Os defensores da redução da maioridade penal acrescentam que as políticas públicas com certeza modificam o convívio do homem em sociedade, como é o caso de uma excelente educação e uma boa distribuição de rendas. Entretanto, tem-se que a ausência das práticas governamentais não devem justificar nem incentivar a violência. “Os defensores da maioridade aos dezoito, com todo respeito, estão indo na contramão da Constituição, esta preceitua em primeiro lugar a inviolabilidade à vida, sendo que a política criminal brasileira diz que é a liberdade”¹⁴⁰.

O ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Carlos Veloso, é favorável à redução da maioridade penal, demonstrando que não vê inconstitucionalidade no tema. A respeito afirma que a todo momento muitos desses adolescentes são utilizados pelo crime organizado, justamente por não sofrerem pena igual à dos adultos, de modo que, para o Ministro, “essa redução representaria uma

136 CAPEZ, Fernando. *A Questão da Diminuição da Maioridade Penal*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.phpn_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3714>. Acesso em: 28 abr. 2014.

137 “Art. 1.860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos”.

138 “Art. 666. O maior de dezesseis e menor de dezoito anos não emancipado pode ser mandatário, mas o mandante não tem ação contra ele senão de conformidade com as regras gerais, aplicáveis às obrigações contraídas por menores”.

139 MARTINS, Rogério Gandra. Maioridade penal e discernimento. *Folha de S. Paulo*. 13 maio 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opinia0/2013/05/1277461-rogerio-gandra-martins-maioridade-penal-e-discernimento.shtml>>. Acesso em: 29 abr. 2014.

140 MATOS, Martinho Ciriaco de. *A redução da maioridade penal: o Holismo no Direito*. Salvador: Saraiva, 2013, p. 43.

intimidação e de certa forma concorreria para a redução da criminalidade”. Entende também que inexistente cláusula pétrea no artigo 228, da Constituição Federal, pois ela foi “feita para muitas gerações e não é possível que as gerações se obriguem no futuro àquilo que fizeram as gerações anteriores”¹⁴¹.

Também o Ministro do Supremo Marco Aurélio de Mello, não considera que a idade de 18 anos para a maioridade penal seja uma cláusula pétrea da Constituição e que não possa ser modificada. Entretanto, adverte que não se pode conceder “esperança vã à sociedade, como se pudéssemos ter melhores dias alterando a responsabilidade penal, a faixa etária para ser responsável nesse campo. Cadeia não conserta ninguém”¹⁴².

Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépoire e Rogério Sanches Cunha¹⁴³, no “Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado”, sobre a possibilidade de redução da maioridade penal, citam Maria Garcia, que entende não haver inconstitucionalidade na alteração da maioridade penal, pois “a própria Constituição Federal no art. 228 sujeita os menores de 18 anos 'às normas da legislação especial' abrindo exceção, portanto, à própria regra”¹⁴⁴.

A partir da década de 70, a corrente político-criminal denominada “Movimento da Lei e da Ordem” (ou “Law and Order”) começou a ganhar espaço em nosso país, onde seus defensores sustentavam que os altos índices de violência e de criminalidade somente poderiam ser reduzidos com a imposição de castigos mais severos, tais como pena de morte e prisão perpétua. Acrescentam que esse pensamento surgiu dentro de um contexto econômico, político e social característico de países pobres, em especial os latino-americanos, que saíam de ditaduras militares e que sofreram com um aumento da exclusão social, “somada, ainda, a uma péssima distribuição de renda, cada vez mais concentrada nas mãos de poucas pessoas”¹⁴⁵.

Como reflexo da má distribuição de renda, a classe alta passou a ser vítima de crimes praticados contra seus bens, a exemplo de roubos de veículos.

141 Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/03/proposta-de-reducao-da-maioridade-penal-provoca-protestos-na-camara.html>>. Acesso: 14 fev. 2016.

142 Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/ministro-do-supremo-diz-que-constituicao-nao-veda-reducao-da-maioridade-penal-15753185>>. Acesso: 14 fev. 2016.

143 CUNHA, Rogério Sanches; LÉPOIRE, Paulo Eduardo e ROSSATO, Luciano Alves. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 308

144 GARCIA, Maria. Juventude e violência: a maioridade penal e a ética da responsabilidade. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 62, p. 265

145 TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva; GRAU, Eros Roberto. A desnecessária e inconstitucional redução da maioridade penal. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira et al (Org.). *A razão da idade: Mitos e Verdades*. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p. 93.

Em decorrência desse fato, o Direito Penal passou a ser visto como “panaceia universal”, isto é, um remédio para curar todos os males causados pelo aumento da criminalidade. Diante disso a violência começou a ser relacionada com o maior rigor das leis penais¹⁴⁶.

É dentro desse contexto, fomentado principalmente pela mídia e programas sensacionalistas, que os representantes dos Poderes Constituídos buscam elaborar leis mais severas para combater a criminalidade, como é o exemplo da “Prisão Provisória”, “Lei dos Crimes Hediondos” e, atualmente, o debate sobre a proposta da Emenda Constitucional nº 171/93.

No entanto, o caminho deve ser melhor refletido, pois a experiência internacional mostra que inexistente relação entre a maior repressão e a diminuição de criminalidade¹⁴⁷. Não é possível adequar a experiência normativa internacional à realidade nacional sem tomar como parâmetro as construções sociais em cada especificidade.

Outra causa das manifestações sociais em favor da redução da idade penal mínima é o pouco investimento do Governo na erradicação da pobreza, melhoria da educação e do lazer, além da geração de empregos, não havendo motivo para condenar os adolescentes a um sistema carcerário falido, sem chance de reinserção.

Ainda, os favoráveis à diminuição aduzem, entre outros argumentos, que o ordenamento jurídico do Brasil já encampou a ideia de que os maiores de dezesseis anos possuem capacidade de autodeterminação, uma vez que podem votar (art. 14, § 2º, inciso II, alínea “c”, da Constituição Federal).

Rita Camata, relatora do Estatuto da Criança e do Adolescente, afirma que historicamente as crianças e adolescentes são mais vítimas do que autores de homicídio,

¹⁴⁶ “Em um raciocínio extremamente errôneo e simplista, a violência somente diminuiria se houvesse maior rigor na aplicação das leis penais – penas majoradas, encarceramento maciço da população e cerceamento de direitos e garantias individuais constitucionais (mais especificamente a violação de princípios penais fundamentais, tais como a presunção de inocência e da proporcionalidade entre o vulto do bem jurídico violado e a aplicação de pena, nos limites da personalidade do agente). [...] Aqueles pretendentes à alteração da ordem vigente, assim como boa parte dos atuais legisladores, esquecem-se de que violência não quer dizer apenas prática de delitos: violência é, principalmente, desigualdade social acentuada, péssima distribuição de renda, salário mínimo que sequer garante o sustento de uma família por mais de duas semanas e, para arrematar, um sistema judiciário excludente”. TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva; GRAU, Eros Roberto. A desnecessária e inconstitucional redução da maioridade penal. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira et al (Org.). *A razão da idade: Mitos e Verdades*. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p. 94).

¹⁴⁷ Conferir tópico 4.2.

“na proporção de um homicídio praticado para cada dez crianças ou adolescentes mortos por adultos”¹⁴⁸.

De fato, as infrações praticadas por adolescentes são repercutidas constantemente pela mídia, que acaba por “desinformar a população sobre a verdade relacionada ao Estatuto da Criança e do Adolescente”, pelo que elege “de forma absolutamente injusta adolescentes como “bodes expiatórios” da violência no país, para a qual, comprovadamente, contribuem muito pouco”¹⁴⁹.

De modo geral, esses são os fundamentos dos argumentos favoráveis à redução da maioridade penal brasileira.

No entanto, consoante destacado pela à época relatora do ECA, as pesquisas confirmam que as crianças e os adolescentes são mais vítimas da criminalidade do que suspeitos ou acusados de sua prática.

Segundo estimativa do Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef), apenas cerca de 1% dos homicídios registrados no país é cometido por adolescentes entre 16 e 17 anos. Em números absolutos, isso equivaleria a algo em torno de 500 casos por ano — o total de homicídios registrado no país em 2012, ano base das estimativas, foi de 56.337¹⁵⁰.

Logo, não se pode utilizar o argumento divulgado na mídia de que o aumento da criminalidade ocorre unicamente por parte dos adolescentes.

4.2 CENÁRIO INTERNACIONAL

Os favoráveis à redução da maioridade penal utilizam como uma das principais justificativas o fato de que tal rebaixamento é adotado no mundo inteiro. Acontece que se trata de um entendimento equivocado, demandando um tópico para sua análise. Primeiro porque a questão não pode ser vista unicamente sob o enfoque numérico, posto que a análise deverá ser feita com base nas realidades social, econômica, política e cultural de cada país.

¹⁴⁸ CAMATA, Rita. Infância ameaçada. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira *et al* (Org.). *A razão da idade: Mitos e Verdades*. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p. 196.

¹⁴⁹ *Op. cit.*, p. 197.

¹⁵⁰ O cálculo de 1% feito pelo Unicef é uma estimativa com base em relatórios de violência divulgados pelo governo e por estudiosos entre 2002 e 2012. Segundo o Unicef, 2,8% dos assassinatos teriam sido cometidos por menores, sendo 1% por jovens entre 16 e 17 anos. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/unicef-estima-em-1-os-homicidios-cometidos-por-menores-no-brasil-15761228>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

Ademais, segundo dados da Organização das Nações Unidas (ONU), em pesquisa chamada *Crime Trends* (Tendências do Crime), revelou-se que é baixo o número de países que punem menores de dezoito anos e que grande parte deles são países que não protegem os seus jovens, ou seja, não asseguram os direitos básicos a seus adolescentes¹⁵¹.

Apenas dezessete por cento adotam idade menor do que dezoito anos como idade penal mínima, dentre as cinquenta e sete legislações observadas, sendo elas, segundo Tulio Kahn: Bermudas, Chipre, Estados Unidos, Grécia, Haiti, Índia, Inglaterra, Marrocos, Nicarágua, São Vicente e Granada. Alemanha¹⁵² e Espanha elevaram recentemente para 18 a idade penal e a primeira criou ainda um sistema especial para julgar os jovens na faixa de 18 e 21 anos.

Assim, com exceção da Inglaterra e dos Estados Unidos, todos os demais países são considerados pela ONU como países de médio ou baixo Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), o que torna a punição de jovens infratores ainda mais problemática. Ora, enquanto nos EUA e na Inglaterra a juventude tem asseguradas condições mínimas de saúde, alimentação e educação, nos demais países – como o Brasil, isso está longe de acontecer. Nos países desenvolvidos pode fazer algum sentido argumentar que a sociedade deu aos jovens o mínimo necessário e, com base nesse pressuposto, responsabilizar individualmente os que transgridem a lei, o que não deve ser aplicado para os países que não oferecem as condições mínimas de sobrevivência à sua população¹⁵³.

De fato, é improvável que se compare um jovem brasileiro aos jovens ingleses ou norte-americanos, sem que antes o Governo conceda oportunidades de saúde, alimentação e educação para nossos jovens. No caso do Japão, onde os jovens têm oportunidades de tudo, os infratores giram em torno de 42,6% e mesmo assim a idade penal mínima é de 20 anos de idade¹⁵⁴. Em alguns países da Europa, a exemplo da França, os juízes e educadores que cuidam da área da infância e juventude fazem um curso de capacitação para se tornarem aptos a tal incumbência, o que demonstra o comprometimento na instrução daqueles que lidam com o tema.

151 Ver Anexo I.

152 No tocante ao período de internação, que pelo Estatuto da Criança e do Adolescente é de no máximo três anos, na Alemanha pode chegar a dez anos, no México, cinco anos, na Costa Rica, quinze anos.

153 KAHN, Túlio. Delinquência juvenil se resolve aumentando oportunidades e não reduzindo idade penal. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira et al (Org.). *A razão da idade: Mitos e Verdades*. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p. 200.

154 *Op. cit.*, p. 201.

Relativamente aos menores, é significativamente mais rígido o Diploma Francês, visto que a partir dos treze anos já há responsabilidade criminal, muito embora sob regime diferenciado.¹⁵⁵ Os adolescentes franceses entre 13 e 18 anos gozam de uma presunção relativa de irresponsabilidade penal. Quando demonstrado o discernimento e fixada a pena, nesta faixa de idade (*Jeune*) haverá uma diminuição obrigatória. Na faixa de idade seguinte (16 a 18) a diminuição fica a critério do juiz.

Torna-se importante mencionar que na França a *Ordonnance* nº 45-174, de 2 de fevereiro de 1945, que dispõe sobre *l'enfance délinquante*, prevê a possibilidade de detenção de menores entre dez e treze anos para fins de investigação em casos de crimes graves. Na Alemanha, além de aumentar a idade penal mínima para 18 anos, há previsão de se ter uma justiça especializada nos crimes cometidos por pessoas entre 18 e 21 anos. Assim, dos 18 a 21 anos o sistema alemão admite o que se convencionou chamar de “sistema de jovens adultos”, no qual mesmo após os 18 anos, a depender do estudo do discernimento no caso concreto, podem ser aplicadas as regras do Sistema de Justiça Juvenil. Após os 21 anos a competência é exclusiva da jurisdição penal tradicional.

Entretanto, no tocante à responsabilidade penal juvenil, o Código Penal alemão, *Strafgesetzbuch* (StGB), dispõe no artigo 19 sobre a imputabilidade do menor: Incapacidade de culpabilidade da criança. "É incapaz de culpabilidade aquele que, no momento da prática do fato, não tenha completado quatorze anos" (tradução livre)¹⁵⁶.

No Brasil, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, a responsabilidade penal juvenil começa aos doze anos de idade¹⁵⁷.

Na Espanha, a maioria penal passou de 16 para 18 anos. O Código Penal Espanhol de 1995, após o aumento do limite etário de dezesseis para dezoito anos, trata da inimputabilidade penal no art. 19, pautando-se no critério biológico, para estabelecer a inimputabilidade do menor de dezoito anos.¹⁵⁸ E o motivo foi simples: a violência não diminuiu, e sim aumentou.

155 Art. 122-8. *Les mineurs reconnus coupables d'infractions pénales font l'objet de mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation dans les conditions fixées par une loi particulière. Cette loi détermine également les conditions dans lesquelles des peines peuvent être prononcées à l'encontre des mineurs âgés de plus de treize ans.*

156 § 19. *Schuldunfähigkeit des Kindes. Schuldunfähig ist, wer bei Begehung der Tat noch nicht vierzehn Jahre alt ist.*

157 Art. 105 c/c o art. 2º, ambos do ECA.

158 19. *Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor.*

A Espanha também adota um Sistema de Jovens Adultos com a aplicação da Lei Orgânica nº 5/2000 para a faixa dos 18 aos 21 anos.

Por sua vez, a Itália considera inimputáveis os menores de quatorze anos¹⁵⁹, ao passo que agentes entre quatorze e dezoito anos são imputáveis, mas possuem em seu favor a previsão de pena reduzida.

De igual forma, os italianos adotam o Sistema de Jovens Adultos até os 21 anos de idade.

Já em Portugal estipulou-se o marco etário em 16 anos, valendo-se do critério biológico puro e simples, consoante tradição do direito continental.¹⁶⁰ Adota também o Sistema de Jovens Adultos entre os 16 e 21 anos, e a responsabilidade juvenil ocorre aos 12 anos.

Também a Argentina adotou como inimputáveis os menores de dezesseis anos, sendo que a inimputabilidade em razão da idade é tratada em lei específica, e não no Código Penal argentino, que remonta ao ano de 1921 (Lei nº 11.179/21), tendo entrado em vigor em 29 de abril de 1922, não seguindo a técnica dos códigos mais recentes.

Originalmente, a situação jurídica dos menores argentinos era tratada no Código Penal mencionado. Porém, a partir do ano de 1954, a prática de fato ilícito perpetrada por menores passou a ser tratada em lei específica, Lei nº 14.394, a qual revogou os dispositivos do Código. Atualmente, a matéria (*Régimen Penal de la Minoridad*) é regida pela Lei nº 22.278, de 25 de agosto de 1980, com ulterior redação procedida pela Lei nº 22.803. O Sistema Argentino é Tutelar. A Lei Nº 23.849 e o Art. 75 da Constitución de la Nación Argentina determinam que, a partir dos 16 anos, adolescentes podem ser privados de sua liberdade se cometem delitos e podem ser internados em alcaidías ou penitenciárias.

O Chile teve editado seu primeiro (e único) Código Penal em 12 de novembro de 1874, tendo sua vigência a partir de 1º de março de 1875. Portanto, vige o Código Penal chileno há mais de cem anos, embora tenha havido nesse período significativas reformulações. Nele, os menores de dezoito anos, semelhantemente ao sistema brasileiro, ficam de fora dos ditames do Código Penal, sujeitando-se ao regramento da legislação especial.

159 Art. 97. (*Minore degli anni quattordici*). *Non è imputabile chi, nel momento in cui há commesso il fatto, non aveva compiuto i quattordici anni.*

160 Art. 19º (Inimputabilidade em razão da idade) Os menores de 16 anos são inimputáveis.

A Lei de Responsabilidade Penal de Adolescentes chilena define um sistema de responsabilidade dos 14 aos 18 anos, sendo que em geral os adolescentes somente são responsáveis a partir dos 16 anos. No caso de um adolescente de 14 anos autor de infração penal a responsabilidade será dos Tribunais de Família.

De igual forma ocorre no Uruguai. O Código Penal da República Oriental do Uruguai, editado pela Ley nº 9.155, de 4 de dezembro de 1933, estabelece a maioridade penal em dezoito anos¹⁶¹.

Por outro lado, nos Estados Unidos, onde na maioria dos Estados do país adolescentes com mais de 12 anos podem ser submetidos aos mesmos procedimentos dos adultos, inclusive com a imposição de pena de morte ou prisão perpétua, triplicaram-se o número de infrações cometidas por adolescentes. Realmente, embora a legislação penal absorva até crianças, os índices de delinquência juvenil não reduziram.

Ressalte-se que o país não ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

Como exemplo de punições “precoce” nos Estados Unidos, podemos citar um caso ocorrido em Arkansas, ano de 1998, onde uma criança de 11 anos (Andrew Golden) e um adolescente de 13 anos (Mitchell Johnson), chegaram à escola armados e, após ativarem o alarme de incêndio, no momento em que todos saíram correndo, atiraram várias vezes, matando cinco pessoas e ferindo outras dez.

Ambos foram condenados por homicídios e tentativas de homicídios, sendo sentenciados à prisão até que completassem 21 anos¹⁶².

Outro exemplo ocorreu na Flórida, em 1999, quando os irmãos Curtis Fairchild Jones (12 anos) e Catherine Fairchild Jones (13 anos), mataram a tiro a namorada do pai. A expectativa era de que iriam ser sentenciados à prisão perpétua, mas acabaram sentenciados a 18 anos de prisão e supervisionados pelo resto da vida¹⁶³.

Um outro caso de desfecho surpreendente ocorreu na Justiça do Estado da Carolina do Sul (EUA), que inocentou um adolescente negro de 14 anos pela morte de duas garotas brancas –70 anos depois de ele ser julgado culpado e ter a pena de morte executada. George Stinney foi julgado, condenado e executado em apenas 83 dias após

161 Art. 34. (*Minoría de edad*) *No es imputable el que ejecuta el hecho antes de haber cumplido la edad de 18 años.*

162 Artigo no New York Times de 1998. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/1998/03/29/us/from-wild-talk-and-friendship-to-five-deaths-in-a-schoolyard.html?sec=&spon=&pagewanted=all>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

163 Artigo do *USA Today* (jornal americano). Disponível em: <<http://www.usatoday.com/story/news/nation/2015/07/28/young-killer-released-prison/30777929/>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

o assassinato de Betty June Binnicker, 11, e Mary Emma Thames, 7. Elas foram encontradas mortas em um bairro negro na cidade de Alcolu, em março de 1944. Ele foi a pessoa mais nova a ter a pena de morte executada nos Estados Unidos no século 20¹⁶⁴.

Por sua vez, a Bélgica fixou a idade penal em 18 (dezoito) anos, não se admitindo responsabilidade penal abaixo desta idade. Entretanto, a partir dos 16 (dezesesseis) anos o Tribunal da Juventude admite a revisão da presunção de irresponsabilidade para alguns tipos de delitos, entendendo o Tribunal que as simples medidas de guarda, educação e preservação são inadequadas. Desta forma, o jovem maior de 16 anos será encaminhado à jurisdição comum para resolver sobre o regime especial de pena.

Assim, o Sistema Belga é tutelar e, portanto, não admite responsabilidade abaixo dos 18 anos. Porém, a partir dos 16 anos admite-se a revisão da presunção de irresponsabilidade para alguns tipos de delitos, por exemplo, os delitos de trânsito, quando o adolescente poderá ser submetido a um regime de penas. Na Índia, no Paquistão e na Tailândia, a maioridade é atingida aos 07 anos. Porém, entre 07 e 12 anos é necessário provar que a criança tinha capacidade penal no momento da prática da infração. Já nos países como Dinamarca, Suécia e Noruega, se dá aos 15 (quinze) anos de idade.

No Brasil, o perfil do adolescente em conflito com a lei, traçado de acordo com o relatório publicado em 02 de fevereiro de 2016 pela Comissão da Infância e Juventude do Conselho Nacional do Ministério Público, denominado “Um OLHAR mais ATENTO nas unidades de internação e semiliberdade para ADOLESCENTES - Relatório da Resolução 67/2011”, é geralmente de adolescentes do sexo masculino, entre dezesseis e dezoito anos¹⁶⁵.

164 Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2014/12/18/jovem-negro-e-absolvido-70-anos-depois-de-ser-executado-por-homicidio-nos-eua.htm>>. Acesso em: 07 fev. 2016.

165 “Os dados levantados nas unidades de internação e semiliberdade demonstram que, em todas as regiões do Brasil, o perfil do adolescente encontrado tanto nas unidades de internação quanto de semiliberdade é predominantemente formado por indivíduos do sexo masculino, dos 16 aos 18 anos, seguido de meninos de 12 aos 15 anos. [...] A Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios (PNAD), realizada pelo IBGE, como a tabela a seguir permite observar, revela ainda que enquanto há uma expressiva assiduidade escolar entre crianças de 6 a 14 anos ao ensino fundamental, na faixa dos 15 aos 17 os índices de frequência ao ensino médio caem drasticamente. Assim, 92,5% da população brasileira de 6 a 14 anos frequentam o ensino fundamental; porém, apenas 54% da população de 15 a 17 anos frequentam o ensino médio. Na avaliação por Regiões, o padrão se repete”. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Um OLHAR mais ATENTO nas unidades de internação e semiliberdade para ADOLESCENTES - Relatório da Resolução 67/2011*. Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/portal_2015/images/stories/Destaques/Publicacoes/Relat%C3%B3rio_Interna%C3%A7%C3%A3o.PDF>. Acesso em: 06 fev. 2016.

Tem-se que ter em mente que não iremos tratar do infrator europeu, a exemplo da Suécia ou França, mas de um infrator de um país onde reina a má distribuição de rendas e com muitas desigualdades sociais. Realmente grande parte da população encontra-se marginalizada, termo utilizado no sentido de encontrar-se à margem dos benefícios produzidos socialmente.

Assim, há certa proximidade entre a marginalidade (no sentido em que estamos abordando) e a delinquência. Não se quer afirmar que todo pobre tenha que se envolver com crimes. De forma alguma. O que se quer estabelecer é o fato de crianças e adolescentes que experimentam condições reais de vida tão adversas acabarem sendo impulsionadas à criminalidade.

Ademais, o perfil do adolescente em conflito com a lei nos mostra que, em sua grande maioria, são adolescentes negros e pobres. E a elite e classe média alta conservadoras do país os veem como ameaça à paz e à segurança pública, como um obstáculo ao desenvolvimento nacional, como verdadeiros “inimigos” da famigerada paz social. O que se busca é o encarceramento desses menores, marginalizados, entregues à própria sorte, sem políticas públicas de inclusão social. Enquanto os filhos da classe média não seriam presos, e sim internados, por serem usuários de drogas, por exemplo.

Buscar diminuir a idade penal não deixa de ser uma herança da escravidão, em pleno século XXI. Nesse diapasão, Paulo Rangel destaca que se percebe ser o negro o principal cliente do sistema penal, desde o início do Estado brasileiro, seja, em uma fase inicial, “como freguês do sistema escravocrata, seja posteriormente, como cliente do sistema penal, mas sempre a principal vítima de um sistema racista e cruel de exclusão social”¹⁶⁶.

A prisão dos chefões das drogas é algo raro. Quem são presos, diariamente, são os varejistas, os favelados, em regra negro e/ou pobre. Infelizmente hoje o tráfico de drogas exerce o papel de prender e punir os adolescentes, diante da ausência do Estado na vida comunitária, o que vem gerando ódio e medo sociais, acabando por gerar o fortalecimento do crime. Essa é a realidade da desigualdade social de nosso país, que não pode ser comparado a nenhum país de primeiro mundo. Rebaixar a maioridade penal é ir contra a maioria dos países, pois 55% definem a idade penal aos 18 anos; 19%

166RANGEL, Paulo. *A redução da menor idade penal: avanço ou retrocesso social? A cor do sistema penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 39.

aos 17 anos; 13% aos 16 anos; e 4% aos 21 anos¹⁶⁷. Os jovens de países do Primeiro Mundo, em regra, possuem seus direitos básicos respeitados, como educação, convivência familiar, alimentação, saúde, lazer, etc., ao passo que no Brasil a maior parte dos direitos lhes é negada.

O Brasil também é signatário do Pacto de San José da Costa Rica, no qual assumiu o compromisso de não reduzir o limite de idade para a maioridade penal em sua legislação. Por isso, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê medidas socioeducativas para os adolescentes em conflito com a lei, disciplina que não pode ser cumprida efetivamente devido ao estado de decadência existente nos estabelecimentos dos menores infratores, principalmente quando presentes tantas rebeliões, reproduzidas tão incessantemente pela mídia.

Diante do cenário da execução penal brasileira, haverá consequências danosas se houver o rebaixamento da idade penal, com o aumento da já gigantesca população carcerária, cujo problema passa muito longe dos países de primeiro mundo. No contexto internacional atual, temos em vigor as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, as chamadas “Regras de Beijing”, adotadas pelas Nações Unidas em 1985, que cuidam da “Responsabilidade Penal”, fixando que “nos sistemas jurídicos que reconheçam o conceito de responsabilidade penal para jovens, seu começo não se deverá fixar numa idade demasiado precoce, levando-se em conta as circunstâncias que acompanham a maturidade emocional, mental e intelectual”¹⁶⁸.

A Convenção dos Direitos da Criança, adotada pela resolução nº L.44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de setembro de 1990, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, apesar de fixar a idade para o ser humano ser considerado criança, não estabelece a idade sobre a inimputabilidade penal.

No entanto, a regra fixada no artigo 41 da convenção estabelece que nada do estipulado na presente convenção afeta as disposições que sejam mais convenientes para a realização dos direitos da criança e que podem constar das leis de um Estado Membro, e das normas de direito internacional vigente para esse Estado (CCD, art. 41, letras “a” e “b”).

167 Ver Anexo I.

168 Primeira parte – princípios gerais 4.1.

Esse atendimento diferenciado, respeitada a condição especial da criança e do adolescente, é conceito universal, estampado na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e em toda a normativa internacional que trata da matéria. Acrescenta que o conjunto dessas normas resulta na chamada “Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral à Criança, contemplando, além da Convenção, As Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça de Menores, As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade e as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil”. Para o autor, este corpo de legislação internacional tem força de lei interna para o Brasil e todos os demais países signatários, sendo que, em nosso país, a Doutrina da Proteção Integral foi adotada pela Constituição Federal, que a consagra em seu art. 227. Assim, “o texto constitucional brasileiro, em vigor desde o histórico outubro de 1988 antecipou-se à Convenção”¹⁶⁹.

Logo, vê-se que o Brasil acolheu a Doutrina de Proteção Integral, agindo conforme os documentos internacionais a respeito. Ora, além da previsão na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, temos vários documentos internacionais que visam à proteção integral dos menores. Nessa vertente, a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os direitos da criança, em seu item 3, dispõe que os Estados signatários deverão estabelecer “uma idade mínima antes da qual se presumirá que a criança não tem capacidade para infringir as leis penais”.¹⁷⁰

As Regras Mínimas das Nações Unidas para a administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras de Beijing¹⁷¹ afirmam que jovem é toda criança ou adolescente que pode se responsabilizar de forma diversa do adulto¹⁷² e, em seu item 4, esclarece que nos países em que sejam previstas a responsabilidade penal para jovens, “seu começo não deverá fixar-se numa idade demasiado precoce, levando-se em conta

169 SARAIVA, João Batista Costa. *Desconstruindo o Mito da Impunidade – Um ensaio de Direito (Penal) Juvenil*. Brasília: CEDEDICA, 2002, p. 27.

170 3. Os Estados Partes buscarão promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais ou que sejam acusadas ou declaradas culpadas de tê-las infringido, e em particular:

o estabelecimento de uma idade mínima antes da qual se presumirá que a criança não tem capacidade para infringir as leis penais [...].

171 Tradução em português de Maria Josefina Becker. Estas Regras foram publicadas pela primeira vez, em português, pela FUNABEM em 1988.

172 2.2 Para os fins das presentes regras, os Estados Membros aplicarão as definições seguintes, de forma compatível com seus respectivos sistemas e conceitos jurídicos: a) jovem é toda a criança ou adolescente que, de acordo com o sistema jurídico respectivo, pode responder por uma infração de forma diferente do adulto [...].

as circunstâncias que acompanham a maturidade emocional, mental e intelectual”¹⁷³. Já os itens 19 e 24 das Regras de Beijing, dispõe sobre o caráter excepcional da internação de um jovem, pelo menor período possível, procurando-se oferecer toda a assistência necessária a eles¹⁷⁴.

Também as Regras Mínimas das Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade¹⁷⁵ prevê, dentre outros preceitos, que a internação deva ocorrer em última hipótese e pelo menor tempo necessário, assegurando-se-lhes seus direitos e bem-estar¹⁷⁶. No tocante aos efeitos e aplicação das regras, prevê como jovem toda pessoa menor de 18 anos e que, caso venham a ser internada, deverá ter respeitados os direitos humanos. Ainda, acrescenta que aos jovens reclusos deverão ser garantidas atividades e programas que visem à reinserção social¹⁷⁷.

As Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil – Diretrizes de Riad¹⁷⁸, incentiva os Estados signatários a aplicarem essas diretrizes em

173 4. Responsabilidade penal. 4.1 Nos sistemas jurídicos que reconheçam o conceito de responsabilidade penal para jovens, seu começo não deverá fixar-se numa idade demasiado precoce, levando-se em conta as circunstâncias que acompanham a maturidade emocional, mental e intelectual.

174 19. Caráter excepcional da institucionalização. 19.1 A internação de um jovem em uma instituição será sempre uma medida de último recurso e pelo mais breve período possível. [...] 24. Prestação da assistência necessária. 24.1 Procurar-se-á proporcionar aos jovens, em todas as etapas dos procedimentos, assistência em termos de alojamento, ensino e capacitação profissional, emprego ou qualquer outra forma de assistência útil e prática para facilitar o processo de reabilitação.

175 Tradução para o português de Betsáida Dias Capilé. Revisão de Emílio Garcia Mendez e Lidia Galeano.

176 1. Afirma que a reclusão de um jovem em um estabelecimento deve ser feita apenas em último caso e pelo menor espaço de tempo necessário. 2. Reconhece que, devido a sua grande vulnerabilidade, os jovens privados de liberdade requerem atenção e proteção especiais e que deverão ser garantidos seus direitos e bem-estar durante o período em que estejam privados de sua liberdade e também após este.

177 11. Devem ser aplicadas, aos efeitos das presentes Regras, as seguintes definições: a) Entende-se por jovem uma pessoa de idade inferior a 18 anos. A lei deve estabelecer a idade-limite antes da qual a criança não poderá ser privada de sua liberdade; [...] 12. A privação da liberdade deverá ser efetuada em condições e circunstâncias que garantam o respeito aos direitos humanos dos jovens. Deverá ser garantido, aos jovens reclusos em centros, o direito a desfrutar de atividades e programas úteis que sirvam para fomentar e garantir seu sã desenvolvimento e sua dignidade, promover seu sentido de responsabilidade e fomentar, neles, atitudes e conhecimentos que ajudem a desenvolver suas possibilidades como membro da sociedade. N. Reintegração na sociedade. 79. Todos os jovens deverão ser beneficiados com medidas concebidas para ajudar sua reintegração na sociedade, na vida familiar, na educação ou no trabalho depois de postos em liberdade. Para tal fim, deverão ser estabelecidos certos procedimentos, inclusive a liberdade antecipada, e cursos especiais. 80. As autoridades competentes deverão criar ou recorrer a serviços que ajudem a reintegração dos jovens na sociedade, e contribuam para diminuir os preconceitos existentes contra eles. Estes serviços, na medida do possível, deverão proporcionar alojamento, trabalho e roupas convenientes ao jovem, assim como os meios necessários para sua subsistência depois de sua liberação. Os representantes e organismos que prestam estes serviços deverão ser consultados, e terão acesso aos jovens durante sua reclusão, com vistas à assistência que possam prestar para sua reintegração na comunidade.

178 Tradução para o português de Betsáida Dias Capilé. Revisão de Emílio García Mendez e Lidia Galeano.

suas legislações, políticas e práticas nacionais¹⁷⁹, estabelecendo, dentre seus princípios fundamentais, que “2. Para ter êxito, a prevenção da delinquência juvenil requer, por parte de toda a sociedade, esforços que garantam um desenvolvimento harmônico dos adolescentes e que espeitem e promovam a sua personalidade a partir da primeira infância”. Nessa perspectiva, no item 4, alínea “e” das Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil – Diretrizes de Riad, há a informação de que, muitas vezes, o comportamento dos jovens diz respeito ao processo de amadurecimento, sendo passageiro e desaparecendo quando chegam à maturidade.

4.3 PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 171/93

Inicialmente entende-se necessário localizar o momento em que os interesses sociais surgem, bem como de que forma eles atuam quando impulsionam a criação de uma nova lei penal ou alteração legislativa.

O ponto inicial desse processo “seria a percepção, por um agente social, da falta de relação entre uma determinada situação econômica ou social e a devida resposta penal”¹⁸⁰. Logo, a morte de um negro numa periferia não provocaria reação qualificada, ao contrário de uma ameaça de bomba em um bairro nobre de São Paulo, fato que repercutiria na imprensa como um problema social, ainda que inexistisse lesão concreta a alguém. Ou, “em poucas palavras, o agente social é aquele que consegue repercutir sua percepção de que há uma disfunção social”¹⁸¹.

Por sua vez, Zaffaroni e Batista entendem que os agentes sociais são transformados em empresários morais, e que, sem um empresário moral, “as agências políticas não sancionam uma nova lei penal”. E prosseguem afirmando que o referido “empresário moral” pode ser tanto um político em busca de eleitores; quanto um comunicador social, após uma audiência, “ou um grupo religioso à procura de notoriedade, quanto um chefe de polícia à cata de poder ou uma organização que reivindica os direitos das minorias etc”¹⁸².

179 Exorta os Estados Membros para que, nos seus planos globais de prevenção de delito, apliquem essas Diretrizes na legislação, na política e na prática nacionais e consigam a atenção das autoridades competentes, inclusive dos encarregados de formular políticas, do pessoal da justiça da infância e juventude, dos educadores, dos meios sociais de comunicação, dos profissionais e dos estudiosos”.

180 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidade de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 20.

181 PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *A fábrica de penas: racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos*. Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 84.

182 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 45.

Assim, a sociedade é levada a querer alterar as leis diante de uma “disfunção social” propagada seja pela imprensa, seja pela elite, seja por um político.

As leis não são feitas automaticamente. As pessoas precisam ser levadas a crer na necessidade das normas. Nesse ponto, destaca-se o poder influenciador da mídia, tendo como principal parâmetro o medo coletivo¹⁸³.

Com base nesse medo coletivo, nasceu na sociedade o sentimento de impunidade dos adolescentes, que seria resolvido, consoante a mídia tão propaga, com a redução da idade penal mínima. Esse era o contexto histórico dos anos 90, logo após o surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, que confirmou a idade penal mínima aos dezoito anos de idade. Surgiu, assim, a Proposta de Emenda à Constituição nº 171/93, cujo conceito e rito do procedimento passaremos a delinear.

Denomina-se emenda constitucional uma modificação da Constituição de um Estado, resultando em mudanças pontuais do texto constitucional, as quais são restritas a determinadas matérias, não podendo, apenas, ter como objeto a abolição das chamadas cláusulas pétreas¹⁸⁴.

Com base no Poder Constituinte Derivado Reformador, temos que a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) é matéria sujeita à tramitação especial na Câmara dos Deputados e, nos termos do artigo 60, da Constituição Federal, deve ser apresentada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

O início de seu trâmite ocorre quando ela é despachada pelo Presidente do Legislativo para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania que tem o prazo de cinco sessões legislativas para devolver a proposta à Mesa da Câmara com o respectivo parecer sobre a admissibilidade da mesma, nos termos do artigo 202, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados¹⁸⁵.

Uma vez considerada inadmissível, a Proposta de Emenda à Constituição é arquivada ou o autor da proposta poderá - com o apoio de um terço da composição da

183 Conferir tópico 3.3.

184 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 103.

185 Art. 202. A proposta de emenda à Constituição será despachada pelo Presidente da Câmara à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que se pronunciará sobre sua admissibilidade, no prazo de cinco sessões, devolvendo-a à Mesa com o respectivo parecer.

Câmara ou de sua representação, desde que cumpra o número mínimo exigido de assinaturas - requerer a deliberação do plenário sobre a preliminar de admissibilidade¹⁸⁶.

Admitida, porém, a PEC pode receber emendas na Comissão Especial, designada pela Comissão de Justiça para exame do mérito, no prazo de quarenta sessões da Câmara dos Deputados¹⁸⁷.

Ressalte-se que as emendas à emenda constitucional só podem ser apresentadas durante as dez primeiras sessões na respectiva comissão para relatoria e parecer no prazo estabelecido¹⁸⁸.

O Regimento Interno da Câmara dos Deputados nada dispõe sobre o exame de admissibilidade de emendas à PEC. Entretanto, a orientação que tem prevalecido é no sentido de que cabe à Comissão Especial fazer esta análise e emitir parecer.

Aprovada na Comissão Especial, a proposta vai para o plenário da Câmara onde será submetida a dois turnos de discussão e votação, com intervalo de cinco sessões, precisando de três quintos de votos favoráveis, ou seja, 308 votos, em ambos os turnos¹⁸⁹. Caso seja aprovada, segue então para o Senado revisar, passando pelo mesmo processo.

Fundamentada nos Regimentos Internos das duas Casas (Câmara dos Deputados, artigo 203¹⁹⁰; e Senado Federal, artigo 367), a proposta de emenda à Constituição que for aprovada com emendas pela Casa revisora (Senado) voltará a tramitar na Câmara como proposta nova e será despachada para a Comissão de Justiça. Se aprovada em definitivo por ambas as casas (Congresso Nacional), o Senado convocará sessão conjunta das duas Casas para promulgação da emenda¹⁹¹.

Para que um projeto (ou proposta) possa entrar em discussão, são necessárias muitas assinaturas. Essas propostas que visam à redução da maioria penal tiveram mais de trezentas assinaturas por parlamentares, muitos deles, historicamente,

186 Art. 202 [...] § 1o Se inadmitida a proposta, poderá o Autor, com o apoio de Líderes que representem, no mínimo, um terço dos Deputados, requerer a apreciação preliminar em Plenário.

187 Art. 202 [...] § 2o Admitida a proposta, o Presidente designará Comissão Especial para o exame do mérito da proposição, a qual terá o prazo de quarenta sessões a partir de sua constituição para proferir parecer.

188 Art. 202 [...] § 3o Somente perante a Comissão Especial poderão ser apresentadas emendas, com o mesmo quórum mínimo de assinaturas de Deputados e nas condições referidas no inciso II do artigo anterior, nas primeiras dez sessões do prazo que lhe está destinado para emitir parecer.

189 Art. 202 [...] § 7o Será aprovada a proposta que obtiver, em ambos os turnos, três quintos dos votos dos membros da Câmara dos Deputados, em votação nominal.

190 Art. 203. A proposta de emenda à Constituição recebida do Senado Federal, bem como as emendas do Senado à proposta de emenda à Constituição oriunda da Câmara, terá a mesma tramitação estabelecida no artigo precedente.

191 Art. 203 [...] Parágrafo único. Quando ultimada na Câmara a aprovação da proposta, será o fato comunicado ao Presidente do Senado e convocada sessão para promulgação da emenda.

comprometidos com a defesa dos direitos humanos, a exemplo dos Deputados Lincoln Portela PR/MG e Rosângela Gomes PRB/RJ¹⁹². Ao serem questionados, alegaram que foi uma assinatura meramente formal.

Destaque-se que o Supremo Tribunal Federal entendeu ser cabível a impetração de mandado de segurança para impedir a tramitação de proposta de emenda à constituição que desrespeite cláusula pétrea, sendo o *leading case* o Mandado de Segurança 20.257/DF¹⁹³.

Entretanto, apenas parlamentares são legitimados a impetrar mandado de segurança para esse fim.

Além da limitação das cláusulas pétreas, o § 1º do art. 60 também proíbe que a Constituição seja emendada vigorando intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio.

A Proposta de Emenda à Constituição nº 171/93 busca alterar a redação do artigo 228 da Constituição Federal de 1988, que dispõe: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”, a fim de diminuir a inimputabilidade para os menores de dezesseis anos, no tocante a crimes graves.

São 20 emendas apensadas à PEC 171/93, do deputado Benedito Domingos/PP-DF.

Uma delas é a PEC nº 33/2012, que foi rejeitada, mas que dava ao Ministério Público a discricionariedade de ajuizar uma Ação de Desconsideração da Menoridade, caso vislumbrasse que o adolescente já teria discernimento, nos moldes do que era previsto para o juiz na legislação de 1890, o que seria afronta ao princípio da isonomia. Felizmente o projeto não foi aprovado na CCJ.

No ano passado, a Câmara dos Deputados iniciou os trabalhos para dar andamento à PEC 171. Na madrugada de 1º de julho de 2015, aquela Casa Legislativa rejeitou um substitutivo que previa a redução da maioria apenas para crimes previstos no Inciso 43 do artigo 5º da Constituição Federal (prática da tortura, tráfico de drogas, terrorismo e crimes hediondos), homicídio doloso, lesão corporal grave, lesão corporal seguida de morte, roubo com causa de aumento de pena.

192 Vice-Presidente da Comissão de Direitos Humanos e Minorias.

193 Relator: Min. Moreira Alves, RTJ 99/1031,

Naquela madrugada, foram 303 votos a favor, 184 contra e três abstenções. Seriam necessários 308 votos para aprovação, ou seja, três quinto dos parlamentares, em dois turnos.

No entanto, o Presidente da Câmara dos Deputados, favorável à redução, afirmou que deveriam ser votadas outras propostas alternativas de redução da maioria, incluindo o texto original, mais rigoroso, que previa a manutenção da redução para todos os crimes.

Na madrugada do dia seguinte, em 2 de julho de 2015, a Câmara dos Deputados aprovou a PEC de redução de 18 para 16 anos da maioria penal para crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte, seguindo o texto para votação em segundo turno, para então seguir para análise pelo Senado Federal.

Naquela outra ocasião, foram 323 votos a favor (eram necessários 308 votos), duas abstenções e 155 contra.

Assim, pelo texto aprovado, menores de 16 e 17 anos cumprirão a pena em estabelecimento penal separado dos menores de 16 e maiores de 18.

Logo, a polêmica gira em torno do fato de que, apenas vinte e quatro horas após o plenário da Câmara dos Deputados rejeitar a redução da maioria para crimes graves, a mencionada Casa colocou novamente o tema em votação e aprovou na madrugada do dia 02 de julho de 2015, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) que reduz de 18 para 16 anos a idade penal para crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte.

Para muitos, trata-se de uma “manobra” do presidente da Câmara, defensor da redução da maioria penal, tendo em vista o pequeno lapso temporal transcorrido desde a rejeição do primeiro texto, evitando, inclusive, eventuais protestos.

Interessante que para os próprios parlamentares favoráveis à redução da maioria penal, a PEC não soluciona o problema da violência, mas reduz apenas o sentimento social de “impunidade”. No entanto, é necessário que se tenha um lugar digno para que cumpra a pena.

Parlamentares de vários partidos políticos impetraram, no Supremo Tribunal Federal (STF), o Mandado de Segurança (MS) 33697, com pedido de liminar, para questionar a votação em que a Câmara dos Deputados aprovou emenda aglutinativa à Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 171/1993, que trata da redução da maioria penal. Os deputados pedem que seja anulada a votação da emenda e que a

apresentação de eventual nova proposição seja subscrita por, pelo menos, um terço dos deputados, respeitada a fase de discussão legislativa.

Atualmente, a PEC 171/93 encontra-se aguardando votação no Senado Federal.

Por sua vez, o Mandado de Segurança MS 33697 encontra-se concluso ao Relator, Ministro Gilmar Mendes, desde o dia 27 de agosto de 2015.

Ora, saliente-se que a emenda em referência, de número 171, é de 1993. Ou seja, há mais de vinte anos vem sendo debatida.

Em seu depoimento na audiência pública sobre a redução da maioria penal de 18 para 16 anos, realizada em 10 de novembro de 1999, Antônio Nabor Areais Bulhões, representando a Ordem dos Advogados do Brasil, consoante reproduzido no livro “A razão da idade: mitos e verdades”, manifestou-se pelo descabimento da redução, por ferir princípios adotados pelo país¹⁹⁴.

Na referida audiência pública, Damásio de Jesus foi citado, como conhecedor da experiência penal e penitenciária brasileira, analisando que “o Direito Penal Brasileiro se mostra em fase de concordata”.

O rumo trazido pela “Corrente de Lei e Ordem”¹⁹⁵ foi de fracasso dos seus princípios: além de não conseguir baixar a criminalidade a índices razoáveis, gerou a sensação popular da impunidade, a morosidade da Justiça Criminal e o grave problema penitenciário¹⁹⁶.

¹⁹⁴ “Sr. Presidente, sras. e srs. Deputados, atenta ao conteúdo da Proposta de Emenda à Constituição nº 171/93, e apensadas, que propõem a redução da maioria penal para 16 (dezesseis) anos com base no modelo clássico, já superado de discernimento, a Ordem dos Advogados do Brasil manifesta-se pela sua integral rejeição, por inoportunas, inconvenientes, desaconselháveis e, pior colidentes com os princípios a que o Brasil se vincula, nos planos interno e internacional, em tema de responsabilidade e de proteção do adolescente infrator. [...] As propostas são frutos de equívocos emergentes de movimentos radicais de política criminal – a exemplo da corrente de Lei e Ordem (Law and Order) – responsáveis pela difusão da crença errônea, arraigada na consciência de parcela do povo brasileiro, de que somente o Direito Penal fornece resposta adequada à prevenção e à solução dos desvios sociais. Os adeptos de tal movimento não propõem unicamente o endurecimento da pena criminal, mas a ampliação da competência punitiva do Estado, usando normas incriminadoras e sancionadoras. Absolutamente, não se resolve o problema da criminalidade agravando-se a pena, criando-se novos crimes ou reduzindo-se a idade penal. Se as proposições apresentadas pudessem ser acolhidas, a situação carcerária do país, já caótica, entraria em colapso”. BULHÕES, Antônio Nabor Areias. Depoimento na audiência pública sobre a redução da maioria penal de 18 para 16 anos, realizada em 10/11/1999. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira et al (Org.). *A razão da idade: Mitos e Verdades*. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p.13 e 15.

¹⁹⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Crimes Hediondos, Fascículos de Ciências Penais*. n. 2. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 54.

¹⁹⁶ Sobre o tema: TORON, Alberto Zacharias. *Prevenção, retribuição e criminalidade violenta*, RT, 694:275.

Por sua vez, César Roberto Bittencourt expõe que: “A pena privativa de liberdade, como sanção principal e de aplicação genérica, está falida”¹⁹⁷. Não readapta o delinquente.

No testemunho de Evandro Lins e Silva¹⁹⁸, a pena “perverte, corrompe, deforma, avilta, embrutece, é uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas, onde se diploma o profissional do crime”. Acrescenta que “se não a pudermos eliminar de uma vez, só devemos conservá-la para os casos em que ela é indispensável”¹⁹⁹.

Ainda na audiência mencionada, informou-se que 75% dos magistrados brasileiros seriam favoráveis à redução da maioria penal, ocasião em que o desembargador Alyrio Cavallieri ousou discordar da pesquisa, “questionando se a cadeia resolveria a situação, bem como esclarecendo que as propostas entravam em conflito com os princípios que o Brasil adotou em tema de infância e juventude”²⁰⁰.

A justificativa desse percentual de magistrados entrevistados ser a favor da redução da idade penal não surpreende. Segundo dados históricos, a missão do magistrado, ainda em Portugal, de onde brotou a magistratura brasileira, era a de servir ao Rei, e não ao povo²⁰¹.

Por outro lado, o Brasil, no plano internacional, vinculou-se às Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, Regras de Beijing (Resolução nº 40/33 da Assembleia Geral, de 29.11.85); às Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (Assembleia Geral da ONU, novembro de 1990), bem como às Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, Diretrizes de Riad (Assembleia Geral da ONU, novembro de 1990).

197 BITTENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 104.

198 BULHÕES, Antônio Nabor Areias. Depoimento na audiência pública sobre a redução da maioria penal de 18 para 16 anos, realizada em 10/11/1999. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira *et al* (Org.). *A razão da idade: Mitos e Verdades*. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p.16.

199 LINS E SILVA, Evandro. De Beccaria a Filippo Gramática. In: ARAÚJO, João Marcelo de (Org.) *Sistema penal para o terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 33 e 34.

200 BULHÕES, Antônio Nabor Areias. Depoimento na audiência pública sobre a redução da maioria penal de 18 para 16 anos, realizada em 10/11/1999. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira *et al* (Org.). *A razão da idade: Mitos e Verdades*. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p.16.

201 RANGEL, Paulo. *A redução da menor idade penal: avanço ou retrocesso social? A cor do sistema penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 116.

Já no plano interno, nossa legislação protegeu e garantiu os direitos dos menores, a exemplo do previsto nos artigos 227 e 228 da Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por sua vez, em seu artigo publicado como “A menoridade é carta de alforria”²⁰², Rolf Koerner Júnior emitiu um parecer para o referido Conselho acerca da redução da maioridade penal.

Iniciou tratando da Proposta de Emenda à Constituição nº 301/96, adenda da de nº 171/93, que dispõe sobre a redução da idade penal mínima para dezesseis anos²⁰³, e tem como justificativa²⁰⁴: a) a realidade demonstra que um adolescente de dezesseis anos já possui discernimento suficiente para avaliar os atos ilícitos e consequências; b) os imputáveis utilizam os menores de dezoito anos como “baluarte” dos planos criminosos; c) a alteração da idade não prejudica quem vive conforme a lei, seja de qual condição econômica for²⁰⁵.

Acontece que os argumentos não convencem. Primeiro, porque até mesmo uma criança de dez anos pode avaliar qual ato é ilícito e suas consequências; segundo, porque não podemos punir os menores sob o fundamento de que são utilizados pelos imputáveis, e sim deverão ser punidos os adultos, para os quais há a previsão do art. 244-B, do ECA; terceiro, porque sabemos que o sistema penal brasileiro é seletivo e, obviamente, escolherá os adolescentes negros e pobres para punir²⁰⁶.

Ainda no contexto acima revelado, Heleno Cláudio Fragoso, na década de 1980, já afirmava que a criminalidade continuará aumentando, uma vez que está vinculada “a uma estrutura social profundamente injusta e desigual, que marginaliza,

202 KOERNER JÚNIOR, Rolf. A menoridade é carta de alforria?. In: VOLPI, Mário (Org.). *Adolescentes privados de liberdade – a Normativa Nacional e Internacional & Reflexões acerca da responsabilidade penal*. 3. ed. São Paulo: Cortez: FONACRIAD, 2006, p. 109-156.

203 Proposta de Emenda à Constituição nº 301, de 1996. Dá nova redação ao artigo 228 da Constituição Federal. (À Comissão de Constituição e Justiça e de Redação) As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional: Art. 228. Os menores de dezesseis anos são inimputáveis, sujeitando-se às normas da legislação especial.

204 Considerando que a realidade de nossos dias demonstra que o adolescente com idade de dezesseis anos já possui discernimento suficiente para avaliar os danos que causa os atos ilícitos, bem como crimes que pratica, somos levados a propor a mudança do citado artigo. Conhecedores da inimputabilidade dos detentores de idade inferior aos dezoito anos, os imputáveis os incitam ao crime, usando-os como baluarte de suas ideias e planos criminosos. Sabemos que a mudança da idade não irá prejudicar àqueles que levam uma vida regrada dentro dos princípios morais e da boa convivência, independente da condição social de que desfrutam. Sala das Sessões, em 07/12/95. Deputado Jair Bolsonaro – PPB/RJ.

205 KOERNER JÚNIOR, Rolf. A menoridade é carta de alforria?. In: VOLPI, Mário (Org.). *Adolescentes privados de liberdade – a Normativa Nacional e Internacional & Reflexões acerca da responsabilidade penal*. 3. ed. São Paulo: Cortez: FONACRIAD, 2006, p. 110.

206 Conferir tópicos 5.2 e 5.3.

cada vez mais, extensa faixa da população, apresentando quantidade alarmante de menores abandonados ou em estado de carência”. Acrescenta que enquanto não forem implementadas políticas públicas no sentido de reduzir as desigualdades, “será inútil, para os juristas, a elaboração de seus belos sistemas”²⁰⁷.

Assim, vê-se que no tocante à Proposta de Emenda à Constituição nº 171/93 e seus adendos há polêmica tanto sobre o conteúdo, da redução da maioria penal, quanto sobre seu procedimento. E, caso venha a ser aprovada e promulgada, ensejará a possibilidade de questionamento perante nossa Corte Constitucional.

207 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Ciência e Experiência do Direito Penal. In: FRAGOSO, Fernando (Org.) *Lições de Direito Penal*.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 446.

5 A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Nesse último Capítulo, tratar-se-á do direito de punir, em especial para os adolescentes em conflito com a lei, os motivos da fixação da maioridade penal aos dezoito anos de idade e, por fim, abordar-se-á o estudo sobre a impossibilidade de se alterar a idade penal mínima no Brasil.

5.1 O DIREITO DE PUNIR: INIMPUTABILIDADE *VERSUS* IMPUNIDADE

No texto “Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir”, in “Menores e Loucos no Direito Criminal”, Tobias Barreto afirma que o direito de punir, como em geral todo o direito, possui um princípio, que entende como sendo princípio histórico, ou seja, “um primeiro momento na série evolucionar do sentimento que se transforma em ideia, e do fato que se transforma em direito”²⁰⁸.

Há muito referido autor afirmava que “o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político”²⁰⁹. Por sua vez, Ferrajoli, ao descrever o Sistema SG²¹⁰, aduz que o direito penal define, individualiza e repreende o desvio das leis, manifestando-se “através de coerções e restrições aos potenciais desviantes, aqueles suspeitos de sê-lo, ou, ainda, aqueles condenados enquanto tais”²¹¹.

E prossegue afirmando que são três as restrições²¹²: a) limitação da liberdade de ação das pessoas, através da definição e proibição dos comportamentos legalmente classificados como desviantes; b) sujeição coercitiva ao juízo penal de todos aqueles suspeitos de haver violado as proibições penais; c) repressão ou punição daqueles que tenham sido julgados culpados de haver perpetrado uma das violações supramencionadas²¹³.

208 BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*. Brasília: História do Direito Brasileiro, 1886, p. 132.

209 Ob. cit., p. 143.

²¹⁰ Ver tópico 3.1.

211 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradutores Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 195.

212 *Op. cit.*, p. 195.

213 Esta tripartição foi introduzida na base da ciência penal por Francesco Carrara, que reconheceu nela os “três grandes temas que constituem o objetivo da lei, enquanto tem como missão frear as aberrações da autoridade social na proibição, na repressão e no processo, para que essa autoridade se mantenha nas vias da justiça e não se transforme em tirania. A ciência criminal tem por missão moderar os abusos da autoridade no desenvolvimento prático daqueles três grandes temas” (Programma. Parte generali, cit., v. I, p. 8); “três fatos constituem o assunto da nossa ciência: o homem que viola a lei; a lei que exige que esse homem seja castigado; o juiz que comprova a violação e impõe o castigo. Delito, pena, processo. A

Logo, há inicialmente a definição dos crimes e, para quem violar as normas, existe a sujeição ao juízo penal com a respectiva punição.

Ensina Walter Nunes da Silva Júnior que o processo penal “não surgiu tendo como escopo armar o Estado para enfrentar a criminalidade, mas, sim, como instrumento hábil e necessário para que fosse humanizada a função de punir do Estado”. Acrescenta que essa justificativa para o processo penal foi desvirtuada, diante do neoconstitucionalismo, mas que, mesmo assim, “houve a recuperação do perfil democrático do processo penal”²¹⁴.

Prossegue afirmando que as ideias de BECCARIA tem ligação com o conteúdo dos direitos fundamentais reconhecidos nos textos constitucionais. Acrescenta que vários princípios, como o “da presunção da não culpabilidade ou de inocência, do direito ao silêncio, da publicidade e, até mesmo, mais recentes, como o da celeridade, inserido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004”, haviam sido pensados e justificados, com régua e compasso, pelo renomado marquês²¹⁵.

O direito criminal, assim, surgiu para preservar direitos essenciais da pessoa humana, como também como instrumento de manutenção da ordem social. No entanto, apenas com a criação efetiva do Estado “é que as regras jurídicas adquiriram estrutura e valor próprios, afastados das concepções costumeiras ou religiosas”. Acontece que para aqueles que praticam um crime, “é impossível olvidar-se da existência da reprovação moral contra o agente que pratica a conduta dissonante com os valores sociais e, ainda, da comiseração pela vítima”²¹⁶.

Guilherme Augusto Dornelles de Souza e Gustavo Noronha de Ávila escrevem que atualmente vivenciamos a era do “Grande Encarceramento”, que, por um lado, convive com a lotação dos presídios e em condições intoleráveis e, por outro, lida com um sentimento social em busca de construções de novos estabelecimentos prisionais e penas mais duras. Fazem alusão às ideias do Direito Penal Do Inimigo, de Günther Jakobs e da “Law and Order”, o que se tem denominado “Punitivismo”²¹⁷.

ordem das matérias no direito penal surge da natureza das coisas. É inalterável”. *Ob. cit.*, p. 43. A mesma tripartição é adotada por CARNELUTTI, F. *Teoria generale del reato*. Cedam: Padova, 1933, p. 20.

214 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 3.

215 *Op. cit.*, p. 7-8.

216 *Ibid.*, p. 34.

217 ÁVILA, Gustavo Noronha de; SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles de. Processo Penal, falsas memórias e entrevista cognitiva: da redução de danos à redução de dor. In: ÁVILA, Gustavo Noronha de (Org.) *Faturas do sistema penal*. Porto Alegre: Sulina, 2013, p. 301-303.

Assim, surge o Direito Penal do Inimigo, em que o outro tem que ser eliminado por ser nocivo à ordem social e por não se comportar como um ser humano (segundo o Movimento da Lei e da Ordem). Surge, também, o “Direito Penal de emergência” em que os parlamentares correm para criar novas leis, aumentar penas, etc.

Por outro lado, é de conhecimento geral que o Estado escolhe os indivíduos que irá perseguir e punir, praticando uma verdadeira segregação social. Há de se questionar, quem é a maioria que habita os presídios? Os negros e pobres. Agora, os favoráveis à redução da maioridade penal buscam colocar também os adolescentes. Já o corrupto, que rouba milhões de dinheiro público, que seriam para investimento na inclusão social, sequer vai preso.

Souza e Ávila, a respeito do punitivismo, citam Salo de Carvalho²¹⁸ que, por sua vez, aduz ser o punitivismo alimentado basicamente pelas seguintes circunstâncias em âmbito legislativo, a saber: a) Criação de novos tipos penais a partir do rol de bens jurídicos expostos na Constituição (campo penal); b) Aplicação de quantidade de pena privativa de liberdade em inúmeros e distintos delitos (campo penal); c) Sumarização do procedimento penal, com alargamento das hipóteses de prisão cautelar (prisão preventiva e temporária) e diminuição das disponibilidades de fiança (campo processual penal); d) Criação de modalidade de execução penal antecipada, prescindindo o trânsito em julgado da sentença condenatória (campo processual e da execução penal); e) Enrijecimento da qualidade do cumprimento da pena com a ampliação dos prazos para progressão e livramento condicional (campo da execução penal); f) Limitação das possibilidades de extinção da punibilidade com a exasperação dos critérios para indulto, graça, anistia e comutação (campo da execução penal); e g) Ampliação dos poderes da administração carcerária para definir o comportamento do apenado, cujos reflexos atingem os incidentes de execução penal (v. g. Lei 10.792/03) (campo penitenciário)²¹⁹.

Outrossim, Guilherme Augusto Dornelles de Souza e Gustavo Noronha de Ávila acrescentam que Salo de Carvalho deixa claro que o punitivismo não deriva unicamente de políticas legislativas, mas, especialmente, da formação cultural dos

218 CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 35-36.

219 ÁVILA, Gustavo Noronha de; SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles de. Processo Penal, falsas memórias e entrevista cognitiva: da redução de danos à redução de dor. In: ÁVILA, Gustavo Noronha de (Org.) *Fraturas do sistema penal*. Porto Alegre: Sulina, 2013, p. 303.

atores do sistema penal (juízes, promotores e advogados) que, muitas vezes, subvertem valores garantistas e constitucionais²²⁰.

Essa situação é agravada ainda mais em países como o Brasil, onde a desigualdade social é latente, sendo que as prisões acabam por representar um “depósito” de excluídos socialmente. Fato decorrente da cultura do medo, conforme pontuado acima.

Poucos há que acreditam em outras alternativas, fora a privação da liberdade, a exemplo da Justiça Restaurativa, que possui aspecto e perspectiva abolicionista.

A verdade é que essa cultura do medo, tão divulgada pela mídia, acaba por influenciar a sociedade a propagar a redução da maioria penal como solução para diminuir a criminalidade, induzindo, inclusive, a um pensamento errôneo de que o adolescente, atualmente, fica impune pelos atos infracionais cometidos, o que não é verdade.

No artigo 227, § 3º, inciso V, da Constituição Federal há previsão para a privação de liberdade dos adolescentes²²¹.

O citado dispositivo reafirma o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, discriminando os direitos a serem assegurados com prioridade à criança e adolescente, e o seu cumprimento manifesta a satisfação da proteção integral a qual se resumem. O não cumprimento de tais direitos, omissão ou falhas na sua prática, aponta o descumprimento dos direitos fundamentais.

Ainda, analisando esse dispositivo, é inegável que a Constituição de 1988 autorizou a privação de liberdade do adolescente, deixando para o legislador infraconstitucional regulamentar tal medida (no caso através do Estatuto da Criança e do Adolescente), pelo que a ideia de impunidade deve ser, de logo, afastada.

Por sua vez, de acordo com o Estatuto, as crianças (até 11 anos de idade) não são responsabilizadas diretamente pelos seus atos, e sim as famílias, consoante as medidas de proteção (artigo 101).

220 *Op. cit.*, p. 303.

221 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010). [...] § 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: [...] 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;

Já os adolescentes (entre 12 até 17 anos de idade) são responsabilizados, havendo previsão de seis tipos de medidas socioeducativas (artigo 112).

O Superior Tribunal de Justiça, no enunciado da Súmula 108, consolidou essa orientação dispondo: “A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz”.

Asseveram Guilherme Madeira Dezem, João Ricardo Brandão Aguirre e Paulo Henrique Aranda Fuller que a aplicação das medidas socioeducativas, depende da conjugação de dois requisitos: a) *objetivo*: que é a apuração de um ato infracional (art. 103, ECA), e não apenas um desvio de conduta, o que vem a caracterizar a doutrina da proteção integral (art. 1º); b) *subjetivo*: que é o ato infracional seja praticado por adolescente, ou seja, maior de 12 anos e menor de 18 anos de idade²²².

Desse modo, no caso concreto, o magistrado analisará se o menor infrator foi ou não o autor do ato infracional, e se está comprovada a materialidade da infração.

Por seu turno, estando presentes a autoria do menor e a materialidade da infração, o magistrado aplicará algumas das medidas socioeducativas adequada à ressocialização do adolescente, levando-se em consideração as circunstâncias em que o ato fora praticado, as capacidades de cumprimento da medida e por fim, a gravidade do ato infracional²²³.

Assim, cabe deixar bem claro que a tão alegada “impunidade” dos adolescentes infratores não seria “culpa” do Estatuto, e sim da desinformação ou informação equivocada passada pela mídia.

Falar que um adolescente fica impune é equivocados. A inimputabilidade, como causa de exclusão da responsabilidade penal, não significa impunidade, ou seja, irresponsabilidade seja pessoal ou social. Tal pensamento parte de quem está em equívoco ou falta conhecimento. O adolescente é inimputável, mas será responsabilizado. Tomemos como exemplo a prática de um roubo, majorado pelo emprego de arma de fogo, por um adulto e um adolescente.

O adulto receberá uma pena em torno de cinco anos e quatro meses de reclusão, de acordo com os parâmetros do Código Penal, sendo que cumprirá, privado de liberdade, um sexto dela, ou seja, mais ou menos dez meses e vinte dias, para ter

222 DEZEM, Guilherme Madeira; AGUIRRE, João Ricardo Brandão; FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 80.

223 Art. 112. [...] § 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

direito à alteração do regime, a teor da Lei de Execuções Penais²²⁴. O cumprimento dessa pena será em estabelecimento, salvo raras exceções, completamente lotado, sem o mínimo de condições de acompanhamento, com a companhia de outros adultos que cometeram crimes contra a vida, por exemplo.

Já o adolescente cumprirá medida socioeducativa de até três anos, com previsão de que haverá acompanhamento e atividades pedagógicas. Na teoria, a maior diferença entre a prisão de um adulto e a internação de um adolescente é a de que a pena é basicamente um castigo para o adulto, enquanto que a internação tem um caráter socioeducativo, pois busca a reinserção do jovem autor na sociedade. Pelo menos em tese.

Assim, entre o Estatuto e a legislação penal as diferenças podem ser traçadas da seguinte forma: a) os adolescentes devem ser atendidos em programas e unidades específicos, separados dos adultos; b) os adolescentes devem ser separados também por idade, compleição física e infração cometida; c) o tempo de internação dos adolescentes não pode exceder três anos, tempo considerado pelos estudiosos da área Juvenil como suficiente com vista à sua reinserção social.

Tais exigências decorrem essencialmente da Doutrina de Proteção Integral, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente buscou essa reinserção considerando que o adolescente ainda passa pelo processo de amadurecimento físico, psicológico e emocional, necessitando de uma oportunidade e orientação para alterar seu comportamento.

Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente acabou por dispor de um sistema de “corresponsabilidade” do Estado, sociedade e família na obediência da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente²²⁵.

Analisando de forma objetiva, pode-se concluir que já está estabelecida a maioria penal no mínimo, de doze anos de idade, afinal, no imaginário, o menor transgressor é encaminhado para uma “prisão”, sendo privado de liberdade, tanto quanto um adulto.

224 Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

225 Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/3108/2870>>. Acesso em 09 mar. 2016.

Foi com base também nos ensinamentos da psicologia que o Estatuto da Criança e do Adolescente não foi elaborado unicamente por juristas, mas por outros profissionais, incluindo os psicólogos, e prevê medidas socioeducativas que vão até a privação da liberdade, assemelhando-se às prisões.

Os autores Goffredo da Silva Telles Júnior e Eros Roberto Grau aduzem que, ao contrário do que a mídia apregoa, os jovens não são os maiores responsáveis pelos crimes violentos. Apenas 8,46 % são contra a vida, o que representa apenas 1,09% do total de infrações praticadas no país²²⁶. Assim, para eles, a redução da maioridade penal “não trará nenhum benefício à sociedade, além de ser flagrantemente inconstitucional”. Acrescentam ser “um ardil, uma afronta ao Estado Democrático de Direito”, pois levará os jovens a um tratamento degradante ao colocá-los em contato com adultos criminosos, “sem nenhum critério e desconsiderando características individuais e peculiaridades decorrentes de seu desenvolvimento físico e mental incompleto”²²⁷.

Por sua vez, o advogado Adel El Tasse, no livro “O que é a impunidade”, posiciona-se no sentido de que os conflitos não são solucionados com punições, sem que se tenha a reparação dos danos sofridos pela vítima²²⁸.

De fato, a violência através de punições severas gerará mais violência. Nesse contexto, Ricardo Dip, no livro “Direito Penal: linguagem e crise”, aduz que a própria ideia de direito penal encontra-se em crise, posto que “A pena, que é o sinal mais visível

226 TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva; GRAU, Eros Roberto. A desnecessária e inconstitucional redução da maioridade penal. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira *et al* (Org.). *A razão da idade: Mitos e Verdades*. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p. 98.

227 *Op. cit.*, p. 99.

228 “Os conflitos, conforme já tratado no presente ensaio, jamais são passíveis de solução com métodos punitivos, em que as vítimas, quando existentes, são esquecidas e os agentes dos delitos são massacrados, caso não façam parte da estrutura do poder, não existindo absolutamente nada de efetivo para juridicamente conciliar as pessoas e reparar os danos decorrentes da ação criminosa. Como nada se soluciona; difunde-se a violência, vitimiza-se várias vezes ao longo da investigação e do processo o sujeito passivo do delito e as pessoas que lhes são próximas, criminaliza-se não só o agente como também a sua família. A conflituosidade social somente é ampliada e vai se manifestando em ações cada vez mais violentas, decorrentes da contínua ampliação da litigiosidade e sensação de desamparo da sociedade, bem como da própria insensibilidade e egocentrismo gerados pela crescente lógica consumista. O Estado, absolutamente corruptor e corrompido, perde a sua ética mínima e passa a representar e servir somente ao enriquecimento dos que de sua estrutura fazem parte, sem qualquer realização que sirva à concreta melhora das condições de vida em sociedade, ampliando as desigualdades e, por via de consequência, o conflito. [...] O que se propõe neste momento, é fazer presentes as transformações com que Nietzsche inaugura o seu “Assim falou Zaratustra”, ou seja; que cada um se transforme em um camelo e carregue a carga de todos os seus valores herdados da sociedade atual e das lógicas discursivas reinantes, em que a infelicidade é impulso ao consumo, em que a ausência de solidariedade é constante, em que somente o microuniverso pessoal importa, e se distancie a um longínquo deserto. [...] Esse rompimento faz a sociedade poder ver sem as barreiras impostas pelo controle oficial do poder e assim reacionar contra os problemas sociais efetivos, desta forma, encontrar condições de um dia vencer as suas grandes mazelas nascidas da desigualdade e da conflituosidade social”. TASSE, Adel El. *O que é a impunidade*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 111-112; 115 e 117.

do direito penal, é também o sinal mais vistoso de sua crise”. Referido autor chega a questionar: o que legitima a pena?²²⁹.

O adolescente recebe “penas”, denominadas medidas socioeducativas, previstas no ECA. Daí não se pode falar em impunidade deles. Acontece que se o atendimento ao adolescente infrator não esteja dando resultado, é caso de se pensar em melhor implementação da lei, com a alteração das políticas públicas, preservando-se os princípios constitucionais e os valores da cidadania, não havendo que se falar em alteração do texto constitucional.

O que se deve buscar é quebrar o mito de impunidade do adolescente em conflito com a lei, principalmente diante da (des)informação passada pela mídia.

João Batista Costa Saraiva explica que o mito popular de que “com menor não dá nada”, tem viés preconceituoso, diante de uma divulgação errônea dos princípios trazidos pelo ECA, “montada sobre a ideia fundante de que o infrator necessitava de um certo tratamento, como se portador de uma moléstia. Seria ele portador de uma moléstia social, não sendo considerado como sujeito de seus atos, e sim como objeto de uma ação estatal”, de cunho administrativo, “muito mais voltada para o plano da piedade e da caridade, do que da justiça e do direito”²³⁰.

É nesse contexto que surge a ideia de impunidade, que vai de encontro com a realidade de extermínio de crianças, pelo qual o Brasil é famoso, tudo decorrendo de “uma apreensão equivocada da Lei, fundamentalmente da ignorância e desconhecimento de que o Estatuto da Criança e do Adolescente se constitui em instrumento de responsabilidade do Estado, da Sociedade, da Família, fundamentalmente, mas também do próprio adolescente”²³¹.

Acerca do tema, o autor reproduz o posicionamento de Emílio Garcia Mendez de que os adolescentes apesar de inimputáveis são responsáveis por seus atos²³².

²²⁹ DIP, Ricardo. *Direito Penal: linguagem e crise*. Campinas: Millennium, 2001, p. 87-88 e 92.

²³⁰ SARAIVA, João Batista Costa. *Desconstruindo o Mito da Impunidade – Um ensaio de Direito (Penal) Juvenil*. Brasília: CEDEDICA, 2002, p. 30.

²³¹ Op. cit., p. 31.

²³² “Os adolescentes são e devem seguir sendo inimputáveis penalmente, quer dizer, não devem estar submetidos nem ao processo, nem às sanções dos adultos e, sobretudo, jamais e por nenhum motivo devem estar nas mesmas instituições que os adultos. No entanto, os adolescentes são e devem seguir sendo responsáveis por seus atos (típicos, antijurídicos e culpáveis). Não é possível nem conveniente inventar aforismos difusos, tais como uma suposta responsabilidade social somente aparentemente alternativa à responsabilidade penal. Contribuir com a criação de qualquer tipo de imagem que associe adolescência com impunidade (de fato ou de direito) é um desserviço que se faz aos adolescentes, assim como, objetivamente, uma contribuição irresponsável às múltiplas formas de justiça com as próprias mãos, com os quais o Brasil desgraçadamente possui uma ampla experiência. A responsabilidade – neste caso penal – dos adolescentes é um componente central de seu direito a uma plena cidadania. Pretender

Por sua vez, Mário Volpi²³³ traz o elenco de três mitos acerca do adolescente, quais sejam: a) do hiperdimensionamento do problema; b) da periculosidade do adolescente; c) da impunidade.

Esclarece que os dois primeiros são decorrentes da mídia, de que cada vez mais adolescentes se envolvem com o crime e com mais violência, o que destoava das pesquisas realizadas.

De fato, o clima de insegurança assola a sociedade. No entanto, apontar os adolescentes como responsáveis por essa situação, trazendo uma solução “mágica” como a diminuição da idade penal mínima, é, no pensamento de João Batista Costa Saraiva: “irresponsabilidade total e escancara a falta de compreensão da situação e a incompetência do Estado, induzindo a sociedade em erro”²³⁴.

A verdade é que os números trazidos pela Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp) do Ministério da Justiça não confirmam a tese, alardeada por defensores da redução da maioridade penal, de que menores são autores da maior parte dos crimes cometidos no país.

O referido órgão estima que os menores de 16 a 18 anos – faixa etária que mais seria afetada por uma eventual redução da maioridade penal – são responsáveis por 0,9% do total dos crimes praticados no Brasil. Se considerados apenas homicídios e tentativas de homicídio, o percentual cai para 0,5%²³⁵.

Por sua vez, levantamento feito pelo Ministério da Justiça em 2011 mostra que crimes patrimoniais como furto e roubo (43,7% do total) e envolvimento com o tráfico de drogas (26,6%) constituem a maioria dos delitos praticados pelos menores que se encontram em instituições assistenciais do Estado cumprindo medida socioeducativa. Cerca de um décimo deles se envolveu em crimes com violência contra a vida: 8,4% em homicídios e 1,9% em latrocínios²³⁶.

construir cidadania sem responsabilidade constitui um contra-senso, produto da ingenuidade ou da incompetência. (Garcia Mendez, 2000: 14)”. SARAIVA, João Batista Costa. *Desconstruindo o Mito da Impunidade* – Um ensaio de Direito (Penal) Juvenil. Brasília: CEDEDICA, 2002, p. 31.

233 VOLPI, Mário. *O adolescente e o ato infracional*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2006, p. 54.

234 SARAIVA, João Batista Costa. *Desconstruindo o Mito da Impunidade* – Um ensaio de Direito (Penal) Juvenil. Brasília: CEDEDICA, 2002, p. 35.

235 Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/segundo-ministerio-da-justica-menores-cometem-menos-de-1-dos-crimes-no-pais/>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

236 Dados disponíveis em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/segundo-ministerio-da-justica-menores-cometem-menos-de-1-dos-crimes-no-pais/>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

O clamor social sobre a impunidade surge da desinformação de que nada lhes acontece quando autor do ato ilícito. No entanto, os adolescentes ficam subordinados à norma, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que deve ser efetivamente aplicada.

Saliente-se que o sistema do ECA é muito mais rápido em trazer uma punição (principalmente se o adolescente estiver internado – cujo prazo máximo de internação provisória é de 45 dias).

Ademais, a experiência nos mostra que é mais fácil apreender adolescente infrator do que um criminoso adulto, que usa de toda sua experiência para tentar eximir-se da responsabilidade.

João Batista Costa Saraiva cita também Antônio Fernando Amaral e Silva, como “a mais alta expressão do pensamento jurídico brasileiro em tema de direito da infância e da juventude”, que, por sua vez, ensina ser a inimputabilidade um legítimo controle social da pobreza, pois se trata de uma opção do Estado para segregar os jovens indesejáveis²³⁷.

Assim, observa-se que o adolescente não fica impune. Ele é responsabilizado, consoante previsão constitucional, pelas normas do Estatuto da Criança e do Adolescente. Querer colocá-los na prisão vai de encontro a todos os preceitos adotados no país.

A propósito da prisão, Michel Foucault ensina que ela é menos recente do que afirmam os códigos, posto que preexiste à sistematização das leis em códigos. Acrescenta que a instituição-prisão, antes de ser definida como pena, era utilizada “para tornar os indivíduos dóceis e úteis, por meio de um trabalho preciso sobre seu corpo”, e que somente no final do século XVIII e início do XIX ocorre a passagem para uma penalidade de detenção. Assim, segundo o autor, nesse período uma nova legislação define o poder de punir como uma função geral da sociedade, sendo exercida de igual maneira

²³⁷ “A inimputabilidade penal dos menores sempre serviu para legitimar o controle social da pobreza, por isso que os maus filhos das boas famílias, como explicitamos, tinham aberta a larga porta da impunidade. Mito conveniente, porquanto, a pretexto de proteger, o Estado pôde segregar jovens indesejáveis, sem que tivesse de se submeter aos difíceis caminhos da estrita legalidade, das garantias constitucionais e dos limites do Direito Penal. As medidas dos antigos Códigos, rotuladas de protetivas, objetivamente, não passavam de penas disfarçadas, impostas sem os critérios da retributividade, da proporcionalidade, principalmente da legalidade. Penas indeterminadas e medidas de segurança sem os pressupostos da certeza da autoria, por fatos geralmente atípicos, repetiam-se no superior interesse do menor, que precisava ser protegido dos condicionamentos negativos da rua. Com tal falácia, crianças e adolescentes pobres eram internados, isto é, presos em estabelecimentos penais rotulados de Centros de Recuperação, de Terapia, e até de Proteção, quando não reclusos em cadeias e celas de adultos. A nova Doutrina, ao reconhecer o caráter sancionatório das medidas socioeducativas, deixa claro a excepcionalidade da respectiva imposição, jungido o juiz aos critérios garantistas do Direito Penal. (Amaral e Silva, 1998)”. SARAIVA, João Batista Costa. *Desconstruindo o Mito da Impunidade – Um ensaio de Direito (Penal) Juvenil*. Brasília: CEDEDICA, 2002, p. 41.

sobre todos os seus membros, e onde cada um deles é igualmente representado; “mas, ao fazer da detenção a pena por excelência, ela introduz processos de dominação característicos de um tipo particular de poder”²³⁸.

Foucault prossegue afirmando que até hoje, em pouco mais de um século, apesar de conhecermos os inconvenientes da prisão, às vezes perigosa e/ou inútil, “não ‘vemos’ o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão”²³⁹.

E é a pura verdade. O “apego” à prisão diz respeito principalmente porque ela consegue atingir um direito que é igual para todos, independentemente de sua condição social, raça, idade, etc, qual seja, o direito à liberdade. Foucault²⁴⁰ ainda cita o pensamento de Charles Lucas, de que a própria prisão fabrica delinquentes²⁴¹.

Ainda nesse contexto, Foucault menciona sete princípios, ou máximas universais, que devem reger a boa condição penitenciária (no caso, boa condição das instituições socioeducativas), a saber: 1) Princípio da correção: no qual a privação da liberdade deve buscar a transformação comportamental do indivíduo; 2) Princípio da classificação: obrigando-se à divisão dos detentos conforme idade, gravidade da infração, bem como fases de sua transformação; 3) Princípio da modulação das penas: a pena será fixada conforme a individualidade de cada detento, e pode ser modificada, caso haja alteração nessa individualidade; 4) Princípio do trabalho como obrigação e como direito: em busca da transformação e progressiva reinserção social dos detentos; 5) Princípio da educação penitenciária: acesso à educação pelos presos, que deverá ser promovida pelo poder público de forma indispensável; 6) Princípio do controle técnico da detenção: uma equipe técnica especializada se encarregará do controle dos detentos; 7) Princípio das instituições anexas: o detento deve ter acompanhamento até sua readaptação definitiva, sendo vigiado após sua saída da prisão e havendo prestação de assistência²⁴².

238 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 223.

239 *Op. cit.*, p. 224.

240 *Op. cit.*, p. 260-261.

241 “A prisão não pode deixar de fabricar delinquentes. Fabrica-os pelo tipo de existência que faz os detentos levarem: que fiquem isolados nas celas, ou que lhes seja imposto um trabalho inútil, para o qual não encontrarão utilidade, é de qualquer maneira não ‘pensar no homem em sociedade; é criar uma existência contra a natureza inútil e perigosa’; queremos que a prisão eduque os detentos, mas um sistema de educação que se dirige ao homem pode ter razoavelmente como objetivo agir contra o desejo da natureza”. LUCAS, Charles. *De la réforme des prisons, de la théorie l’emprisonnement*. v. I. Paris: Legrand et J. Bergounioux, 1836, p. 127 e 130.

242 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 264-266.

Essas seriam, então, as sete máximas para se ter uma prisão direcionada à reinserção social.

Por sua vez, Marco Antônio de Abreu Scapini esclarece que desde Lombroso, em “O homem delinquente”, o tema predominante nas pesquisas criminológicas era a punição, “seja como crítica jurídica em termos de reformas penais, seja em termos de crítica a modelos econômicos e políticos de controle, ou, até mesmo, como crítica cultural das sociedades”²⁴³.

Rusche e Kirchheimer apontam para elementos fundamentais no tocante à relação entre crime e punição, que devem estar interligados²⁴⁴.

Tem-se que ter em mente que a punição é uma técnica criada como forma de controle social e que há, no Brasil, um grande desafio que é a implantação efetiva das medidas socioeducativas.

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) busca, dentre seus objetivos, implementar as medidas socioeducativas cada vez mais, tendo como uma das propostas que seu programa privilegie as medidas de meio aberto, em detrimento à privação de liberdade²⁴⁵.

Por sua vez, sob o direcionamento da Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente, tal tarefa é executada pelo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), instituído pela Lei nº 12.594/2012, por meio da qual é organizada a execução das medidas socioeducativas aplicadas aos adolescentes em conflito com a lei²⁴⁶.

Referida lei, em seu artigo 35, prevê os princípios que devem reger o cumprimento das medidas socioeducativas e, dentre eles, no inciso VIII, encontramos a “não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero,

243 SCAPINI, Marco Antônio de Abreu. *Criminologia e Desconstrução: um ensaio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 24.

244 “A afinidade, transparente ou não, que se supõe existir entre crime e punição garante qualquer intuição para o significado independente da história dos sistemas penais. Isto tudo tem que acabar. A punição não é nem uma simples consequência do crime, nem o reverso do crime, nem tampouco um meio determinado pelo fim a ser atingido. [...] Punição como tal não existe; existem sistemas de punição concretos e práticas criminais específicas. [...] A transformação em sistemas penais não pode ser explicada somente pela mudança das demandas do crime contra o crime, embora esta luta faça parte do jogo. Todo sistema de produção tende a descobrir punições que correspondam às suas relações de produção”. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 18).

245 Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

246 Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/sistema-nacional-de-medidas-socioeducativas/sistema-nacional-de-atendimento-socioeducativo-sinase-1>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou status”.

E é assim que a lei deve ser, elaborada para aplicação sem quaisquer distinções entre ricos e pobres, negros ou brancos, etc.

Recentemente, em 02 de fevereiro de 2016, o Conselho Nacional do Ministério Público, através da Comissão da Infância e Juventude, publicou um relatório denominado “Um OLHAR mais ATENTO nas unidades de internação e semiliberdade para ADOLESCENTES - Relatório da Resolução 67/2011”²⁴⁷, no qual dispôs que, na prática, o cumprimento das medidas socioeducativas não preconiza o que dispõem o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Lei nº 12.594/2012), ou seja, falta a efetiva implementação da escolarização, profissionalização, práticas esportivas, de lazer e cultura²⁴⁸.

Como constatado no relatório mencionado, as leis e as políticas públicas não estão sendo cumpridas. As políticas públicas devem possuir um funcionamento efetivo do sistema de infância e juventude preventivo, com ação dos Conselhos Tutelares, e repressivo, com a atuação da justiça.

De nada adianta unicamente a alteração legislativa. Beccaria já ensinava que “quanto mais atrozes forem os castigos, tanto mais audacioso será o culpado para evitá-los. Acumulará os crimes para subtrair-se à pena merecida pelo primeiro”²⁴⁹.

Logo, a punição aos adolescentes infratores já existe. Antes de se pensar em alteração legislativa, primeiro dever-se-á aplicar efetivamente o Estatuto da Criança e Adolescente, com a implementação de políticas públicas pertinentes ao caso.

5.2 A RAZÃO DA IDADE DE 18 ANOS

Diante da prática de um delito ou ato infracional, pode-se optar pelo estudo do indivíduo que o praticou, seja em termos do ambiente interno ou em relação a fatores externos ao delinquente, que os levaram à prática do ilícito²⁵⁰. Nesse passo, ressalte-se

²⁴⁷Disponível

em:

<http://www.cnmp.gov.br/portal_2015/images/stories/Destaques/Publicacoes/Relat%C3%B3rio_Interna%C3%A7%C3%A3o.PDF>. Acesso em: 06 fev. 2016.

²⁴⁸ Ver Anexo II.

²⁴⁹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015, p. 54.

²⁵⁰ NUNES, Laura M.; TRINDADE, Jorge. *Delinquência: percursos criminais: desenvolvimento, controle, espaço físico e desorganização social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 15.

que nossa atenção girará em torno do adolescente em conflito com a lei (o “delinquente”).

Laura Maria Cerqueira, Marinha Nunes e Jorge Trindade explicam que a delinquência raramente começa de forma abrupta. Geralmente passa por uma evolução, aos poucos, iniciando-se muitas vezes com traços na infância²⁵¹. Assim, na Psicologia, a palavra delinquência surgiu ligada aos adolescentes, com base em uma conduta antissocial²⁵².

Em 1985, segundo os pesquisadores supracitados, Loeber e Schmaling realizaram uma análise sobre 28 estudos, desenvolvendo a seguinte evolução, que iria da fase pré-escolar até a adolescência: a) Temperamento Difícil; b) Comportamentos problemáticos manifestos; c) Isolamento; d) Pobres relações com os pares; e) Problemas acadêmicos; f) Problemas comportamentais encobertos; g) Associação com pares desviantes; h) Delinquência/Contatos; i) Reincidência²⁵³. Por sua vez, Lahey e Waldman, citados também pelos autores, apresentam um modelo com base na trajetória desses comportamentos, ressaltando para o aparecimento precoce, geralmente na idade escolar, aumentando na adolescência. Acrescentam que “Na população em geral, essas condutas traduzem-se em agressões menos graves, em mentiras e em ações cruéis dirigidas a animais”²⁵⁴.

No aspecto psicológico, acrescentam a existência de três dimensões, quais sejam: a) emotividade negativa, que recorrem à tendência para experimentar emoções intensamente negativas (Lahey & Waldman, 2004); b) atrevimento, que se relaciona com a busca por novas experiências e sensações fortes (Farrington & West, 1993) e c) pró-sociabilidade/conscienciosidade, traduzindo a menor ou maior predisposição para o desenvolvimento de simpatia relativamente aos demais (Lahey & Waldman, 2004)²⁵⁵.

No mesmo contexto, ainda citam Hirschi, cuja teoria tem por base o laço social, ao afirmarem: “Segundo a interpretação de Hirschi, todo o indivíduo é potencialmente delinquente. Assim, as pessoas somente não enveredam pelo delito quando têm uma forte ligação estabelecida com a sociedade normativa”²⁵⁶. A criação desse laço social denominado por Hirschi tem por base quatro mecanismos, a saber: a) o

251 *Op. cit.*, p. 22.

252 NUNES, Laura M.; TRINDADE, Jorge. *Criminologia: trajetórias transgressivas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 35-36.

253 *Op. cit.*, p. 22-23.

254 NUNES, Laura M.; TRINDADE, Jorge. *Delinquência: percursos criminais: desenvolvimento, controle, espaço físico e desorganização social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 30.

255 *Op. cit.*, p. 31.

256 *Op. cit.*, p. 53.

apego (vínculo com os mais próximos); b) o compromisso (busca de metas convencionais); c) o envolvimento (investimento do jovem em atividades convencionais e valorizadas na sociedade); d) as crenças (interiorização e valores convencionais)²⁵⁷.

Para Nunes e Trindade existem quatro tipos de jovens incapazes de entrar ordenadamente na marcha da comunidade e desempenhar seu papel na vida: a) inadaptados sociais que, como o próprio nome indica, são aqueles incapazes de adaptação ao meio social, que não dirigem seu comportamento de modo a respeitar as normas de convivência social, por não terem se identificado e socializado, substituindo normas e valores por regras próprias, manifestamente contra o estabelecido nas leis; b) associas: são os que, devido a sua estrutura, perturbam e danificam os interesses da comunidade como tal e de seus membros, de vez que não podem ou não querem se subordinar à ordenação imposta pela sociedade; c) pré-delinquentes: são indivíduos que, não tendo, todavia, chegado a uma idade que costuma coincidir com a maioridade penal, não cometeram ainda um delito, mas podem ser considerados antissociais, e provavelmente se converterão em delinquentes declarados, caso não submetidos a um tratamento preventivo, pois suas ações estariam no limite da delinquência; d) delinquentes: são sujeitos que estão numa situação de franca ruptura com o jurídico, tendo já engrenado na esfera do confronto com as normas legais em vigor.

Ao reforçar que a delinquência se inicia nos mais jovens, referidos autores, citando Friendlander, 1972, afirmam que “uma carreira criminal muito raramente inicia numa idade avançada”²⁵⁸. Prosseguem aduzindo que a delinquência pode ser vista sob quatro aspectos: a) jurídico: considera o fato tipificado nas leis penais, sendo que a educação se faz pelo medo que a sanção impõe; b) médico: o sujeito e o contexto são vislumbrados como uma “transposição do esquema das patologias em geral”; c) psicossocial: o entorno é influenciante para o agente; d) sociocultural: observa-se a cultura do local²⁵⁹, e que qualquer que seja o aspecto adotado, segundo entendem, a definição de um adolescente infrator como delinquente é uma consequência de sua marginalização e de sua inadaptação social²⁶⁰.

257 *Op. cit.*, p. 54-55.

258 NUNES, Laura M.; TRINDADE, Jorge. *Delinquência: percursos criminais: desenvolvimento, controle, espaço físico e desorganização social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 51.

259 *Op. cit.*, p. 55-56.

260 *Op. cit.*, 61.

Assim, vê-se que os autores mencionados trabalham a ideia de uma delinquência de início precoce (*precocious offenders/early onset offenders*)²⁶¹, que pode ser explicada pela conjugação de prejuízos individuais, práticas educacionais ineficientes, e estrutura social desfavorável, a par de uma maior probabilidade de exposição a uma gama de características emocionais negativas e a um série de dificuldades neurodesenvolvimentais, estilos parentais inadequados, confusos e contraditórios ou descontrolados para as crianças²⁶². Essa construção permite chegar a uma delimitação da delinquência a partir do seguinte pensamento²⁶³, a saber: a pré-delinquência, ou da delinquência infantil, que consiste na realização de pequenos delitos de natureza intrafamiliar ou intraescolar, em geral associados à fuga, (ao gazeteiro) e à precocidade sexual, os quais adquirem uma interpretação no contexto familiar e são reforçados na puberdade; a delinquência reativa, daqueles que procuram escapar de um meio perturbador, no qual aumenta a dissociação familiar, tendo em vista as dificuldades de contato com as “personagens-chaves”. A reação vem manifestada pelo uso da violência, pelo alcoolismo, pela droga, pelos furtos, roubos etc; delinquência neurótica, que organiza mecanismos de defesa com atuações, revelando hostilidades inconscientes com o pai, rivalidades entre os irmãos, protestos contra a mãe etc e a delinquência “verdadeira”, na qual o comportamento é organizado, e o ego aparece como disgenésico. São os jovens agressivos de Aichorn, os libertinos de Friedlander, os “mentirosos patológicos” de Neyraut, os “escroques” de Anderson, os “tristonhos patológicos” de Male etc. Aqui estão as personalidades “psicopáticas” típicas nos limites da perversão e da psicose. Nesta perspectiva, a “delinquência juvenil “possui uma divisão, que demonstra tendência dos delinquentes neste padrão etário como um comportamento bem específico, decorrente de uma mente doentia. No contexto geral, no plano desta divisão parece haver um empírico que pode não condizer as condições gerais dado que as crianças e adolescentes são mais ou menos doentios dependendo da sua condição social.

Por sua vez, Tobias Barreto, em sua obra “Menores e Loucos em Direito Criminal” destaca, entre aqueles que consideram desvantajosa a fixação da idade, o pensamento de Friedreich, sob a justificativa de que as individualidades físicas são

261 *Op. cit.*, 62

262 *Op. cit.*, p. 92.

263 *Op. cit.*, p. 67.

muito variadas, posto que o desenvolvimento físico aparece em um indivíduo mais cedo do que em outros, “pelo que a determinação de uma idade igual para todos os indivíduos, quando é tão desigual o desenvolvimento de cada um, não pode oferecer uma segura medida da culpabilidade e de grão da pena merecida”²⁶⁴.

Nesse contexto de transição, cabe citar uma reflexão de Arminda Aberastury, afirmando que a vida adulta significa que o adolescente perdeu definitivamente sua condição de criança, sendo “o momento crucial na vida do homem e constitui a etapa decisiva de um processo de desprendimento que começou com o nascimento”²⁶⁵. Justamente em razão dessas mudanças, sendo a perda definitiva da criança o principal traço marcante, é que se fixa uma idade para considerar a punibilidade válida. Na seara jurídica, além da previsão da inimputabilidade penal em âmbito constitucional, como já foi bem delineado, o adolescente teve como proteção o surgimento da Lei nº 8.069/90, tida como um marco na legislação infanto-juvenil brasileira. Ela dispõe sobre “a proteção integral à criança e ao adolescente” (art. 1º), trazendo realidade às normas programáticas contidas no artigo 227 e parágrafos da Constituição de 1988.

Assim, para esse Estatuto, prevê-se como criança “a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade” (art. 2º, do ECA). Entre 18 e 21 anos de idade, excepcionalmente, poder-se-á aplicar o Estatuto (art. 2º, parágrafo único, do ECA). Eugênio Couto Terra, em seu artigo intitulado “A idade penal mínima como cláusula pétrea”, publicado no livro “A razão da idade: mitos e verdades”, enfatiza o grande marco “de mudança paradigmática da questão da infância no Brasil” como sendo o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente. Acrescenta que referido estatuto é a integração legislativa do princípio da doutrina da proteção integral, prevista no artigo 227, da Lei Maior, fazendo com que “toda a legislação menorista que contrariava os princípios constitucionais fixados para a infância e juventude” restasse derogada, pois num Estado Democrático de Direito “não há como subsistir normativa legal que contrarie os princípios que o presidem”²⁶⁶.

Referido artigo da Constituição é tido pela doutrina como o instrumento da proteção integral, prevista na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que foi

264 BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*. Brasília: História do Direito Brasileiro, 1886, p. 256-257.

265 ABERASTURY, Arminda; KNOBEL, Maurício. *Adolescência Normal: Um enfoque psicanalítico*. Tradução Suzana Maria Garagoray Ballve, Porto Alegre: ARTMED, 1981, p. 13.

266 TERRA, Eugênio Couto. A idade penal mínima como cláusula *pétrea*. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira *et al* (Org.). *A razão da idade: Mitos e Verdades*. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p. 50.

aprovada pela Assembleia Geral da ONU (Organização das Nações Unidas), em 1989. Cabe ressaltar que a doutrina da proteção integral tem como antecedente direto a Declaração dos Direitos da Criança (1959), tendo por base quatro principais documentos: a Convenção internacional dos Direitos da Criança, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de Beijing), as Regras Mínimas das Nações Unidas para os Jovens Privados de Liberdade e as Diretrizes das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Diretrizes de Riad)²⁶⁷.

Com base nesses fundamentos, passou o menor a ser visto como sujeito pleno de direitos, sendo assegurado o exercício dos seus direitos básicos, tendo em vista sua condição de ser humano em desenvolvimento. Assim, o que deve ser lembrado é que foi nesse contexto da doutrina de proteção integral que a Constituição Federal de 1988 fixou a inimputabilidade em dezoito anos, utilizando-se de um critério político, não tendo relação com a capacidade ou incapacidade de entendimento, pois um jovem já tem ciência do que é lícito e ilícito.

Os que advogam pela manutenção da maioria penal em dezoito anos, alegam, em síntese: a) trata-se de cláusula pétrea, ou seja, imutável por emenda; b) ou, ao menos, cuida-se de direito fundamental, não podendo ser limitado; c) a mudança na lei não é capaz de reduzir o crime; d) o Estatuto da Criança e do Adolescente já pune a partir dos doze anos de idade; e) a redução da maioria penal aumentará o número de presos nas penitenciárias; f) o adolescente ainda é um ser em formação; g) o Código Penal da Espanha, em 1995, aumentou a maioria de dezesseis para dezoito anos; h) não adianta uma mudança sem políticas públicas; i) os custos decorrentes da redução, a exemplo da construção de novas penitenciárias, recairão sobre os contribuintes.

Ellen Gracie, ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, manifestou-se contrária à redução da idade penal, com o seguinte teor: "Nós estaríamos como que renunciando a uma política estrutural de assistência aos adolescentes, resolvendo o problema da maneira mais fácil possível, mecânica e cômoda, pela simples redução da idade penal"²⁶⁸.

Também Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes revelam-se contrários à redução da maioria penal, asseverando que essa modificação, além de violadora da

267 Ver tópico 4.2.

268 *O Globo*, 10/02/2007, p. 17. Disponível em: <<http://www.gentedeopinioao.com.br/noticia/ellen-gracie-e-contra-diminuicao-da-maioridade-penal/19585>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

Constituição Federal, se revela como medida característica de um direito penal emergencial e simbólico²⁶⁹.

Dalmo de Abreu Dallari, em seu artigo sobre “A razão para manter a maioria penal aos 18 anos”, publicado no livro “A razão da idade: mitos e verdades”²⁷⁰, entendendo que qualquer proposta que vise à redução da maioria penal²⁷¹ significa a abolição do direito de tratamento diferenciado, sendo, portanto, inconstitucional, afirmou que “essas propostas, algumas vezes, são produto da ignorância mas também costumam ter caráter demagógico, visando ganhar notoriedade e agradar eleitores”.

Nesse contexto, entende-se ser equivocado dizer que o Constituinte de 1988 adotou um critério meramente biológico, posto que o critério, como dito, foi também político, em busca da valorização da dignidade humana das pessoas menores de dezoito anos, representando o compromisso com a valorização da adolescência, do ser humano em desenvolvimento. Tal compromisso acabou consubstanciado na Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

Daí porque o discurso para reduzir a maioria penal é essencialmente político, o que deve ser refutado. Busca-se, erroneamente, fazer crer à sociedade que o aumento dos indivíduos potencialmente encarcerados vá diminuir os delitos cometidos.

Entretanto, inexistente base idônea capaz de afirmar que o aumento da penalização diminuirá a criminalidade. O exemplo concreto que temos é a Lei de Crimes Hediondos que, mesmo após entrar em vigor, não conseguiu o desiderato de diminuir a quantidade de crimes. Ora, se assim fosse, nos Estados em que se adota a pena de morte ter-se-ia a redução da prática de crimes, o que não acontece²⁷².

Por sua vez, não se pode questionar o motivo pelo qual a Constituição resolveu prever a idade penal mínima, embora fosse um critério político, uma vez que, em um

269 Conferir: BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. *Maioridade penal e o direito penal emergencial*. Disponível em: <<http://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814052/maioridade-penal-e-o-direito-penal-simbolico>>. Acesso em: 19 jan. 2016.

270 DALLARI, Dalmo de Abreu. A razão para manter a maioria penal aos 18 anos. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira *et al* (Org.). *A razão da idade: Mitos e Verdades*. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p. 24.

²⁷¹ Conforme o pensamento da redução da maioria toma um nível pragmático é também necessário avaliar os efeitos práticos previsíveis, levando em conta os dados da realidade conhecida. E sobre isso, cita Dallari que os presídios brasileiros, salvo raras exceções, estão superlotados e promovem a desumanização do preso, pouco conseguindo ressocializar. DALLARI, Dalmo de Abreu. A razão para manter a maioria penal aos 18 anos. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira *et al* (Org.). *A razão da idade: Mitos e Verdades*. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p. 26.

²⁷² Conferir tópico 4.2.

Estado Democrático de Direito, onde vigora uma democracia pluralista, não há critério certo para definir o que pode ou não ser constitucionalizado, até porque grande parte do texto constitucional possui aspecto político.

Por outro lado, tem-se que ter em mente que a medida socioeducativa a ser aplicada, considerando o mesmo ato infracional, deverá ser justa, aplicada a qualquer adolescente, seja da classe baixa, média ou alta.

O desenvolvimento de compreensão mais ampla vem com a proposta do Estatuto da Criança e do Adolescente a partir das pequenas unidades de internação, fiscalizadas pelo Ministério Público, com um corpo técnico qualificado, permitindo a realização de atividades externas, contemplando a possibilidade de reinserção no sistema educacional, acesso ao mercado de trabalho etc. (enfim, buscando estabelecer um novo projeto de vida para o adolescente em conflito com a lei). Essa foi a escolha do legislador que se entende mais correta, em contraposição à opção pela resposta do Direito Penal, em que o adolescente entre 16 e 18 anos seria mais um número no contexto da superpopulação carcerária (com a promiscuidade que lhe é inerente) ou na cifra dos 350 mil mandados de prisão não-cumpridos, conforme os dados do diagnóstico carcerário produzido pelo CNJ.

Nesse diapasão, questiona-se: quais os benefícios para a sociedade, a justiça e os adolescentes com a redução da maioridade penal?

Em junho de 2014, o Conselho Nacional de Justiça divulgou pesquisa na qual informou o número da população carcerária brasileira em 563.526, sem incluir as prisões domiciliares, o que levou o Brasil a ser o quarto país com maior população prisional²⁷³.

Por sua vez, em fevereiro de 2015, segundo o Banco Nacional de Mandados de Prisão (BNMP), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Brasil teria quase 437 mil mandados de prisão não cumpridos²⁷⁴. Ademais, o retrato dos presos no Brasil é de nenhuma ou pouca escolaridade. Sem falar que o Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo²⁷⁵.

273Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2016.

274Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/brasil-tem-fila-de-437-mil-mandados-de-prisao-15452442>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

275Conferir: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/06/numero-de-presos-no-brasil-cresce-dez-vezes-mais-do-que-populacao.html>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

Há também a Vigência da Lei dos Crimes Hediondos, que não resultou em diminuição da criminalidade, como queriam os legisladores. Na verdade, eles se deixaram levar pela mídia e em busca de atender a elite, porque, antes de sua vigência, o Rio de Janeiro e São Paulo vivenciaram os sequestros de Diniz e Medina, ou seja, desconsideraram as inúmeras situações outras que se disseminavam pelo país afora, mas que tinham vítimas que não integravam a elite do país²⁷⁶.

Ainda, nas palavras de Aníbal Bruno, ao comentar sobre a ligação das sociedades humanas ao direito, acrescenta que a sociedade se deixa disciplinar pelo direito, “dele recebendo a estabilidade e a própria possibilidade de sobrevivência”²⁷⁷. No caso mencionado, a sociedade buscava essa estabilidade da paz social na elaboração de uma lei mais punitiva.

Além desses fatos, o que também levou à elaboração da Lei dos Crimes Hediondos foi o medo que pairava sobre a sociedade e o Estado, buscando proteger o cidadão do inimigo, o que acaba por criar novos tipos penais, aumentar as penas, diminuir ou cercear os direitos dos cidadãos. E a diminuição da idade penal também tem por base esse medo.

Alterar a idade penal mínima é um retrocesso. Entende-se que a alteração do art. 228 não é a solução para os problemas brasileiros na seara da criminalidade. Nesse particular, indaga-se: acaso se consiga modificar o art. 228, da Constituição Federal, e as leis infraconstitucionais - Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Penal, o maior de 16 anos e menor de 18 anos, apontado como principal infrator, será sucedido por quem, caso a criminalidade continue a aumentar, como provavelmente ocorrerá?

É preocupação de todos os problemas que afetam nossas crianças e adolescentes, ativa ou passivamente. No entanto, na verdade, o sistema prisional não serve para reintegrar, reeducar ou ressocializar, sendo apenas uma forma de controle social que, talvez, seja o mais cruel de todos, pois, conforme entendido por Erving Goffman²⁷⁸, perpetua efeitos sobre o ser humano, quais sejam, a infantilização, a promoção da perda da masculinidade, o desaparecimento do “eu”.

Se afirmam os defensores da redução que as instituições dos adolescentes em conflito com a lei não conseguem ressocializar, o que se dirá dos presídios?

276 BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. v. 1. tomo 1. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 120.

277 *Op. cit.*, p. 11.

278 GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992, p. 312.

João Batista Costa Saraiva entende que a sociedade busca segurança e, em um raciocínio muito simples, apontando-se a pobreza como causa da violência, direcionam-se os debates para que o foco seja a redução da maioridade penal²⁷⁹. Por outro lado, aduz que o sistema de atendimento ao adolescente se mostra em crise e que os infratores enquanto “adolescentes privados de liberdade no Brasil só não é maior que a crise do sistema penitenciário, para onde se pretende transferir os jovens infratores com menos de dezoito anos”²⁸⁰. Ensina que o Direito Penal Juvenil baseado no sistema garantista de Ferrajoli e no Princípio da Doutrina da Proteção Integral, elevando a criança e o adolescente à condição de sujeito de direitos, estabelece três níveis de garantias, quais sejam: políticas públicas direcionadas às crianças e aos adolescentes, medidas de proteção e medidas socioeducativas²⁸¹.

Por outro lado, alega-se que a propósito da idade da responsabilidade penal, onde seguidamente os Estados Unidos da América são invocados como paradigmas, cumpre destacar que em Estados como Califórnia, Arkansas e Wyoming a idade de imputabilidade penal está fixada em 21 anos. Já em países como Índia, Paraguai e Egito estabelecem a idade de imputabilidade penal em 15 anos²⁸².

Doutrinadores da área juvenil falam da crise de implementação total do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como crise de interpretação do referido estatuto. Para João Batista Costa Saraiva, que vislumbra o artigo 228 da Constituição Federal como cláusula pétreia, entende também que basta “dar meios de execução às medidas que o ECA propõe que se alcançarão os resultados que toda a sociedade afirma desejar”, e não perder tempo discutindo a redução da idade penal mínima²⁸³.

Várias são as distorções acerca do tema ora apresentado e que conseguem novos adeptos diariamente, tendo em vista, além dos motivos acima expostos, a desinformação da população, fato que deve ser rebatido. Como vimos, uma das distorções consiste em acreditar que os atos infracionais, praticados por adolescentes em conflito com a lei, representam parcela significativa dos crimes ocorridos no Brasil. Na verdade, segundo dados da Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP) do Ministério da Justiça, mencionados acima, os menores de 16 a 18 anos são responsáveis

279 SARAIVA, João Batista Costa. *Desconstruindo o Mito da Impunidade* – Um ensaio de Direito (Penal) Juvenil. Brasília: CEDEDICA, 2002, p. 48.

280 *Op. cit.*, p. 49.

281 *Op. cit.*, p. 49-50.

282 SARAIVA, João Batista Costa. *Desconstruindo o Mito da Impunidade* – Um ensaio de Direito (Penal) Juvenil. Brasília: CEDEDICA, 2002, p. 54.

283 *Op. cit.*, p. 61-62.

por 0,9% do total dos crimes praticados no Brasil. Se considerados apenas homicídios e tentativas de homicídio, o percentual cai para 0,5%²⁸⁴.

Outra distorção é confundir inimputabilidade com impunidade/irresponsabilidade. Como foi demonstrado no tópico 5.1., os adolescentes respondem pelos atos praticados, segundo as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, no qual há previsão de medidas socioeducativas que vão desde a advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, até a internação, que é a privação de liberdade dos adolescentes.

A natureza jurídica das medidas socioeducativas é de sancionamento estatal, sendo que apenas o Judiciário pode impor, inclusive homologando aquelas impostas por remissão pelo Ministério Público. Ressalte-se que os atores participantes da Justiça Juvenil (juízes, promotores, advogados) deverão interpretar o direito à luz dos princípios constitucionais, como ensina Lênio Luiz Streck²⁸⁵.

Citando mais uma distorção, observa-se a discussão sobre a capacidade de discernimento, isto é, se o jovem sabe ou não o que ele faz quando da prática de um ilícito. Seria absurdo pensar dessa forma, pois levar-se-á a crer que uma criança de oito anos de idade poderia sofrer pena criminal considerando que já saberia que matar alguém é errado.

Cuida-se, portanto, de um critério equivocado, porquanto a imputabilidade não é considerada tão-somente pelo discernimento, ou seja, pela capacidade de reconhecer que o fato possui caráter ilícito, pois precisa ter também a capacidade de se determinar de acordo com o entendimento de que é ilícito.

Nesse contexto, ressalte-se que informação não necessariamente significa formação. Na verdade informação não induz a uma maturidade psíquica. Ora, as infrações decorrentes da imaturidade precisam de intervenção com base na assistência, orientação e reabilitação, reinserindo o adolescente no seio social. Caso o adolescente venha a ser segregado juntamente com adultos, acabará ainda mais distante de um desenvolvimento sadio, e perderemos a chance de reinseri-lo socialmente, transformando-o em um adulto do bem, verdadeiro cidadão.

Muitas vezes ocorre que o adolescente, na sociedade consumista atual, ao ter a negativa da obtenção de bens de consumo (ex: tênis, roupa, celular, carro, etc), diante da

284 Dados disponíveis em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/segundo-ministerio-da-justica-menores-cometem-menos-de-1-dos-crimes-no-pais/>>. Acesso: 15 fev. 2016.

285 STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 12.

situação social em que vive, acaba por ter raiva, humilhação, e sente na pele a exclusão social.

Nesse aspecto, Zygmunt Bauman explica que a sociedade nasce e vive com o consumismo²⁸⁶. Geram-se, assim, duas situações antagônicas: o consumismo exagerado e a crescente desigualdade social, na qual os jovens não tem a atenção do Estado. E é em busca de uma atenção que alguns jovens apontam a arma de fogo, ocasião em que tem uma visibilidade de todos na sociedade, embora de forma negativa²⁸⁷.

Já em relação à internação em estabelecimentos próprios para adolescentes, os autores Goffredo da Silva Telles Júnior e Eros Roberto Grau, no artigo “A desnecessária e inconstitucional redução da maioridade penal”, publicado no livro “A razão da idade: mitos e verdades”, entendem impossível a reabilitação, imagina em celas com adultos. Acrescentam que, se encarcerados com adultos, acabarão aprendendo normas próprias dos “grupos marginais”, tendo como grande a probabilidade de que os menores “acabem absorvendo a chamada identidade do infrator, passando a se reconhecer, sim, como pessoas cuja história de vida, passada e futura, resta indestrutivelmente ligada à delinquência (os irrecuperáveis, como dizem deles)”²⁸⁸.

Para os autores, a ressocialização só se dará no mundo externo a qualquer tipo de unidade, proporcionando oportunidades para os adolescentes. Como foi visto, a mídia chegou ao extremo de manipular a opinião pública que segue sedenta de mudanças para o combate à criminalidade. Dentre essas mudanças, uma considerada “mágica” seria a redução da maioridade penal.

²⁸⁶ “Do berço ao túmulo, somos treinados e adestrados a tratar as lojas como farmácias repletas de remédios para curar ou pelo menos aliviar todas as moléstias e aflições em nossas vidas e nas vidas em comum. Lojas e compras adquirem uma dimensão plena e verdadeiramente escatológica. Os supermercados são nossos templos. As listas de compras são nossos breviários, enquanto os passeios pelos shoppings se tornaram nossas peregrinações. A plenitude do prazer de consumir significa a plenitude da vida. Compro, logo existo. Comprar ou não comprar, eis a questão”. BAUMAN, Zygmunt. *Sobre Educação e Juventude*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 83).

²⁸⁷ Segundo Paulo Rangel surge o que se convencionou chamar na sociologia de “etos guerreiro” (Alba Zaluar): “é incorporado por homens jovens e se manifesta na utilização da violência tanto como recurso para obter ganhos comerciais no tráfico de drogas, no contrabando de armas e outras atividades ilegais, como também uma forma de expressão nas relações entre homens que se desafiam mutuamente na defesa até a morte de um orgulho masculino construído sobre o controle do território assim obtido”. RANGEL, Paulo. *A redução da menor idade penal: avanço ou retrocesso social? A cor do sistema penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 100.

²⁸⁸ TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva; GRAU, Eros Roberto Grau. A desnecessária e inconstitucional redução da maioridade penal. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira *et al* (Org.). *A razão da idade: Mitos e Verdades*. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p. 95.

Há de se indagar: houve mudança substancial na situação da criança e do adolescente desde 1988 capaz de justificar uma quebra ao pacto democrático? Alguma alteração social? A resposta é negativa, pois além de a mudança legislativa não trazer a diminuição da criminalidade, como quer a sociedade, a necessidade de preservar o adolescente com a imputabilidade penal continua presente, mesmo porque o adolescente permanece tão ou mais desabrigado hoje, do que em 1988. Outro questionamento a ser realizado: permitir que os adolescentes cumpram pena na forma dos adultos seria a solução para reduzir a criminalidade? Entende-se que não. De fato, a criminalidade aumentou nos últimos anos. Acontece que a prática de atos infracionais pelos adolescentes geralmente não afetam a violência à pessoa²⁸⁹. Ademais, conforme já foi exposto, há distinção entre inimputabilidade e impunidade. De forma alguma a Constituição contempla a impunidade dos adolescentes, posto que há punições para o adolescente infrator, previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por outro lado, documento da Fonacriad – Fórum Nacional de Dirigentes Governamentais de Entidades Executoras da Política de Promoção e Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente preconiza pela não-indução a uma maturidade precoce do adolescente em virtude das informações que o mesmo tem hoje à disposição, e que não se pode confundir informação com formação, sendo esta última proporcionada, principalmente, pela escolarização²⁹⁰.

Ainda, tem-se que a Lei Federal nº 8.069/90, nosso Estatuto da Criança e do Adolescente, é considerada como uma das mais avançadas do mundo, no aspecto da Proteção da Infância e Juventude, inclusive pela ONU. Ora, se o ECA é uma das mais avançadas legislações do mundo, por que não deu certo? Justamente porque o Estado não proveu os meios necessários à sua completa implementação.

Como visto, outro argumento favorável à redução diz respeito ao fato de que menores são usados pelo crime organizado com o intuito de acobertar as suas ações. No entanto, tal “justificativa” para a redução não deve prosperar. Ora, se assim ocorrer, reduzindo-se a idade penal para menores de 18 anos, equivalerá a lançar no mundo do crime jovens cada vez menores: adote-se o critério de dezesseis anos e os traficantes recrutarão os de quinze; reduza-se para onze e os de dez estarão aliciados.

289 Conferir: Dados disponíveis em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/segundo-ministerio-da-justica-menores-cometem-menos-de-1-dos-crimes-no-pais/>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

290 KOERNER JÚNIOR, Rolf. A menoridade é carta de alforria?. In: VOLPI, Mário (Org.). *Adolescentes privados de liberdade – a Normativa Nacional e Internacional & Reflexões acerca da responsabilidade penal*. 3. ed. São Paulo: Cortez: FONACRIAD, 2006, p. 109-156.

Ademais, se os maiores estão aliciando os menores, quem tem que ser punidos são os maiores e não os menores, e já há previsão para tanto (art. 244-B do ECA – corrupção de menores).

Por essas diversas perspectivas podem ser analisados os argumentos favoráveis à redução da seguinte forma:

a) A legislação brasileira fixa vários parâmetros etários: a) aos 14 anos o adolescente já pode trabalhar; b) aos 16 anos, pode votar; c) aos 18 anos as maioridades civil (art. 5º, do CC) e penal (Art. 27, do CP).

b) A ideia de distinguir a maioridade excepcional aos 16 anos, provada a maturidade do jovem, a cada caso concreto, também não é a solução. O subjetivismo, próprio de perícias, deve ser combatido na seara criminal. Haveria uma tendência para que os jovens pobres fossem considerados mais maduros do que os ricos, fato que deve ser repudiado.

c) A diminuição atinge o princípio da moralidade (art. 37, da Constituição Federal) quando o legislador busca a solução dos problemas da criminalidade na diminuição da idade penal, em substituição a seu dever de efetivação material de programas de execução das medidas socioeducativas legais.

d) Aos 16 anos o adolescente pode votar. Acontece que o direito ao voto não é obrigatório (Art. 14, II, c, CF/88), até porque grande parte dos jovens brasileiros entre 16 e 18 anos, marginalizados dos bens produzidos pela sociedade, não sabe sua potencial condição de eleitores, faltando-lhes consciência e informação. Além do mais, acaso um jovem de 16 anos pratique um crime eleitoral, estará sujeito às regras do Estatuto da Criança e do Adolescente. Também não pode ser votado, sequer para Vereador (18 anos), porque não possui maturidade para tanto.

e) Acaso venha a ser reduzida a idade mínima para obtenção da Carteira Nacional de Habilitação, não haverá necessidade de alterar a maioridade penal, posto que o sistema das medidas socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando devidamente aplicado, é tão ou mais eficaz do que as do Código de Trânsito Brasileiro.

f) Ademais, tomemos o seguinte exemplo: Homicídio culposo ou lesões corporais culposas resultam em penas de detenção, geralmente convertidas em prestação de serviços à comunidade ou outra pena alternativa, enquanto que o ECA prevê medidas similares.

g) O Exército Brasileiro, pelo Ministério da Defesa, expediu Portaria nº 01, em 16 de janeiro de 2015²⁹¹, para vedar o certificado de registro para colecionador e atirador esportivo para menor de 25 anos de idade, demonstrando que não teria a maturidade suficiente para tanto.

Nesse contexto, ressalte-se que a cadeia já demonstrou ser punição insuficiente para ressocialização de um adulto. Acaso um adolescente tenha experiência precoce na cadeia, contribuirá para o aumento da criminalidade, “uma vez que a taxa de reincidência no sistema carcerário é superior à taxa nas instituições juvenis”²⁹².

Observe-se a superlotação, sem uma orientação educadora adequada, ou seja, a colocação em verdadeiras prisões e não em estabelecimentos educacionais, além da falta de capacitação dos profissionais envolvidos, certamente tais fatos colaboram pela imprecisão das medidas socioeducativas. Vê-se a necessária urgência em implementação de programas para efetivação satisfativa das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, que podem ser aptas a dar uma resposta socialmente justa e adequada a cada caso, com eficiência maior do que a mera retribuição penal e ingresso de adolescentes em prisões.

Dever-se-á utilizar todas as medidas possíveis (judiciais, extrajudiciais, políticas, administrativas, etc.) buscando uma melhor distribuição de renda com oferecimento de condições mínimas a todos e, posteriormente, com a consequente diminuição da criminalidade.

Em compromisso realizado no Manifesto de Belém pela Infância, ocorrido em 1º de junho de 1995, destacou-se que o país possui todos os requisitos “para assumir um papel de protagonista na formulação e implementação da política de atendimento aos direitos da criança e do adolescente, bem como na coordenação e execução das políticas e programas”²⁹³. Vê-se, portanto, que é obrigação dos gestores públicos a implementação e execução dessas políticas, o que não está sendo realizada.

Carlos Ferraz Batista e Manuel Morgado Rezende²⁹⁴ trazem uma passagem de que no livro “Crime e Castigo”, publicado no ano de 1866, o autor Fiódor Dostoiévski conta um romance acerca de um jovem russo Rodion Românovitch Raskólnikov, ex-

291 Art. 16. Fica vedada a concessão de CR para menor de vinte e cinco anos para as atividades de colecionamento e caça.

292 KAHN, Túlio. Delinquência juvenil se resolve aumentando oportunidades e não reduzindo idade penal. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira *et al* (Org.). *A razão da idade: Mitos e Verdades*. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p. 205.

293 *Ibid.*, p. 226.

294 BATISTA, Carlos Ferraz; REZENDE, Manuel Morgado. *Crime, castigo e a maioridade penal*. Taubaté: Cabral, 2008, p. 87.

estudante de Direito, que recebia ajuda financeira de sua mãe, e vivia isolado em um quarto escuro, com poucas (ou nenhuma) relações sociais. Raskólnikov, segundo o livro, adotou a diferença entre homem ordinário e extraordinário, sendo que este último poderia passar por cima de qualquer obstáculo para obter sua meta. Em um momento de angústia, Raskólnikov comete um crime de latrocínio, e depois de muita pressão pessoal confessa, o que levou ao castigo, com sua prisão na Sibéria. O autor encerra com um recomeço de Raskólnikov, depois de ter passado sete anos de pena, mostrando um sujeito aberto ao amor, espiritualidade e relações sociais. No contexto desse romance, observa-se a possibilidade de um restabelecimento da personalidade humana.

E é baseado nesse livro que os autores escrevem também sobre a maioria penal. Citam Calligaris, ao iniciar o Capítulo 4, sobre a formação sintomática: maioria penal, ocasião em que não questiona a maioria penal em si, mas sim o período máximo de internação de apenas três anos²⁹⁵.

Os autores aduzem que a diáde Crime e Castigo movimenta a dinâmica no tocante “à contenção da agressividade, constituição egóica, restrição ao prazer de descarga da pulsão agressiva e o sentimento de culpa”.

Nesse sentido, a distinção entre os sociopatas, com comportamentos antissociais e agressivos, e os delinquentes, nos quais atos antissociais são interpretados como uma formação sintomática neurótica de culpabilidade, são sempre questionadas, “embora elas explicitem incontestavelmente “modos delinquentiais” cuja diferença não escapa à pessoa”²⁹⁶.

A Escola Positiva e o paradigma lombrosiano permitiram a identificação dos delinquentes a partir de características próprias, psicológicas e biológicas. Dentre essas características, Cesare Lombroso elenca: os traumas, a analgesia (diminuição ou ausência de dor), a tatuagem, a vaidade, a reincidência, entre outros. Nas crianças, voltar-se para o mal seria tendencioso naquelas que possuíssem preguiça, ócio, vaidade, mentiras, etc²⁹⁷.

O discípulo de Lombroso no Brasil foi o médico Raimundo Nina Rodrigues, que publicou, no ano de 1894, “As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil”, no qual foi defendido que as chamadas “raças inferiores” mereceriam um tratamento

295 *Op. cit.*, p. 91.

296 MARCELLI, D.; BRACONNIER, A. *Adolescente e psicopatologia*. Tradução Fátima Murad, 6. ed. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 362.

297 LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Tradução Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007, p. 44.

penal diferente, “não apenas equiparando o negro a uma “criança grande” (por sua inferioridade mental e moral), como também embasando a degeneração antropológica na climatologia do país”²⁹⁸.

Raimundo Nina Rodrigues²⁹⁹ chegou a defender a utilização de códigos penais diversos para os superiores (brancos) e inferiores (não brancos) pois, caso contrário ocasionaria, “[...] impunidade com a aplicação ao nosso código desta desconveniência entre a consciência do direito e do dever nos povos civilizados e nas raças selvagens [...]”.

Com essas citações, vê-se que desde o seu aparecimento, o sistema penal é orientado pela diferenciação ou seleção de pessoas, o que é agravado em países como os nossos, onde impera a má distribuição de rendas.

Assim, o Direito Penal foi concebido para atuar de forma desigual, selecionando os “indesejados”. Nesse diapasão, na seara criminal o princípio da igualdade possui uma função importantíssima, ao apregoar, ainda que de forma ilusória, uma suposta segurança jurídica de que “todos são iguais perante as leis”.

Na fase da adolescência, os jovens sentem a necessidade de autoafirmação perante um grupo, no qual a consciência é coletiva e as responsabilidades divididas. Nesse grupo os interessados podem se entregar às suas paixões e assim se misturarem no coletivo, perdendo os sentidos de limites de sua individualidade³⁰⁰.

Os adolescentes, em grande parte com famílias desestruturadas, buscam outra família no grupo ou bando. Sem a presença de um pai, os filhos são órfãos e podem estabelecer suas próprias regras, de acordo com sua vontade.

Pelo simples fato de fazer parte de um grupo um indivíduo pode retornar à civilização inicial, podendo ser uma pessoa culta, quando sozinho, ou um “bárbaro”, quando em multidão³⁰¹.

Diante disso, observa-se que a maioria penal não é uma questão a ser estudada tão somente por políticos e juristas, mas por sociólogos, psicólogos e outros

²⁹⁸ GÓES, Luciano. Entre o criminoso e o primitivo: as perspectivas etiológicas funcionais à seletividade penal. In: ÁVILA, Gustavo Noronha de (Org.). *Fraturas do sistema penal*. Porto Alegre: Sulina, 2013, p. 124.

²⁹⁹ RODRIGUES, Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. 3. ed. Salvador: Progresso, 1957, p. 79.

³⁰⁰ BATISTA, Carlos Ferraz; REZENDE, Manuel Morgado. *Crime, castigo e a maioria penal*. Taubaté: Cabral, 2008, p. 101.

³⁰¹ FREUD, Sigmundo. *O ego e o id*. Tradução José Otávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997, p. 35.

profissionais, deixando-se de lado certas tradições e preconceitos, sem qualquer discriminação³⁰².

O pensamento de Carlos Ayres Britto, ex-ministro do Supremo Tribunal Feral, que é contrário à redução, foi estampado no artigo CNBB e OAB, e duramente criticado, sendo as críticas à redução da maioria penal, da Folha de São Paulo, escritas por Daniela Tófoli, Alencar Izidoro e Vinícius Abbate, onde trazem, inclusive, opinião dos pais da criança João Hélio e a do pai da adolescente Liana, vítimas de crimes praticados por adolescentes³⁰³.

Já a relatora do Estatuto da Criança e do Adolescente, Rita Camata, é favorável ao aumento do tempo de internação, chegando a apresentar, antes de deixar a Câmara dos Deputados, projeto de lei no qual aumentava de três para seis anos o tempo de internação para os adolescentes que cometessem crimes contra a vida e tráfico de drogas.

De fato, reduzir a maioria não resolverá a violência, pois não trará a segurança que a sociedade cobra, entretanto, aumentando-se o tempo de internação talvez se dê uma resposta à sociedade brasileira, ainda que a longo prazo³⁰⁴.

Assim, em uma corrente intermediária, inclusive aceita por Luiz Flávio Gomes e Cezar Roberto Bitencourt, estuda-se a possibilidade de alteração do período máximo de internação previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, atualmente de três anos, para que haja o aumento progressivo desse período, conforme a gravidade do

302 A respeito conferir: ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 89.

³⁰³ [...] As pessoas maiores de 16 anos e menores de 18 anos precisam é de oportunidade de trabalho, de estágio profissionalizante, num contexto social de verdadeira inclusão, afirmou Britto. Para ele, o diagnóstico sobre a redução da criminalidade passa pela necessidade, urgente, de distribuição de renda, de oportunidade de emprego e de educação. Os discursos de vítimas ‘diretas’ de crimes hediondos devem ser considerados e, obviamente, não se pode esquecer de que são constituídos por acentuado elemento afetivo. No artigo da Folha de São Paulo (2007), já mencionado – Primeira etapa foi vencida, o pai de João Hélio qualifica a votação sobre a maioria penal da seguinte maneira: A gente vê como uma vitória, uma primeira etapa vencida. Desde o que aconteceu com nosso filho, a gente vem defendendo a redução da maioria penal, mas apenas como um dos pontos necessários para diminuir a violência [...]”. [...]“Ari Friedenbach foi outra vítima do horror, sua filha Liana foi estuprada e morta em 2003 por um jovem de 16 anos. No mesmo artigo citado, Ari Friedenbach declarou que: “Sou favorável a que menores que cometem crimes hediondos, independentemente da idade, passem por uma perícia médica para se saber se têm consciência de seus atos. Se tiverem, devem ser emancipados e responderem pelo Código Penal, como os adultos” (2007, sem página). Em relação à aprovação do projeto (maioria penal) Ari Friedenbach comenta que: “Essa mudança não vai dar em nada. Acho que não deveria ter uma idade mínima estabelecida para os crimes hediondos [...] Cheguei a conclusão de que é preciso analisar o crime, o menor e punir justamente”. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/05/reducao-da-maioridade-penal-tem-mortal-efeito-domino-sobre-a-constituicao-diz-ayres-britto>>. Acesso em: 28 jan. 2016.

304 Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,relatora-do-eca-critica-reducao-da-maioridade-penal-e-defende-internacao-mais-longa-para-crimes-,1698377>>. Acesso em: 07 fev. 2016.

crime praticado.

É de se pensar se é razoável a fixação do período de internação, prevista no art. 121, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente de, no máximo, 03 (três) anos, para todo e qualquer ato infracional cometido. Ainda assim, há quem considere de uma necessária avaliação, posto que, nos termos das nossas legislações penais, para um adulto permanecer três anos no regime fechado, sua pena deverá ser fixada acima de dezoito anos de reclusão, eis que cumprido 1/6 da pena (ou os três anos que o adolescente cumpriria) terá direito a benefício, nos termos do art. 37, da Lei de Execuções Penais.

Outro ponto a ser estudado é a liberação compulsória do adolescente aos vinte e um anos de idade, nos termos do artigo 121, § 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, mesmo daquele que tenha cometido um crime bárbaro. Na Continente Europeu, para os atos infracionais mais graves praticados por adolescentes, observa-se a fixação desse período entre 06 (seis) a 08 (oito) anos de internação.

A Lei Federal nº 8.069/90 (ECA) muito significou na consolidação de conquistas pela doutrina da proteção integral às crianças e adolescentes, tanto que foi utilizada como paradigma para muitas legislações no continente americano. Contudo, os costumes e as práticas antigas ainda predominam na interpretação e na aplicação das normas veiculadas no ECA.

Vê-se, entretanto, que as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente não possuem a mesma natureza e intensidade das penas estabelecidas no Código Penal, até mesmo porque são regidas pelos princípios da brevidade, excepcionalidade e observância da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Ocorre que não há como negar o caráter repressivo (punitivo) das medidas socioeducativas, pois são, tanto quanto as sanções penais, mecanismos de defesa social, uma vez que permitem ao Estado delimitar a liberdade individual do adolescente em conflito com a lei.

A ideia é proporcionar a retribuição penal na justa dimensão do crime cometido, atendendo, inclusive, ao princípio da proporcionalidade insculpido na Constituição Federal, a qual exige maior rigor penal para os casos de maior gravidade (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV).

É pensar, portanto, na possibilidade de uma elevação da restrição de liberdade, com consequências diferenciadas e tratamento especial, fazendo-se necessário o

cumprimento em estabelecimento especial, onde o tratamento ressocializado, efetivamente individualizado, fique sob a responsabilidade de psicólogos, assistentes sociais, psiquiatras e terapeutas, e onde o adolescente pudesse desenvolver habilidades para sua reintegração no mercado, quando do retorno à sociedade.

De outro lado, alguns países recorrem à Justiça Restaurativa, que desafia a rever o significado dos valores fundamentais que condicionam as atuais práticas de justiça, sobretudo no enfrentamento desse problema. A experiência das nações que adotaram as práticas restaurativas tem mostrado serem estas extremamente eficazes no trato de adolescentes em conflito com a lei. Esse instituto, inclusive, pode ser utilizado como meio para adoção de práticas restaurativas, desde que as autoridades dela encarregadas (membro do Ministério Público, antes do processo, e o Juiz de Direito, durante o procedimento) promovam a participação do adolescente, de seus familiares e, inclusive, da vítima, na busca de uma efetiva reparação dos danos e de uma responsabilização consciente do menor infrator.

Os processos para o sistema das práticas restaurativas incluem mediação, conciliação, círculo de conferência e de sentença. Logo, as partes envolvidas nos crimes mais leves, decidem em conjunto, com orientação de um árbitro, terceiro imparcial, como resolverão o conflito, de imediato reparando-se efeitos do crime e as suas consequências futuras.

Além do mais, a redução da imputabilidade penal trará várias consequências, como exemplo, o impacto à economia, pois haverá, necessariamente, a construção de novos presídios, aumento de funcionários e de equipe profissional, e até mesmo aumento da criminalidade e violência, com custos para a saúde pública.

Destaque-se que o aumento da criminalidade afasta o investimento de empresas nacionais e estrangeiras na região, sendo que a sociedade é punida duas vezes: tanto com a prática do crime, quanto com o gasto financeiro para controlar a violência.

Tais valores deveriam ser utilizados na prevenção de crimes, em políticas de inclusão social (af abrangidas as da segurança pública), e não na perda das vítimas da violência. A segurança pública não é apenas investir na polícia, mas também existir investimento na área social (educação, saúde, moradia, emprego, etc).

Assim deve-se refletir com as teses que foram expostas sobre a redução ou não da maioria penal, bem como com as alternativas em busca do combate à criminalidade, em especial a punição mais severa pela prática de crimes mais graves, tendo como autores adolescentes.

5.3 ESTUDO CONSTITUCIONAL SOBRE A IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DA IDADE PENAL MÍNIMA

No estudo da Constituição, afirma-se que quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por cointerpretá-la. Logo, toda e qualquer atualização da Constituição Federal, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada³⁰⁵.

Nesse diapasão, podemos dizer que cidadãos são também intérpretes. Ou seja, a interpretação constitucional é uma “atividade” que, potencialmente, diz respeito a todos, sendo realizada diariamente. Quando, por exemplo, lemos um jornal, estamos usufruindo o direito à informação.

Há quem traga como crítica a essa nova forma de interpretação o fato de que poderá dissolver-se num grande número de interpretações e de intérpretes. Acontece que um país que tem por escopo a produção de uma unidade política e que afirma e reitera o postulado da unidade da Constituição Federal está obrigado a submeter-se a esta crítica.

Ademais, essa questão deve ser analisada tendo em vista a legitimação dos diferentes intérpretes da Constituição, sendo que, para os cidadãos, a legitimidade de interpretação tem por base a democracia.

Por sua vez, a democracia, segundo seus princípios jurídicos, é a negação da submissão, que tem por influência também a estrutura espiritual do indivíduo, denominada de sentimento constitucional³⁰⁶.

Assim, Pablo Lucas Verdú tem como importante a conexão entre o estudo da Constituição e o sentimento constitucional, pois, ao ter-se o direito constitucional como uma conquista, leva-se em conta elementos psicossociais e ideológicos que orientam e impulsionam essa conquista. “Tais direitos estão marcados, desde seus inícios, pelo entusiasmo social e pela consciência das classes políticas que o dirigiram frente ao absolutismo do Antigo Regime ou contra a dependência exterior”³⁰⁷.

O autor afirma que não se deve esquecer que tanto o sentimento constitucional demoliberal, essencialmente burguês em seus inícios, como a consciência e o sentimento revolucionários, foram utilizados ante legitimidades, estruturas e situações

305 BASTOS, Elísio. *Interpretação Constitucional – a quem cabe a tarefa de concretizá-la?*. São Paulo: Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 41, 2002, p. 249.

306 VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento Constitucional: aproximação ao estado do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução e prefácio Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 132.

307 *Op. Cit.*, p.140.

prévias que, por sua vez, contaram com suas correspondentes motivações e (até com) justificações emocionais³⁰⁸.

Prossegue afirmando que, para Edmund Burke, a Revolução de 1789 foi a mais importante de todas as revoluções que podem datar desse período, ou seja, uma revolução nos sentimentos, nas regras de conduta e nas opiniões morais.

E afirma que sempre existiu, na política britânica, uma consciência comum dos cidadãos, situada acima das contraposições partidárias e dos instáveis estados de opinião. Para tanto, contribuíram o caráter histórico da Constituição, sua natureza predominantemente consuetudinária, as convenções constitucionais que residem na virtualidade da opinião pública. Naquele caso, o sentimento constitucional dos britânicos não impediu o aparecimento, em diversos períodos, de escritos e tratados que versavam sobre a essência da Constituição.

Por sua vez, Ferdinand Lassale afirma que os problemas constitucionais são problemas do poder, sendo que a verdadeira Constituição tem por fundamento “os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social”³⁰⁹.

Nesse contexto, consoante apregoa Lassale, a Constituição é a base de qualquer Estado, mesmo sem a presença de um documento formal, sendo, pois, resultado dos fatores reais de poder. A própria junção dos documentos que caracterizam as relações de poder seja administrativo, burocrático ou qualquer outro, já configura um caráter de Constituição.

Ainda no tocante à interpretação constitucional, Omar Serva Maciel³¹⁰ traz uma comparação com a pintura *Guernica* de Picasso, dizendo que esta seria uma denúncia da guerra e seus horrores; republicana e serviria como defesa de valores como igualdade, liberdade e tolerância.

Assim, compara a pintura com as dimensões da hermenêutica/interpretação constitucional, devendo esta ser, a um só tempo, felicidade (sentimento), liberdade (valor-normativo) e luta (ação), dividindo-a em: a) Hermenêutica constitucional como sentimento de felicidade: Karl Loewenstein, Verdú e Hesse coadunam desse aspecto. A base constitucional, norte-americana, prevê a felicidade na Declaração de Independência

308 *Ibid.*, p.127-152.

309 LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985, p. 15.

310 MACIEL, Omar Serva. *A Constituição é feita por nós – um ensaio sobre três dimensões da Hermenêutica Constitucional*. Periódicos - Artigo de Periódico. Serva Data: 2006 Acervo: CJF – BIB.

de 1776 e, implicitamente, na sua Constituição. Para que haja felicidade, as constituições devem possuir uma origem democrática. O sentimento de felicidade constitucional remete ao otimismo e, por sua vez, à esperança. Há que se reconhecer a Constituição como elemento suficientemente apto a promover mudanças que tragam bem estar e sejam benfazejas à população; b) Hermenêutica constitucional como valor-normativo: a liberdade: não pode haver felicidade sem liberdade. Entende que a hermenêutica constitucional brasileira não tem sido livre, pois há diminuição do número de intérpretes e quem controla a Constituição, controla a sociedade (crítica ao sistema concentrado); c) Hermenêutica Constitucional como ação: defesa e luta: um dos modos de promover a liberdade é defendendo-a dos ataques contra ela dirigidos, velando pela defesa da Constituição, reprovando-se as condutas omissivas e comissivas contra ela dirigidas. A Constituição permeia nossa vida do acordar ao dormir. Todos nós praticamos a Constituição (ex: direito à informação). Rebate a revisão constitucional porque mudanças para adequar a evolução são feitas através de emendas.

Conclui Omar Maciel afirmando que a Guernica, pintura de Picasso é feita por nós, assim como a Constituição³¹¹.

E de fato é assim, pois o ordenamento jurídico, na realidade, somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade - forem reciprocamente consideradas³¹².

Hesse afirma que o pensamento constitucional do passado recente está marcado pelo isolamento entre a norma e realidade, como se constata tanto no positivismo jurídico (Paul Laband e Gerorg Jellinek), quanto no positivismo sociológico (Carl Schmitt). Os efeitos dessa concepção ainda não foram superados. A radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser (Sem) e dever ser (Sollen) não leva a qualquer avanço, muito pelo contrário, apenas confirma (confessa) a tese que atribui força determinante às relações fáticas³¹³.

Assim, para Hesse, a Constituição configura, além de um ser, também um dever ser, pois significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua

311 MACIEL, Omar Serva. A Constituição é feita por nós – um ensaio sobre três dimensões da Hermenêutica Constitucional. Periódicos – Artigo de Periódico. Data: 2006 Acervo: CJF – BIB.

312 HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991, p. 10.

313 *Op. cit.*, p. 13.

vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social³¹⁴.

Hesse enfatiza que a Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar sua pretensão de eficácia.

Na referida obra, Konrad Hesse cita Wilhelm Humboldt, o qual explicita os limites da força normativa da Constituição alegando que apenas “aquela Constituição que resulta da luta do acaso poderoso com a racionalidade que se lhe opõe pode conseguir desenvolver-se”. Ou seja, a Constituição deverá se vincular a um contexto histórico para, efetivamente, desenvolver-se³¹⁵.

Humboldt, em sua monografia sobre a Constituição Alemã (em 1813), provoca a reflexão de que todas as Constituições devem ter por base um contexto e suas circunstâncias, sendo “altamente precário pretender concebê-la com base, exclusivamente, nos princípios da razão e da experiência”³¹⁶.

Relata Hesse que a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e sua ordenação objetiva. Mas a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. Ele deverá converter-se em uma força ativa. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas³¹⁷.

Assim, Hesse afirma que a Constituição converter-se-á em força ativa caso se façam presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.

No tocante ao tema proposto, ainda que haja vontade popular pleiteando mudanças, destaca-se que o constituinte de 1988 previu algumas regras que foram eternizadas, eis que impossibilitadas de mudança até mesmo por emenda constitucional: as denominadas cláusulas pétreas (Art. 60, § 4º)³¹⁸. Dentre referidas regras encontramos a proteção dos direitos e garantias individuais.

314 “Não se pode definir como fundamental nem a outra normatividade, nem a simples eficácia das condições sociopolíticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenças, mas nunca separadas ou confundidas”.

315 HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991, p. 16.

316 *Op. cit.*, p. 16.

317 *Ibid.*, p. 17.

318 Conferir tópico 2.3.

O artigo 228 da Constituição Federal, embora não se encontre no artigo quinto, utilizando-se de uma interpretação constitucional sistemática, é extensão dos direitos individuais e, portanto, imutável, posto que trata de liberdade individual e privação da liberdade, ainda que indiretamente, assuntos assegurados no artigo quinto.

Assim, de forma alguma a Constituição Brasileira quis exaurir o rol de direitos fundamentais, principalmente em um único artigo. Tem-se em consideração que os direitos fundamentais são históricos, consistentes em um resultado de conquistas lutas, conforme o quadro social pelo qual a sociedade brasileira passou.

Ademais, o próprio art. 5º, em seu § 2º estabelece que os direitos e garantias constitucionais não excluem os decorrentes de tratados internacionais³¹⁹.

Por sua vez, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins no livro “Comentários à Constituição do Brasil”, ensinam que os direitos e garantias individuais previstos no art. 5º e § 2º incluem outros que estão espalhados pela Constituição e outros “que decorrem de implicitude inequívoca”³²⁰.

Para a doutrina majoritária, trata-se de “cláusula aberta” ou “princípio da não-tipicidade dos direitos fundamentais”.

Por outro lado, a justificativa utilizada para que a inimputabilidade penal não se encontre no próprio artigo quinto é a existência de um Capítulo específico destinado à criança e ao adolescente.

A inimputabilidade distanciou-se do art. 5º porque pela primeira vez em nossa história constitucional destinou-se um Capítulo exclusivo para tratar da família, da criança, do adolescente e do idoso³²¹, pelo que “não há dúvida de que a regra do art. 228, da Constituição Federal, apresenta natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias”³²².

Destaque-se que o primeiro enfrentamento em busca de evitar a criminalidade e a violência infanto-juvenil deve procurar a superação da condição de marginal (no

319 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

320 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 3.ed. v.2. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 345.

321 MAIOR NETO, Olympio de Sá Sotto. Sim à garantia para a infância e juventude do exercício dos direitos elementares da pessoa humana. Não à diminuição da imputabilidade penal. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira et al (Org.). *A razão da idade: Mitos e Verdades*. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p. 178-179.

322 Conferir: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. Coimbra: Almedina, 1999, p. 995.

sentido de estar à margem dos benefícios sociais) vivenciada por grande parte das crianças e dos adolescentes brasileiros. Apenas com o efetivo combate à marginalidade, estar-se-á cumprindo o Estatuto da Criança e do Adolescente e os documentos internacionais de proteção à criança, diminuindo ou até mesmo afastando a violência infanto-juvenil³²³.

De fato, a partir do momento em que o Poder Público passar a cumprir efetivamente o seu dever de assegurar a todas as crianças e aos adolescentes a educação e o exercício da cidadania, sem dúvida haverá diminuição da marginalidade e, conseqüentemente, também da criminalidade.

Por sua vez, as cláusulas pétreas constituem um núcleo irreformável da Constituição, que só podem ser alteradas através de manifestação soberana do povo, ou seja, por via de uma Assembleia Constituinte³²⁴. Assim, a inimputabilidade etária, muito embora tratada em outro Capítulo que não aquele das garantias individuais, integra “o arcabouço de proteção da pessoa humana do poder estatal projetado naquele e assim deve ser considerado cláusula pétrea (artigo 5º, § 2º)”, da mesma forma que a Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU³²⁵.

De fato, entende-se que o artigo 228 é cláusula pétrea, vinculado, inclusive, ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana³²⁶.

Há doutrinadores que entendem o inverso, a exemplo de Miguel Reale Júnior, ao defender que a fixação da idade da imputação penal não se configura como cláusula pétrea. Para ele, não é regra pétrea porque o dispositivo não foi incluído no art. 5º da Constituição Federal, referente aos direitos e garantias individuais mencionados no art. 60, IV, da Constituição, não existindo, portanto, “um direito fundamental ser reputado penalmente inimputável até completar dezoito anos”³²⁷.

No entanto, concorda-se com a maioria da doutrina que se inclina a considerar cláusula pétrea a inimputabilidade penal. A redução da idade penal mínima levará ao

323 MAIOR NETO, Olympio de Sá Sotto. Sim à garantia para a infância e juventude do exercício dos direitos elementares da pessoa humana. Não à diminuição da imputabilidade penal. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira *et al* (Org.). *A razão da idade: Mitos e Verdades*. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p. 183.

324 SILVA *apud* CUNHA, Vagner Silva da. *Redução da maioridade penal sob a ótica de uma sociedade excludente*: Um estudo de caso junto ao Conselho Tutelar e ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente em Pelotes, RS. Disponível em: <<http://www.dominionpublico.gov.br/download/teste/arqs/cp111399.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

325 *Ibid.*

326 MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 2176.

327 REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 73.

gigantesco aumento da capacidade das penitenciárias, “e somente teremos bandidos mais jovens e delinquindo por mais tempo; esses menores farão o aperfeiçoamento na delinquência no interior das prisões (verdadeiras fábricas de criminosos)”³²⁸.

Ainda, temos a Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, que adota a presunção absoluta de inimputabilidade do menor de dezoito anos, sob o fundamento de encontrar-se em formação de caráter³²⁹.

Cabe lembrar também que o Código Penal da Espanha, em vigor desde maio de 1996 (*Ley Orgânica* nº 10/95), constituindo-se, portanto, em um dos Códigos Penais europeus mais modernos, elevou a idade do menor para atribuir-lhe responsabilidade penal de dezesseis para dezoito anos (art. 19)³³⁰.

Por outro lado, a redução da maioridade penal sem a efetivação das políticas públicas, pouco contribuirá para diminuição dos índices de criminalidade, sendo mais uma mudança com pouca eficácia, caso os gestores continuem na remediação ao invés de trabalhar a prevenção.

Ainda, relacionando o direito com a economia, temos que a redução da maioridade penal surtirá efeitos de custos para o Estado, para a construção de mais presídios, compra de alimentos, aumento de processos no Judiciário e outros gastos necessários à preservação do sistema carcerário e que esses custos recairão sobre os contribuintes.

Assim, para aqueles que advogam pela manutenção da imputabilidade penal em dezoito anos, a exemplo de Luiz Flávio Gomes, a mudança na lei não será capaz de alterar a realidade, com a diminuição do crime³³¹.

Esclarece o referido Doutor que na verdade o adolescente já é responsabilizado desde os doze anos de idade, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, não sendo possível confundir impunidade (não punição) com imputabilidade, que é a aptidão para

328 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 457.

329 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 (dezoito) anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinquente adulto, expondo-o à contaminação carcerária.

330 Conferir tópico 4.2.

331 GOMES, Luiz Flávio. *O debate sobre a maioridade penal e suas falácias*. Disponível em: <<http://atualidadesdireito.com.br/lfg/2013/05/03/26111/>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

ser culpável.³³² O que é certo: a alteração da Constituição ou do Estatuto da Criança e do Adolescente não trará solução mágica.

Na verdade, o delinquente distingue-se do infrator pelo fato de não somente ser o autor do seu ato (autor responsável em função de certos critérios da vontade livre e consciente), mas também de se encontrar vinculado a seu delito por um feixe de fios complexos (instintos, pulsões, tendências, temperamento). A técnica penitenciária se exerce não sobre a relação de autoria, mas sobre a afinidade do criminoso com seu crime. O delinquente distribui-se em classes quase naturais, dotadas cada uma de suas características definidas e a cada uma cabendo um tratamento específico: o castigo legal se refere a um ato; a técnica punitiva a uma vida; cabendo-lhe, por conseguinte, reconstituir o ínfimo e o pior na forma do saber, modificar seus efeitos ou preencher suas lacunas através de uma prática coercitiva. Conhecimento da biografia e técnica de existência retreinada. A observação do delinquente deve retomar não só às circunstâncias, mas às causas de seu crime; procurá-la na história de sua vida, sob o triplo ponto de vista da organização, da posição social e da educação, para conhecer e constatar as inclinações perigosas da primeira, as predisposições nocivas da segunda e os maus antecedentes da terceira³³³.

Inegável é que o tema acerca da maioria penal possui sua relevância social e científica reconhecida, sendo o momento também oportuno para uma nova avaliação da realidade em análise, dado que o tempo de vigência da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente nos permite examinar sua eficácia e os impactos da norma no fenômeno em causa.

Entretanto, Konrad Hesse alerta como perigosa para a força normativa da Constituição a tendência de frequente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política, pois as reformas constitucionais expressam a ideia de que, efetiva ou aparentemente, se atribui mais valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente³³⁴.

Dentro desse contexto, não se vê possível a redução da idade penal mínima através de uma Emenda Constitucional, por se tratar de cláusula pétrea, ainda que tenha por base os parâmetros do sentimento constitucional que assola a sociedade, o contexto

332 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 263.

333 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 246.

334 HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991.

histórico da Constituição e a nova hermenêutica constitucional, com a ampliação dos intérpretes, tudo dentro dos limites do Estado Democrático de Direito. Essa mudança não pode advir do movimento pela lei e ordem, tão propagado, de forma desesperada, pela mídia.

De fato, é inconstitucional a redução da maioria penal em face do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição, que considera cláusula pétrea direito individual, como é a inimputabilidade penal. O motivo que levou o constituinte a incluir a maioria penal no rol das cláusulas pétreas foi o intuito de proteger os indivíduos que, pela sua idade e transformações dela decorrentes, não são capazes inteiramente de perceber a ilicitude de seus atos.

E assim demonstra a psicologia, posto que na fase da adolescência há diversas transformações que repercutem a conduta social do adolescente que, naturalmente, contesta os valores e regras a que foi submetido durante toda a sua infância, sendo que somente por volta dos dezenove anos que passa a ingressar na vida adulta.

E é esse aspecto trazido pelo autor Olympio de Sá Sotto Maior Neto, quando considera a necessidade de se respeitar a condição das crianças e dos adolescentes como pessoas em peculiar fase de desenvolvimento³³⁵.

A respeito, entende-se que avanços científicos na área médica podem distinguir comportamentos típicos da adolescência, para averiguar a existência da denominada “síndrome da adolescência normal”, que busca “além da reprodução do comportamento e usos do grupo (a conduta social, a fala, a vestimenta, etc.) também o insurgimento contra os valores estabelecidos pela sociedade”, considerando ainda que “ninguém passa pela adolescência sem a prática de atos antissociais ou infracionais”³³⁶.

Assim, de maneira radical, busca-se, com a ajuda dos estudos de outros ramos do conhecimento científico, reconhecer aos adolescentes, “sejam eles da classe social que forem, a possibilidade – absolutamente normal – de se insurgirem e violarem as regras estabelecidas pela sociedade”³³⁷.

Tal fato, entretanto, deverá ser analisado com cautela, pois aquele adolescente que viola a norma, colocando em risco a paz social, deve, sim, ser punido, considerando

335MAIOR NETO, Olympio de Sá Sotto. Sim à garantia para a infância e juventude do exercício dos direitos elementares da pessoa humana. Não à diminuição da imputabilidade penal. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira et al (Org.). *A razão da idade: Mitos e Verdades*. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p. 183.

336 *Op. cit.*, p. 183.

337 *Ibid.*, p. 186.

a gravidade do fato e a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, e não ser “acobertado” pela passagem da adolescência.

Entretanto, reconhece-se ser uma fase da vida marcada por transformações, dúvidas, frustrações e incertezas, na qual se deve afirmar sua identidade e buscar um sentido para a vida futura. Assim, caso os indivíduos sejam impedidos ou coibidos de manifestarem seus conflitos adolescentes, procurarão expressar de outra forma esse sentimento reprimido, acentuando a exclusão social. Assim, o jovem pobre possuirá dois conflitos simultâneos: a adolescência por si só e as dificuldades decorrentes da exclusão, ou seja, a falta de educação, saúde, cultura, etc³³⁸.

Por sua vez, filiamo-nos à corrente que entende que o artigo 227 e seus parágrafos são intocáveis, por trazerem direitos e garantias individuais. Além do mais, os princípios e direitos constantes no referido artigo traduzem a expressão da Normativa Internacional pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, promulgada pela Assembleia Geral em 1989 e ratificada pelo Brasil mediante voto do Congresso Nacional, passando a ser lei interna e com proteção constitucional, a teor do § 2º, do art. 5º, da CF/88.

Quando da elaboração da Constituição de 1988, em particular dos artigos 227 e 228, e também do artigo 104 do ECA, os legisladores consideraram que as crianças e os adolescentes se encontram em uma fase especial de “desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social”³³⁹. Portanto, “nenhuma criança e adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”³⁴⁰.

Conclui-se, *a priori*, que a maioria penal aos dezoito anos é cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, IV da CF/88, considerando o contexto democrático e sentimento social, possibilitando-se análises das políticas públicas capazes de gerar resultados mais eficazes no combate à criminalidade, inclusive suas causas. Estas sim, deverão ser analisadas minuciosamente.

Eventual mudança também é tida como inconstitucional por desrespeito ao princípio da igualdade, tão preconizado em vários artigos da Constituição, já que a

338 SCHMIDT, Fabiana. *Adolescentes privados de liberdade: A dialética dos direitos conquistados e violados*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 38.

339 Art. 3º, do ECA.

340 Art. 5º, do ECA.

garantia da igualdade reconhece “a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento” da criança e do adolescente, nos termos do artigo 227, § 3º, inciso V, da CF/88.

Nesse contexto, pode-se dizer que o modelo de inimputabilidade pátrio está baseado no Princípio da Igualdade, sendo este uma maneira de dar tratamento diferenciado para determinadas categorias de pessoas, com o intuito de garantir igualdade de condições, justificando, assim, o tratamento especial atribuído à criança e ao adolescente na Constituição Federal.

Em outras palavras, a separação em razão da idade diante da lei penal procede da tentativa de efetivação do princípio da igualdade por meio do tratamento peculiar à determinada categoria de pessoas. Jorge Miranda justifica o modelo de inimputabilidade adotado pelo Brasil, considerando que “a diferenciação ou a discriminação (positiva) tem em vista alcançar a igualdade e tais direitos ou vantagens configuram-se como instrumentais no rumo para esses fins”³⁴¹.

Para Márcia Corrêa, a redução da maioridade penal tornou-se “um impossível jurídico”, porque nem por emenda constitucional esse limite etário poderá ser diminuído³⁴². A previsão da maioridade penal aos dezoito anos é uma posição jurídica subjetiva, resguardada pela cláusula pétrea. No prefácio do livro da autora supracitada, Gilmar Ferreira Mendes aduz que “esse juízo permite à autora concluir pela existência de uma certa flexibilidade no que se refere à identificação dos direitos protegidos por cláusula pétrea”³⁴³.

Entretanto, deixa-se bem claro que preserva a autora a intocabilidade do núcleo essencial do direito à inimputabilidade penal aos menos de dezoito anos.

Miguel Reale Júnior, na Audiência pública sobre a redução da maioridade penal de 18 para 16 anos, realizada em 10/11/1999, citado no livro *A razão da idade*³⁴⁴, a respeito do mérito da questão, ou seja, se é ou não conveniente reduzir de 18 para 16 anos a imputabilidade penal, aduziu que se pode fazer dois enfoques: um relativo exclusivamente à criminalidade do menor, sem que se analise o contexto onde ele atua e

341 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. v. IV. Coimbra: Coimbra, 1988, p. 203.

342 CORRÊA, Márcia Milhomens Sirotheau. *Caráter Fundamental da Inimputabilidade na Constituição*. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira *et al* (Org.). *A razão da idade: Mitos e Verdades*. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p. 140-152.

343 CORRÊA, Márcia Milhomens Sirotheau. *Caráter Fundamental da Inimputabilidade na Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 27.

344 REALE JÚNIOR, Miguel. Audiência pública sobre a redução da maioridade penal de 18 para 16 anos, realizada em 10/11/1999. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira *et al* (Org.). *A razão da idade: Mitos e Verdades*. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p. 171.

o conjunto da situação socioeconômica na qual está inserido; outro enfocando o problema de forma mais ampla e aberta e analisarmos se é conveniente imputarmos criminalmente o menor de 16 anos. Abordando ambos os aspectos, entende-se que não é cabível a redução da idade penal mínima.

Na verdade, o Brasil não está em situação de aumento da criminalidade grave praticada por adolescentes. A criminalidade sempre existiu e sempre existirá, principalmente no caso de nosso país, no qual as promessas da Constituição cidadã ainda não foram cumpridas. E é assim que o Direito se torna o instrumento legítimo de transformação social e implementação dessas promessas, não podendo ser utilizado como agente excludente do outro.

Ademais, ainda é baixo o número de técnicos, psicólogos e assistentes sociais ligados à efetividade das medidas socioeducativas. O Estatuto da Criança e do Adolescente não está sendo cumprido, principalmente quando determina uma divisão dos adolescentes conforme suas idades, infração e compleição física.

É de se destacar que em nosso país tem-se o costume de acreditar na mudança da realidade com a alteração da lei. Ora, na verdade a realidade é que deve ser alterada para adaptar-se à lei. Para o adolescente infrator pouco importa o que uma nova lei dirá, o que trará de punição. Lei nenhuma tem o condão de impedir a prática do crime. Se assim fosse, nos países em que aceitam a pena de morte não haveria crime. Se assim fosse, na China, o criminoso não mais praticaria crime, porque seria morto em uma semana e a família ainda pagaria a bala.

Por outro lado, não se trata de culpar unicamente a pobreza como responsável pelos atos infracionais, mas também a desorganização social, pois muitos dos adolescentes infratores advêm de uma família sem estrutura, sem mãe presente. Nesse contexto de desorganização social simplesmente “jogar” o adolescente no sistema criminal não resolverá a questão, principalmente porque o sistema carcerário brasileiro encontra-se “inchado” e predominam os negros e pobres em seus estabelecimentos.

O discurso da diminuição da menor idade penal é unicamente ideológico e elitista, posto que é contra determinada classe social, com o intuito de segregação racial e social, motivo pelo qual desmerece legitimidade e se encontra em desarmonia com a Constituição Federal de 1988³⁴⁵.

345 RANGEL, Paulo. *A redução da menor idade penal: avanço ou retrocesso social? A cor do sistema penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 23.

Por sua vez, Beccaria de há muito ensinava que felizes seriam os países “que não esperam que revoluções lentas e vicissitudes incertas fizessem do excesso do mal uma orientação para o bem, e que, mediante leis sábias, apressaram a passagem de um para outro”,³⁴⁶.

Nesse contexto, entende-se que os legisladores deveriam buscar a elaboração de políticas públicas tendentes à diminuição das desigualdades sociais, visando a uma melhor distribuição de rendas, verdadeiro alvo para a melhoria de vida da população, incluindo-se também o combate à corrupção.

Por outro lado, não se pode sobreviver com base no “mito da democracia racial”. Na realidade, socialmente ainda há preconceito racial e o principal suspeito da polícia é o negro e pobre – e estão querendo ampliar esse rol para incluir os adolescentes, negros e pobres³⁴⁷.

A primeira punição deverá ser feita para aqueles que não dão escolas aos jovens, roubam a merenda escolar das escolas, pagam mal aos professores e ainda querem “descontar” nos adolescentes, investindo-se de um discurso eleitoral para angariar cada vez mais votos – já que um discurso punitivo e reacionário sempre é bem visto pela sociedade, desde que não seja dos seus filhos - e permitir mais corrupção³⁴⁸.

De fato, se houver punição para aquele que pratica corrupção no país, com o desvio de dinheiro público, ter-se-ão condições de investir em políticas públicas direcionadas aos jovens e, sendo assim, buscar diminuir a criminalidade que a todos assombra.

346 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. São Paulo: Edipro, 2015, p. 21.

347 RANGEL, Paulo. *A redução da menor idade penal: avanço ou retrocesso social? A cor do sistema penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 88-89.

³⁴⁸ “O jovem, dito infrator, é descartado pela sociedade, que alimenta o círculo vicioso que o exclui: o círculo das drogas. São as classes média, média alta e a elite da high society que alimentam o tráfico de drogas no País, mas quem paga o preço com a liberdade é o jovem da favela: o jovem negro, pobre e semialfabetizado com idade, em regra, entre 16 e 18 anos. É este que querem prender, diminuindo a menor idade penal. É este, segundo a elite burguesa do País, o culpado pela violência. O culpado por algumas instituições estarem mergulhadas na corrupção com falência moral decretada, acarretando perda do poder financeiro, que poderia ser usado na recuperação deles com mais educação, por exemplo. Faça as contas de quanto que se “roubou” dos cofres públicos apenas nos últimos 50 anos e diga se esse dinheiro não poderia tornar este País um País de 1º mundo. Se esse dinheiro não recuperaria a dignidade desses jovens perdidos para o crime em vez de colocá-los no cárcere. Se esse dinheiro não faria o Brasil hoje ser um exemplo na educação dos seus jovens, tornando-o um exportador de talentos em todas as áreas da ciência e da tecnologia”. RANGEL, Paulo. *A redução da menor idade penal: avanço ou retrocesso social? A cor do sistema penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 88-89.

6 CONCLUSÃO

O vasto material mencionado desaconselha o rebaixamento da maioria penal, porque não levará o Brasil a solucionar o crescimento da violência.

O que se buscou no presente trabalho não foi realizar concessões a um paternalismo, que vê sempre o adolescente como vítima da desigualdade social em toda e qualquer situação, nem também abusar de um rigoroso retribucionismo, que visualiza o adolescente como o marginal da sociedade, o responsável pelo aumento da criminalidade.

Tentou-se demonstrar as posições existentes com arrimo em nossa Constituição, em busca de encontrar um meio termo para que o adolescente seja punido justamente pelos atos ilícitos que vier a cometer, seja ele da classe alta, média ou baixa.

Inexiste defesa à Doutrina do Direito Penal Máximo, fundamentada no Movimento Lei e Ordem, que vislumbra a segurança com mais pena, cadeia, rigor nas leis; nem também defendemos os seguidores do Abolicionismo Penal, pelo qual a sociedade deve buscar novas alternativas para a criminalidade, priorizando inclusive os meios abertos de reprimenda, já que o aspecto retributivo faliu.

Não quisemos ser vistos como liberais favoráveis à impunidade, ou meramente “garantistas”. O que se quis mostrar é a impossibilidade e a ineficácia da diminuição da idade penal diante do aumento da criminalidade.

A experiência nos mostra que a realidade social e a Justiça devem estar presentes na vida do Direito.

Não se pode buscar uma solução tendo em vista unicamente as consequências dos fatos criminosos, mas também devem ser estudadas as causas que levaram à prática deles.

As crianças e adolescentes deste país anseiam por uma vida digna. Entretanto, não será jamais por meio de alteração na legislação e sim por meio de políticas públicas efetivas que iremos alcançar tal desiderato. Essas políticas públicas servirão como preventivas aos atos infracionais.

A iniciativa do Governo Federal Brasileiro em instituir a Secretaria Nacional da Juventude aponta para a necessidade das políticas públicas para esta faixa etária, como uma espécie de continuidade ao amparo e garantia de direitos de crianças e adolescentes.

Assim, a questão não é reduzir a idade penal mínima, mas cumprir as medidas que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, através da implementação de políticas públicas direcionadas a tanto.

Como foi discutido, os adolescentes que chegam à internação, em regra, são provenientes de classes baixas, ou seja, aqueles que não tiveram oportunidade de saúde, educação, habitação, alimentação, etc.

Em um primeiro momento, portanto, além da implementação de políticas públicas, a solução para o problema deve estar contida na efetivação da execução das medidas socioeducativas, principalmente da internação e da liberdade assistida, com acompanhamento, auxílio e orientação, promoção social do adolescente e de sua família, inserção no sistema educacional e mercado de trabalho, enfim, possibilitando uma verdadeira reabilitação do jovem, o que hoje não vem sendo possível.

Ademais, é inconcebível que o Brasil, cuja legislação é referência no mundo inteiro, realize esse retrocesso nesta matéria. Reduzir a idade penal é ir na contramão da história. É querer retornar a um país escravocrata, com raízes históricas da Europa com base em alienação e subjugação do outro. Democracia não se constrói com o encarceramento de jovens. A sociedade democrática deve sempre avançar e não retroceder.

Caso haja mudança na fixação da maioria penal, esta será ineficaz, posto que mesmo se a Constituição permitisse essa modificação – pois se entende ser cláusula pétrea, o adolescente, ao sair da prisão, encontraria as mesmas condições sociais que o levaram a transgredir, a exemplo da desigualdade social e, provavelmente, reincidiria.

De outra forma, somos favoráveis à aplicação da proporcionalidade quando da fixação do tempo de internação do adolescente que, a nosso ver, deverá ser maior do que os três anos atualmente previstos, principalmente para os crimes de homicídio e latrocínio, ainda que ultrapassado o limite etário de 21 anos de idade para a liberação.

Como dito, para além da alteração legislativa, há necessidade de efetiva implantação de políticas públicas infanto-juvenil.

De fato, normas não constroem escolas e nem equipam hospitais, apenas dando um norte para a atuação dos poderes constituídos.

Nesse aspecto, destaque-se que os poderes constituídos estão obrigados a serem exercidos com fulcro na vontade da sociedade, expressa nas leis, até para que não se deixe de ter decisões democráticas.

O que tem ocorrido é que os governos municipal, estadual ou federal não estão fazendo a sua parte, isto é, não adequaram unidades e programas de atendimento aos adolescentes em conflito com a lei.

Diante do não cumprimento de seu papel há, no mínimo, que se desconfiar de qualquer pronunciamento governamental a favor da redução da maioria penal.

Ora, como é que alguém que se omitiu e negou o cumprimento efetivo do Estatuto da Criança e do Adolescente por mais de vinte e cinco anos vem propor alteração da idade dos que são abrangidos nessa lei? Como o Estado coloca em pauta uma discussão como essa sem que cumpra a sua parte no pacto realizado com a sociedade? Com base em que parâmetros, já que não temos um único Estado cujo atendimento ao infrator tenha funcionado conforme o Estatuto propõe?

Pelo contrário, vislumbra-se constantemente rebeliões, maus tratos, tortura e violência tanto em presídios quanto em estabelecimentos para adolescentes em conflito com a lei, fazendo com que essas duas unidades de privação de liberdade sejam, infelizmente, bastante semelhantes, ou como foi denominado pelo relatório do CNMP, verdadeiros “pequenos presídios”. É impressionante a quantidade de presos que morrem em rebeliões por superlotação carcerária e também por doenças.

Nesse contexto, voltamos a indagar: é realmente necessária essa alteração? Por que insistir em um modelo que não deu certo? Se os presídios não recuperam nem os adultos, por que recuperariam os jovens?

Tem-se que analisar as causas das infrações cometidas pelos adolescentes não apenas sob um ponto de vista individual, como também considerando uma perspectiva histórico-social, e até mesmo psicológica.

Não se pode querer condenar os adolescentes, reconhecidos constitucionalmente como detentores de uma “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”, a serem colocados atrás das grades, diante de erros do governo e da própria sociedade.

Querer buscar unicamente um modelo punitivo, sem vislumbrar alternativas que promovam o ser humano, é retroceder historicamente.

No contexto da realidade carcerária brasileira, eventual redução da maioria penal afrontaria o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, implicando em flagrante lesão ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Nada justifica tal mudança: nem diante do princípio da proteção integral acolhido em nosso país, seja por leis nacionais ou tratados internacionais, nem no aspecto relativo à política criminal.

O que se busca com a diminuição da maioria penal não é diminuir a violência, mas sim aumentá-la, diante da ausência de vontade política de resgatar a dignidade dos jovens, o discurso político mais fácil e que ganha mais eleitores é o de encarcerá-los. É a política do quanto maior o número de presos, mais seguros estaremos.

Até quando vamos mascarar o que realmente necessita ser reduzido em nosso país?

Entende-se que a criminalidade juvenil crescente deve ser combatida em sua origem: a miséria e a deseducação. Essas sim deverão ser reduzidas.

Enfim, para a prevenção dos crimes entende-se necessária a existência de leis simples e claras, que sejam defendidas por uma nação inteira, sem que haja preocupação de constantemente destruí-las e, principalmente, de implementação de políticas públicas visando à inserção social.

O jovem deve ser visto como a promessa de um futuro melhor para o País, e não como futuro integrante de presídios. Não se deve apostar no cárcere, mas na educação deles. Prendê-los, colocando em cadeias, é fácil. Difícil é dar-lhes oportunidades para a inclusão social, respeitando sua dignidade.

REFERÊNCIAS

ABERASTURY, Arminda; KNOBEL, Maurício. *Adolescência Normal: Um enfoque psicanalítico*; tradução Suzana Maria Garagoray Ballve, Porto Alegre: ARTMED, 1981.

AFONSO, Edinaldo de Araújo. *A redução da maioridade penal*. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2008.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck (Org.). 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1999.

ALMEIDA, G. A. *Liberdade e Moralidade em Kant*. ANALYTICA, v. 2, n. 1, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ÁVILA, Gustavo Noronha de (Org.). *Fraturas do sistema penal*. Porto Alegre: Sulina, 2013.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*. Brasília: História do Direito Brasileiro, 1886.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 3. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Elísio. *Interpretação Constitucional – a quem cabe a tarefa de concretizá-la?* São Paulo: Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 41, 2002.

BATISTA, Carlos Ferraz; REZENDE, Manuel Morgado. *Crime, castigo e a maioridade penal*. Taubaté: Cabral, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

_____. *Sobre Educação e Juventude*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. *Maioridade penal e o direito penal emergencial*. Disponível em: <<http://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814052/maioridade-penal-e-o-direito-penal-simbolico>>. Acesso em: 19 jan. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 17. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOUERI, Aline Gatto. *Redução da maioridade penal: de quem é o risco?*. Disponível em <<http://www.comunidadesegura.org/pt-br/node/32167>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Brasília: 1988.

_____. *Lei Federal nº 8.069/90 de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Brasília: 1990.

_____. *Decreto-Lei nº 2848 de 7 de dezembro de 1940*. Institui o Código Penal.

_____. *Mini Código Penal*. Exposição de motivos do Código Penal. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. v. 1. tomo 1. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

CABRAL, Maria Clara. *Redução de maioridade penal divide políticos*. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/0,,OI1405693-EI316,00.html>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

CALLEGARI, André Luís (Org.). *Direito Penal e globalização: sociedade do risco, imigração irregular e justiça restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CALLIGARES, C. Fama e narcisismo. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq1503200718.htm>>. Acesso em: 22 dez. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *A questão da diminuição da maioria penal*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.phpn_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3714>. Acesso em: 28 abr. 2014.

CARRIDE, Norberto de Almeida. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*. Campinas: Servanda, 2006.

CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Direito do menor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHAVEZ, Antônio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Um olhar mais atento nas unidades de internação e semiliberdade para adolescentes - Relatório da Resolução 67/2011*. Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/portal_2015/images/stories/Destaques/Publicacoes/Relat%C3%B3rio_Interna%C3%A7%C3%A3o.PDF>. Acesso em: 06 fev. 2016.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Direito Penal na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CORRÊA, Márcia Milhomens Sirotheau. *Caráter fundamental da inimputabilidade na Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira *et al* (Org.). *A razão da idade: Mitos e Verdades*. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001.

CUNHA, Rogério Sanches; LÉPORE, Paulo Eduardo e ROSSATO, Luciano Alves. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CUNHA, Vagner Silva da. *Redução da maioria penal sob a ótica de uma sociedade excludente: Um estudo de caso junto ao Conselho Tutelar e ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente em Pelotas, RS*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp111399.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

CURY, Munir (Coord.) *et al*. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: Comentários jurídicos e sociais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

- DEZEM, Guilherme Madeira; AGUIRRE, João Ricardo Brandão; FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidade de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2003.
- DIP, Ricardo. *Direito Penal: linguagem e crise*. Campinas: Millennium, 2001.
- D´AGOSTINI, Sandra Mári Córdova. *Adolescente em conflito com a lei & a realidade!* 5. reimp. Curitiba: Juruá, 2011.
- ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. *Garantismo: Uma discussão sobre Direito e Democracia*; tradução Alexander Araújo de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- FERREIRA, Eduardo Dias de Souza. *Liberdade assistida no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Fapesp, 2010.
- FERREIRA, Rodrigo Eustáquio. *Os princípios e métodos da Moderna Hermenêutica Constitucional (MHC)*. Análise com breves incursões em matéria tributária. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2764, 25 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18341>>. Acesso em: 08 mar. 2016.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Ciência e Experiência do Direito Penal. In: FRAGOSO, Fernando (Org.) *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- FREUD, Sigmundo. *O ego e o id*. Tradução José Otávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 7. ed. v. 1. tomo I. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GARCIA, Maria. Juventude e violência: a maioridade penal e a ética da responsabilidade. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 62.
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

GOMES, Luiz Flávio. *O debate sobre a maioria penal e suas falácias*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/05/03/26111/>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

GOMES, Olegário Gurgel Ferreira. *Justiça Juvenil: socioeducação como prática da liberdade*. Curitiba: Juruá, 2014.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria Discursiva*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=257>. Acesso em: 13 fev. 2016.

_____. *Teoria de la acción educativa: complementos y estudios previos*. Madrid: Catedra, 1997.

HECK, Luís Afonso (Org.). *Constitucionalismo discursivo*. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. I. tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente – Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2005.

JESUS, Damásio E. de. *Justiça Restaurativa no Brasil*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7359/justica-restaurativa-no-brasil>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

JORGE, Éder. *Redução da maioria penal*. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/3374/reducao-da-maioridade-penal>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

KOERNER JÚNIOR., ROLF. A menoridade é carta de alforria? In: *O Ato Infracional e as Medidas Socioeducativas*, Subsídios 6, para a Assembleia Ampliada do Conanda, Brasília, 2 e 3 de setembro de 1996, Conanda, apoio Unicef e Inesc

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

LEITE, Marcelo Santos. *A influência dos grupos de pressão na interpretação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LINS E SILVA, Evandro. De Beccaria a Filippo Gramática. In: João Marcelo de Araújo (Org.) *Sistema penal para o terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

LOPES, Jacqueline. *Aumento do tempo de internação de jovens infratores abre polêmica*. Disponível em <<http://www.promenino.org.br/Ferramentas/DireitosdasCriancaseAdolescentes/tabid/77/ConteudoId/d03d7ed7-c1f9-49db-80d4-d2cf0e092948/Default.aspx>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

LUCAS, Charles. *De la reforme des prisons, de la théorie l'emprisonnement*. v. I, Paris: Legrand et J. Bergounioux, 1836.

LUÑO, Antonio Erique Pérez. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1990.

MACIEL, Omar Serva. *A Constituição é feita por nós – um ensaio sobre três dimensões da Hermenêutica Constitucional*. Periódicos. Artigo de Periódico. Data: 2006. Acervo: CJF – BIB.

MARCELLI, D.; BRACONNIER, A. *Adolescente e psicopatologia*. Tradução Fátima Murad, 6. ed. Porto Alegre: Artmed, 2007.

MAPA mundi da maioria penal. *Egov, Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/mapa-maioridade-penal-no-mundo>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

MARTINS, Rogério Gandra. Maioridade penal e discernimento. *Folha de S. Paulo*. 13 maio 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2013/05/1277461-rogerio-gandra-martins-maioridade-penal-e-discernimento.shtml>>. Acesso em: 29 abr. 2014.

MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. BASTOS, Celso Ribeiro Bastos; MARTINS, Ives Gandra (Org.) v. 4. tomo 1. São Paulo: Saraiva, 1989.

MATOS, Martinho Ciriaco de. *A redução da maioria penal: o holismo no Direito*. Salvador: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial*.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. v. 4. Coimbra: Coimbra, 1988.

MIRANDA, Muniz. *Juventude: mais escolas, menos prisões!*. Disponível em: <http://www.vermelho.org.br/noticia_print.php?id_noticia=262118&id_secao=82>. Acesso em: 07 jan. 2016.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NETO, Olympio de Sá Sotto Maior. *Ato infracional, medidas socioeducativas e o papel do sistema de justiça na disciplina escolar*. Disponível em <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_24_2_3.php>. Acesso em: 27 abr. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Laura M.; TRINDADE, Jorge. *Delinquência: percursos criminais: desenvolvimento, controle, espaço físico e desorganização social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. *Criminologia: trajetórias transgressivas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *A fábrica de penas: racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

PAVÃO, A. *A Imputabilidade moral na Crítica da Razão Pura*. Cadernos de Filosofia Alemã, 2000.

PÉREZ LUÑO, Antonio Erique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1990.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1994.

RANGEL, Maurício. *A Constitucionalidade da redução da maioria penal em face de sua natureza de regra de política criminal*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8036>. Acesso em: 19 nov. 2014.

RANGEL, Paulo. *A redução da menor idade penal: avanço ou retrocesso social? A cor do sistema penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RIDOLA, Paolo. *A dignidade humana e o “princípio liberdade” na cultura constitucional europeia*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Tradução Carlos Luiz Strapazzon, Tula Wesendonck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

RODRIGUES, Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. 3. ed. Salvador: Progresso, 1957.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A parte obscura de nós mesmos: uma história dos perversos*; tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

RUBIN, Daniel Sperb. *Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade*. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/32007925/Janelas-Quebradas-Tolerancia-Zero-e-Criminalidade-Daniel-Sperb-Rubin>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

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.

_____. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e Ato Infracional*. 3. ed., rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Desconstruindo o Mito da Impunidade – Um ensaio de Direito (Penal) Juvenil*. Brasília: CEDEDICA, 2002.

SARAIVA, Paulo Lobo. *A comunicação social na Constituição Federal de 1988*. Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2003.

SCAPINI, Marco Antônio de Abreu. *Criminologia e desconstrução: um ensaio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SCHMIDT, Fabiana. *Adolescentes privados de liberdade: A dialética dos direitos conquistados e violados*. Curitiba: Juruá, 2011.

SÊDA, Edson. *Construir o passado ou como mudar hábitos, usos e costumes, tendo como instrumento o Estatuto da Criança e do Adolescente*. Série Direitos da Criança 2. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha. *Da inimputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da Psicopatologia e da Antropologia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SOARES, Janine Borges. *A construção da responsabilidade penal do adolescente no Brasil: uma breve reflexão histórica*. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id186.htm>>. Acesso em: 09 fev. 2016.

STRECK, Lênio Luiz. *Constituição: limites e perspectivas da revisão*. Porto Alegre: Rígel, 1993.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2. ed. rev. Ampl. Porto Alegre: BR: Livraria do Advogado, 2000.

TASSE, Adel El. *O que é a impunidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

TEIXEIRA, Alessandra. *Prisões da Exceção: Política Penal e Penitenciária no Brasil Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2009.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Crimes Hediondos, Fascículos de Ciências Penais*. n. 2. Porto Alegre: Fabris, 1987.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento Constitucional: aproximação ao estado do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução e prefácio Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VOLPI, Mário (Org.). *Adolescentes privados de liberdade: a Normativa Nacional e Internacional & Reflexões acerca da responsabilidade penal*. FONACRIAD – impresso no Brasil fevereiro de 2006. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

VOLPI, Mário. *O adolescente e o ato infracional*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da Miséria*. Tradução de André Telles. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

ANEXO I - QUADRO COMPARATIVO³⁴⁹

PAÍS	IDADE DA RESPONSABILIDADE PENAL JUVENIL	MAIORIDADE PENAL (IMPUTABILIDADE PENAL)
Alemanha	14	18-21 (legislação especial)
Argentina	16	18
Argélia	13	18 (dos 13 aos 16 anos o adolescente está sujeito a uma sanção educativa e como exceção a uma pena atenuada a depender de uma análise psicossocial. Dos 16 aos 18, há uma responsabilidade especial atenuada).
Arkansas/EUA		21
Áustria	14	19
Bélgica	16	18
Bolívia	12	16-21 (legislação especial)
Bulgária	14	18
Califórnia/EUA		21
Canadá	12	14-18 (14 anos só delitos de extrema gravidade)
Chile	14	18
Colômbia	14	18
Costa Rica	12	18
Dinamarca	15	18-21 (legislação especial)
Egito		15
Eslováquia	15	18
Eslovênia	14	18
Espanha	12	18-21 (legislação especial)
Equador	12	18
Finlândia	15	18
França	13	18
Grécia	13	18-21 (legislação especial)
Holanda	12	18
Hungria	14	18
Índia		15
Inglaterra	10-15 (para delitos graves)	18-21
Irlanda	12	18
Itália	14	18-21 (legislação especial)
Japão	14	21
México	11 (na maioria dos estados)	18
Noruega	15	18

349

Com base nos dados disponíveis em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=323>>. Acesso em: 13 fev. 2016, bem como nas demais obras constantes no presente trabalho.

Panamá	14	18
Paraguai	14	18
Peru	12	18
Polônia	13	17-18 (legislação especial)
Portugal	12	16-21 (legislação especial)
Romênia	16	18-21 (legislação especial)
Suécia	15	18
Suíça	7-15	18)
Uruguai	13	18
Venezuela	12-14	18
Wyoming/EUA		19, sexo masculino; 21, sexo feminino

ANEXO II

Relatório da Resolução nº 67/2011, publicado pela Comissão da Infância e Juventude do Conselho Nacional do Ministério Público - “Um OLHAR mais ATENTO nas unidades de internação e semiliberdade para ADOLESCENTES - Relatório da Resolução 67/2011” - 02 de fevereiro de 2016³⁵⁰:

Têm sido recorrentes as notícias de atos infracionais violentos cometidos por adolescentes em todo o país, notadamente nos grandes centros urbanos. A repercussão e a veiculação crescente desses atos nos meios de comunicação têm recrudescido na opinião pública a convicção de que o Estatuto da Criança e do Adolescente dispensaria tratamento excessivamente benevolente aos infratores e, por esta razão, tem-se sugerido amiúde que aos adolescentes em conflito com a lei sejam impostas as medidas sancionatórias mais rigorosas, mais próximas do direito penal, traduzidas, por exemplo, na redução da maioridade penal.

Entretanto, aqueles que lançam críticas ao tratamento dado aos adolescentes em conflito com a lei nem sempre se interessam em perscrutar em que grau as medidas socioeducativas no País acompanham os balizamentos trazidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A resposta, exibida em números nos gráficos que compõem a presente publicação, mostra que o cumprimento das medidas socioeducativas, especialmente as restritivas de liberdade – internação e semiliberdade – está muito longe do modelo do ECA: os espaços que deveriam ser de ressocialização mais se assemelham a presídios e penitenciárias, com altos índices de superlotação, em alguns Estados, e pouquíssimas oportunidades de formação educacional e profissional.

Um olhar mais atento às unidades de internação e semiliberdade no país levamos a algumas reflexões: podemos afirmar que o modelo ressocializador do ECA fracassou, se considerarmos que ele sequer foi implantado dentro das unidades de internação e semiliberdade? A solução para o enfrentamento das questões envolvendo adolescentes em conflito com a lei deve ser encontrada no atual sistema penal? Em que medida o ECA é apenas um ideal no papel? Não sem razão, o Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo¹, ainda em fase de elaboração coletiva, reconhece textualmente “o quanto o sistema socioeducativo ainda não incorporou e, portanto, não universalizou em sua prática os avanços conquistados na legislação” e, por isso, propõe metas para a sua reformulação e aperfeiçoamento.

Sem perpassar pelo polêmico debate em torno da redução da maioridade penal, o que este relatório objetiva é ir além da superficialidade e dos apelos midiáticos, subsidiando, com dados confiáveis, qualquer discussão em torno desse tema ou qualquer ação voltada para as reais condições de cumprimento de medidas de internação e semiliberdade, visando à proposição de alternativas que

³⁵⁰ Conselho Nacional do Ministério Público. “Um OLHAR mais ATENTO nas unidades de internação e semiliberdade para ADOLESCENTES - Relatório da Resolução 67/2011”. Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/portal_2015/images/stories/Destaques/Publicacoes/Relat%C3%B3rio_Interna%C3%A7%C3%A3o.PDF>. Acesso em: 06 fev. 2016.

efetivamente (re)direcionem o adolescente infrator de volta à sua comunidade com condições de lá permanecer, crescer e construir.

Nesta primeira publicação, foram compilados os dados cuidadosamente coletados por promotores de justiça em todo o país nas inspeções realizadas pessoalmente, em março de 2012 e março de 2013, em 88,5% das unidades de internação e de semiliberdade para adolescentes e jovens em cumprimento dessas medidas socioeducativas.

Trata-se de fiscalizações cometidas ao Ministério Público pelo art. 95 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e regulamentadas pela Resolução nº 67/2011 deste Conselho Nacional do Ministério Público. Nas inspeções, foram verificados diversos aspectos relacionados ao cumprimento das medidas: desde as instalações físicas de cada uma dessas unidades e gestão de recursos humanos, passando pelo perfil do adolescente, atendimento sociofamiliar, articulação com a rede de apoio, até o cumprimento de todas as diretrizes técnicas estabelecidas no Estatuto da Criança e Adolescente e legislação relacionada.

O que se destaca na atuação do Ministério Público não é apenas a coleta de dados em expressivo número de estabelecimentos voltados à internação e semiliberdade - 392 de um total de 443 em todo o país - mas sobretudo a qualidade desses dados, obtidos a partir do preenchimento de formulário com mais de oitenta abrangentes quesitos, respondidos a partir de avaliações feitas nas próprias unidades.

Trata-se de uma fonte de consulta de valor inestimável, dada a confiabilidade das informações colhidas *in loco*, para que ações e estratégias venham a ser pensadas e desenvolvidas no âmbito do Ministério Público e dos demais órgãos do Sistema de Garantia de Direitos em favor dos adolescentes e jovens em conflito com a lei e da sociedade, que deseja vê-los verdadeiramente ressocializados.

Não se pode deixar de reconhecer e enaltecer, neste momento, o valoroso trabalho realizado pelos promotores de justiça em todas as unidades da Federação, com o apoio dos Procuradores-Gerais de Justiça, Corregedorias-Gerais, Centros de Apoio Operacional da Infância e Juventude e equipes técnico-profissionais, sem o que a produção e a análise de dados a seguir jamais seria uma realidade.

Neste particular, cabe registrar o esforço singular realizado pelos membros do Ministério Público dos Estados de Alagoas, Amazonas, Amapá, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Paraná, Rio Grande do Norte, Roraima, Sergipe e Tocantins, além do Distrito Federal, que inspecionaram até março de 2013 100% das unidades de internação e semiliberdade ali instaladas, bem como dos Estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro e Santa Catarina, com percentuais superiores a 90%.

A presente publicação vai muito além da reunião e análise dos dados obtidos nas inspeções. É um compromisso do Conselho Nacional do Ministério Público para, em diálogo permanente com as unidades do Ministério Público e com os demais órgãos incumbidos da defesa e promoção dos direitos do adolescente, buscar aproximar o cumprimento das medidas socioeducativas de internação e semiliberdade dos nobres objetivos traçados pela Lei nº 8.069/1990, e pela recente Lei nº 12.594/2012, que instituiu o SINASE e regulamentou a execução das medidas socioeducativas no país.

Dos resultados obtidos é possível identificar as linhas de ação prioritárias, de que se devem ocupar, em conjunto, os órgãos que compõem o Sistema de Garantia de Direitos e toda a sociedade, no

esforço permanente de tornar efetivo o primado da proteção integral. O quadro aqui revelado representa o Brasil de hoje. E é sobre os jovens de hoje que a sociedade deve estar debruçada. Entre estes jovens estão todos os que passam pelo sistema socioeducativo. O tão esperado Brasil do amanhã não será diferente da realidade atual se a prioridade absoluta na garantia dos seus direitos não se transformar desde agora em ações concretas e eficazes³⁵¹.

[...]

As informações deste relatório comprovam que o cumprimento das medidas socioeducativas, especialmente as restritivas de liberdade – internação e semiliberdade – está muito longe do que preconiza a Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e o modelo do ECA: há superlotação, poucas oportunidades de formação educacional e profissional, espaços insalubres, rebeliões nas unidades, fugas, dificuldades de atendimentos de saúde, entre tantos outros.

O que se verifica, pelos dados colhidos, no que se refere aos adolescentes em conflito com a lei, é uma grande indiferença à doutrina da proteção integral trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Como se pode analisar nos dados e gráficos, faltam, em muitas unidades, os espaços para escolarização, profissionalização, práticas esportivas, lazer e cultura. Ademais, é preciso incentivar o protagonismo, a participação e a autonomia dos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas.

No que diz respeito às melhorias do sistema como um todo, deve-se observar também para o fortalecimento do meio aberto de modo geral para conter mais e progressivamente a entrada para o meio fechado. Em relação a estes, o maior desafio é transformá-los em verdadeiras unidades socioeducativas, e não em pequenos presídios, como ainda prevalece em boa parte do sistema.

Os programas de execução de medidas socioeducativas devem permitir que os adolescentes se preparem para a cidadania e que aprendam a criar perspectivas de vida, o que somente será possível se o sistema for plenamente socioeducativo, com educação plena e de qualidade, preparação para o trabalho, participação e integração social.

Esses programas devem ainda garantir o acesso às atividades esportivas, ao lazer, à cultura, aos programas de saúde integral, de forma a contemplar a integralidade do ser humano, com uma atenção sistêmica ao seu desenvolvimento físico, mental e social.

A família também é parte fundamental no processo socioeducativo, e por isso, precisa ficar mais próxima dos adolescentes, permitindo a convivência e a participação de todos na condução da política socioeducativa, ressaltando que deve haver uma atenção especial aos egressos e a sua reintegração familiar e social.

As mudanças mais substanciais somente virão com muitos investimentos em todo o sistema e com a elaboração dos Planos Estaduais e Municipais do SINASE, razão pela qual o CNMP lançou, em maio de 2014, a Ação Estratégica Nacional pelo SINASE, estimulando a articulação entre os Ministérios Públicos para que sejam cobradas e fiscalizadas as construções dos Planos Decenais de Atendimento Socioeducativo nos âmbitos Estaduais e municipais.

³⁵¹ Prefácio de Taís Schilling Ferraz - Conselheira do CNMP - Presidente da Comissão da Infância e Juventude.

Como já ressaltado, a Comissão da Infância e Juventude deste Conselho lançou, em maio de 2014, a Ação Estratégica nacional pelo SINASE, visando ao destaque na cobrança para a construção dos Planos Decenais de Atendimento Socioeducativo nos âmbitos Estaduais e municipais. Está sendo realizado um monitoramento da construção desses planos em todos os Estados por meio de Procedimentos Internos de Comissão instaurados para esse acompanhamento evolutivo.

Os resultados preliminares têm sido positivos e mostram que, apesar de todas as dificuldades, os Ministérios Públicos dos Estados e Distrito Federal estão extremamente preocupados e comprometidos em cobrar a construção e a execução desses planos decenais, que serão instrumentos valiosos para qualificar o atendimento socioeducativo.

Sabe-se que a implementação do SINASE e o cumprimento da legislação envolvem o desafio da articulação de um sistema integrado entre as esferas governamentais, o Sistema de Justiça e as políticas setoriais básicas como Assistência Social, Saúde, Educação, Cultura, Esporte, entre outras, visando a dar efetividade e eficácia na execução das medidas socioeducativas. A Lei do SINASE tornou obrigatória a elaboração e a implementação de uma política de atendimento compartilhada e fortalecida que envolva o âmbito federal, estadual e municipal por Planos Decenais de Atendimento Socioeducativo, com a oferta de serviços e programas destinados à execução das medidas socioeducativas.

É inegável que em muitos locais é possível visualizar alguns pequenos avanços do SINASE com a descentralização do atendimento, com a construção de novas unidades, com a organização de pessoal humano, com a garantia de atividades educacionais, profissionalizantes, culturais, esportivas e de lazer dentro das unidades, bem como de apoio aos egressos.

Espera-se, mais uma vez, que a disponibilização desses dados para as unidades do Ministério Público e para a sociedade como um todo incuta ou reforce nos operadores do direito e na comunidade a necessidade de olhar com mais atenção para os adolescentes em privação ou restrição de liberdade, e de encarar de frente e com altivez as mazelas que se apresentam. (sem grifos no original).

[...]

São imensos os desafios do atendimento socioeducativo no país.

A tarefa, embora deva ser fortemente enfrentada pelos gestores públicos, no sentido de aparelhar e estruturar as unidades de internação e semiliberdade em conformidade com as diretrizes do SINASE, tanto no aspecto físico quanto humano, é também uma tarefa dos demais órgãos, entidades e pessoas diretamente envolvidos na seara infracional, em especial Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Polícia Civil, além de toda a rede que compõe conjuntamente o Sistema de Garantia de Direitos.

Há um grande desconforto social pelo envolvimento de adolescentes em atos de requintada violência, amplamente divulgados nos veículos de comunicação, e que estão a merecer, de fato, atuação mais efetiva do sistema socioeducativo. Entretanto, limitar a problemática infracional ao debate sobre a redução da maioria penal é, de todas e de longe, a saída mais fácil e menos resolutiva. Em primeiro lugar, porque, sem encarar a realidade das unidades de internação e semiliberdade e sem enfrentar, com políticas públicas, as principais

causas do ingresso do adolescente no mundo da delinquência, o cometimento de atos infracionais violentos permanecerá e, em oportunidades futuras, a redução da maioria penal pautará novamente os fóruns de discussão nacionais, para faixas de idade ainda menores. Em segundo, porque desviando o foco do ponto central – o distanciamento do atendimento socioeducativo das orientações do ECA – a busca de soluções para as falhas gerais do sistema será mais uma vez retardada.

Amargam-se, na atualidade, os resultados de mais de duas décadas de indiferença à doutrina da proteção integral trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, no que se refere aos adolescentes em conflito com a lei. Como se pôde ver amplamente nos gráficos que compõem esta primeira publicação, faltam espaços para escolarização, profissionalização e práticas esportivas, lazer e cultura, dentro das unidades, relegados os adolescentes e jovens ao ostracismo e à falta de perspectivas otimistas. Falta garantir-lhes a mínima dignidade enquanto cumprindo medidas de privação de liberdade.

Como esperar então que esses sejam espaços de ressocialização?

Um retrato triste e revelador é trazido pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: a partir de oitivas informais e plantões de atendimento, 29% dos adolescentes ouvidos, envolvidos em atos infracionais, afirmaram não ter sonhos. São esses adolescentes, sem projetos de vida, que a sociedade, o Poder Público e todo o Sistema de Garantia de Direitos devem se esforçar por resgatar.

Há diversos diagnósticos sobre os adolescentes infratores no país, muitos deles elaborados a partir de informações prestadas pelos gestores.

O que se traz de novo, nesta publicação, é uma perspectiva em *zoom*, mais aproximada, da quase totalidade das unidades de internação e semiliberdade, pelos promotores de Justiça cujas atribuições envolvem diariamente a lida com esses jovens e com as suas atuais condições de vida.

Nas próximas edições pretende-se o aprofundamento da pesquisa, para incluir quesitos relacionados à presença, execução e qualidade dos projetos pedagógicos das unidades e a efetiva disponibilidade de educação aos internos. Quanto à profissionalização, novos quesitos nas inspeções permitirão conhecer a diversidade e a efetividade dos programas de formação e, com maior detalhamento, as condições de salubridade das unidades. Haverá exame pormenorizado sobre o conteúdo dos regimentos internos e normas disciplinares, entre diversos outros temas que demandam maior foco de atenção.

Espera-se que a disponibilização desses dados para as unidades do Ministério Público e para a sociedade como um todo incuta ou reforce, nos operadores do Direito e na comunidade, a necessidade de dirigir aos adolescentes em privação ou restrição de liberdade um olhar mais atento, e de encarar com altivez as desafiadoras mazelas que se apresentam.