

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

LOURIVAL ANTONIO DE CARVALHO JUNIOR

**A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL:
Método Eficiente para o Controle da Violência na Sociedade Brasileira?**

**Florianópolis
2016**

LOURIVAL ANTONIO DE CARVALHO JUNIOR

**A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL:
Método Eficaz para o Controle da Violência na Sociedade Brasileira?**

Trabalho de conclusão de curso apresentado no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, para obtenção do título de bacharel em Direito, sob orientação do prof.º Dr. Matheus Felipe de Castro.

**Florianópolis
2016**



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

CAMPUS UNIVERSITÁRIO REITOR JOÃO DAVID FERREIRA LIMA - TRINDADE

CEP: 88040-900 - FLORIANÓPOLIS - SC

TELEFONE (048) 3721-9292 - FAX (048) 3721-9815

E-mail: ccgd@ccj.ufsc.br

TERMO DE APROVAÇÃO DE TCC

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado **Redução da Maioridade Penal: Método Eficiente para o Controle da Violência na Sociedade Brasileira?**, elaborado pelo acadêmico **Lourival Antonio de Carvalho Junior**, defendido nesta data e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 7,5 (sete vírgula cinco), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 14/06/2016.

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro

(orientador)

Prof. Dr. Orides Mezzaroba

(membro)

Prof. Me. Volnei Rosalen

(membro)

Dedico este trabalho de conclusão de curso a meus familiares, aos colegas de curso, aos professores e a todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para esta conquista.

“A juventude é uma caixinha de segredos.”

(Henfil)



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

CAMPUS UNIVERSITÁRIO REITOR JOÃO DAVID FERREIRA LIMA - TRINDADE

CEP: 88040-900 - FLORIANÓPOLIS - SC

TELEFONE (048) 3721-9292 - FAX (048) 3721-9815

E-mail: ccgd@ccj.ufsc.br

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno: Lourival Antonio de Carvalho Junior

RG: 6.897.860

CPF: 051.489.239-03

Matrícula: 11100251

Título do TCC: Redução da Maioridade Penal: Método Eficiente para o Controle da
Violência na Sociedade Brasileira?

Orientador: Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro

Eu, Lourival Antonio de Carvalho Junior, acima qualificado; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, SC, 14 de junho de 2016.


Lourival Antonio de Carvalho Junior

RESUMO

Em decorrência de uma criminalização crescente e da necessidade de um controle penal mais efetivo numa sociedade capitalista cada vez mais segregadora, os adolescentes são inquiridos sobre a possibilidade de se integrarem ao Código Penal e não ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Alega-se que um jovem de 16 anos de idade sabe discernir a gravidade das infrações que comete, podendo responder penalmente pelos seus próprios atos. Assim, o presente estudo objetivou avaliar se a redução da maioridade penal é eficiente como fator de redução da violência dos adolescentes e se a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), na aplicação das medidas socioeducativas, se mantém ativo como instrumento de combate às infrações em seu âmbito, além de analisar se a aprovação da atual PEC (Proposta de Emenda à Constituição) 171/93 traria ou trará os efeitos de diminuir as infrações cometidas por adolescentes, além de respeitar direitos fundamentais e princípios como o Efeito *Cliquet*. Além do mais, há de se verificar se, do ponto de vista jurídico, é possível a redução da maioridade penal. Concluiu-se pela inimputabilidade relativa, haja vista que é inimaginável entender que alguém de 16 ou 17 anos não conheça o caráter ilícito e a gravidade da prática de um ato contrário ao direito, conforme abordam os reducionistas e o Efeito Flynn. No entanto, há que se considerar também que o Estado não viabiliza condições para que a criança e o adolescente desenvolvam-se em condições saudáveis, expondo-os à condição de vulnerabilidade social, vulnerabilidade esta que é causada por uma exclusão social incriminadora, conforme a Teoria da Culpabilidade.

Palavras-chave: Adolescentes; Maioridade Penal; Inimputabilidade Relativa; Controle Social; Direitos Fundamentais; Efeito *Cliquet*; Efeito Flynn; Exclusão Social; Teoria da Culpabilidade.

ABSTRACT

Due to an increasing criminalization and to the need for greater penal control in a capitalist society increasingly segregator, teenagers are asked about the possibility of integrating the Criminal Code and not the Statute for Children and Adolescents. It is claimed that a 16-year-old teenager knows how to discern the seriousness of the infringements committed and can answer criminally liable for their own acts. The present study aimed to assess whether the reduction of criminal responsibility is effective as violence reduction factor of teenagers and the implementation of the Child and Adolescent Statute (ECA), in application of educational measures, remains active as an instrument of combating offenses at its core, as well as examine whether the approval of the current PEC (Constitutional Amendment Project) 171 / 93 would or will lessen the effects of the offenses committed by adolescents, beyond respecting fundamental rights and principles as *Cliquet* Effect. Furthermore, one has to determine whether, from a legal point of view, the reduction of criminal responsibility is possible. It was concluded by the relative imputability, given that it is unimaginable to understand that a 16 or 17-year-old someone does not know the illegality and seriousness of the commission of a tort, according to Flynn Effect and the reductionists explain. However, we must also consider that the State does not achieve conditions for children and adolescents develop into healthy conditions exposing them to conditions of social vulnerability, which is caused by incriminating social exclusion, according to Concomitant Culpability Theory.

Key words: Adolescents; Criminal Majority; Relative Unimputability ; Social Control; Fundamental Rights; *Cliquet* Effect; Flynn Effect; Social Exclusion; Concomitant Culpability Theory.

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 – Fixação da idade penal no mundo – página 63

TABELA 2 – Fixação da idade penal nos Estados Unidos – página 64

TABELA 3 – Demonstração do Efeito Flynn – página 73

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

- CF:** Constituição Federal do Brasil
- CNJ:** Conselho Nacional de Justiça
- ECA:** Estatuto da Criança e do Adolescente
- FEBEM:** Fundação Estadual para o Bem Estar do Menor
- FGV:** Fundação Getúlio Vargas
- FIA:** Fundo Especial para a Infância e a Adolescência
- FUNABEM:** Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor
- ICCPR:** Convenção Internacional dos Direitos Civis e Políticos
- IDH:** Índice de Desenvolvimento Humano
- MPPR:** Ministério Público do Paraná
- OEA:** Organização dos Estados Americanos
- ONG:** Organização não governamental
- ONU:** Organização das Nações Unidas
- PEC:** Proposta de Emenda à Constituição
- PUCRS:** Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
- SINAJUVE:** Sistema Nacional de Juventude
- SINASE:** Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo
- UFSC:** Universidade Federal de Santa Catarina
- UFPR :** Universidade Federal do Paraná
- UNICEF:** Fundo das Nações Unidas para a Infância

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRATAMENTO DISPENSADO AO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI.....	15
1.1 O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	20
1.2 O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI NO ECA.....	20
1.2.1 Causas das Práticas Infracionais.....	22
1.2.2 Convívio Familiar.....	24
1.2.3 Sistema Educacional.....	26
1.2.4 Condições Socioeconômicas.....	27
1.3 TEORIA DA COCULPABILIDADE: O PAPEL DA SOCIEDADE E DO ESTADO NA PRÁTICA INFRAACIONAL JUVENIL.....	27
1.4 VULNERABILIDADE DO ADOLESCENTE.....	29
1.5 A QUESTÃO DA RESSOCIALIZAÇÃO.....	31
2. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE.....	38
2.1 PROTEÇÃO ATRAVÉS DAS REGRAS MÍNIMAS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA, DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE (REGRAS DE BEIJING).....	39
2.1.1 Princípio da Prioridade Absoluta.....	40
2.1.2 Princípio da Condição Peculiar da Pessoa em Desenvolvimento.....	41
2.1.3 Princípio da Participação Popular.....	44
2.1.4 Princípio da Excepcionalidade.....	46
2.1.5 Princípio da Brevidade.....	47
2.2 DIREITOS DO ECA COMO CLÁUSULAS PÉTREAS EXPANDIDAS E O EFEITO <i>CLIQUET</i> DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	48
2.3 CONTRARIEDADE À REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL CONFORME PRINCÍPIOS DO ECA E PRINCÍPIOS PENAIIS.....	51
2.4 COMPARAÇÃO EM DIFERENTES PAÍSES: IDADE DE RESPONSABILIDADE INFRAACIONAL JUVENIL E PENAL DE ADULTOS.....	56
3. NO DIREITO PENAL: IMPUTABILIDADE E INIMPUTABILIDADE.....	57
3.1 IMPUTABILIDADE.....	57

3.2 CAUSAS LEGAIS DE EXCLUSÃO DA IMPUTABILIDADE.....	57
3.2.1 O Sistema Psicológico.....	58
3.2.2 O Sistema Biológico.....	59
3.2.3 O Sistema Biopsicológico.....	59
3.3 REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL.....	61
3.4 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO.....	69
3.4.1 Opiniões Favoráveis à Redução da Maioridade Penal: Do Efeito Flynn à Teoria das Janelas Quebradas.....	72
3.4.2 Opiniões Contrárias à Redução da Maioridade Penal: Do Efeito <i>Cliquet</i> ao Direito Penal Mínimo.....	74
CONCLUSÃO.....	80
REFERÊNCIAS.....	83
ANEXOS.....	88

INTRODUÇÃO

O clamor social pela redução da maioridade penal é influenciado principalmente pelos meios midiáticos, e também devido ao fato das pessoas desconhecerem os mecanismos de recuperação dos jovens em conflito com a Lei.

Os adolescentes têm, cada vez mais, sido criminalizados (através do *labelling approach*) e ao mesmo tempo inquiridos a integrar o Sistema Penal Comum e não o ECA, num contexto de exclusão social. Alega-se que um jovem de 16 anos de idade sabe discernir a gravidade das infrações que comete, podendo responder penalmente pelos seus próprios atos.

Nesse sentido, pretende-se com este estudo discorrer sobre a redução da maioridade penal. Buscar-se-á neste trabalho de conclusão de curso respostas aos seguintes questionamentos: 1. A redução da maioridade penal é um controle social eficiente, uma alternativa eficaz para combater as infrações juvenis? 2. Com a PEC 171/93 a redução da maioridade penal é possível juridicamente? 3. O Estatuto da Criança e do Adolescente é mais eficiente para coibir a marginalidade/marginalização infanto-juvenil se comparado com o Direito Penal?

Assim, o presente estudo objetivou avaliar se a redução da maioridade penal conduz à redução das práticas infracionais de adolescentes e, também, verificar a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente neste contexto. Objetivou-se, ainda: questionar se a redução da maioridade penal seria um meio eficiente de combate às infrações dos adolescentes; verificar se, do ponto de vista jurídico, é possível a redução da maioridade penal; e analisar comparativamente o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Penal (qual teria efeitos sociais mais benéficos?).

O estudo se justifica e se faz relevante, pois, na visão dos reducionistas, a prática infracional não tem sido praticada apenas por adolescentes, mas por crianças, desde a mais tenra idade. Não há qualquer tipo de filtro. Aos pais e docentes elucidados, o que se procura fazer nos dias de hoje é, ao contrário, colocar o jovem numa redoma, buscar uma apropriada orientação sobre o tema e suas consequências.

É certo que nem todos os adolescentes possuem o mesmo grau de informação, muito menos o mesmo grau de maturidade psicológica. Isto varia tremendamente, num país de dimensões gigantescas como o nosso. Mas da mesma forma é certo que nos grandes centros os adolescentes iniciam sua vida social muito mais cedo.

Como se pode observar a inimputabilidade do adolescente é uma questão que promove polêmicas e, portanto, de muita discussão. Os defensores da redução da maioridade penal alegam que a idade atualmente em vigor foi definida em um período no qual os adolescentes demoravam mais para amadurecerem psicologicamente e não tinham as condições de formação

atuais. Assim, os atuais adolescentes possuiriam discernimento de suas ações, podendo responder penalmente pelos seus atos aos 16 anos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê sanções socioeducativas aos adolescentes, fato que acaba gerando descrédito da sociedade no que diz respeito à ressocialização. Majoritariamente, a população acredita que os adolescentes que cometem infrações são punidos com benevolência, pois são impostas penalidades brandas, que não atendem ao anseio social de justiça.

O presente estudo tem a pretensão de abordar um assunto tão polêmico e de apresentar as opiniões de autores de renome e promover um posicionamento acerca do tema.

O método de trabalho compreende a utilização do método dedutivo, na busca dos subsídios necessários, para o seu desenvolvimento. Para tanto a pesquisa consistiu em um levantamento bibliográfico baseado em material publicado em doutrinas, legislações e jurisprudências, estatísticas e infográficos.

Além do mais, um assunto em voga – a PEC 171/93 – permite analisar o conflito entre teorias dos que defendem a redução da maioria penal com respaldo na Teoria das Janelas Quebradas¹, conforme Kelling, Wilson (1982, p.2):

Mas como pode um bairro ser "mais seguro", quando a taxa de criminalidade não diminuiu, mas, na verdade, pode ter aumentado? Para encontrar a resposta é necessário primeiro entender o que na maioria das vezes assusta as pessoas em locais públicos. Muitos cidadãos, é claro, estão assustados principalmente pelo crime, especialmente o crime envolvendo um súbito e violento ataque por um estranho. Este risco é muito real, em Newark, como em muitas cidades grandes. Mas tendemos a ignorar ou esquecer uma outra fonte de medo - o medo de sermos incomodados por pessoas desordeiras, não por pessoas violentas nem, necessariamente, os criminosos, mas as pessoas de má reputação ou estrepitosos ou imprevisíveis: mendigos, bêbados, viciados, adolescentes barulhentos, prostitutas, vagabundos, os mentalmente perturbados. (...) Um de nós (Kelling) passou muitas horas andando com policiais de patrulha de Newark para ver como eles definiam "ordem" e o que eles faziam para mantê-la. Uma batida era típica: uma área movimentada, mas em ruínas no coração de Newark, com muitos prédios abandonados, lojas marginais (vários dos quais eram bem visíveis facas e lâminas de barbear em suas janelas), um grande centro comercial e, mais importante, uma estação de trem e vários pontos de paragens de ônibus. Embora o local estivesse em péssimas condições, as ruas estavam repletas de pessoas, pois havia um importante centro de transporte. A boa ordem desse lugar foi importante não apenas para aqueles que viviam e trabalhavam lá, mas também para

¹ But how can a neighborhood be "safer" when the crime rate has not gone down -- in fact, may have gone up? Finding the answer requires first that we understand what most often frightens people in public places. Many citizens, of course, are primarily frightened by crime, especially crime involving a sudden, violent attack by a stranger. This risk is very real, in Newark as in many large cities. But we tend to overlook or forget another source of fear -- the fear of being bothered by disorderly people. Not violent people, nor, necessarily, criminals, but disreputable or obstreperous or unpredictable people: panhandlers, drunks, addicts, rowdy teenagers, prostitutes, loiterers, the mentally disturbed. (...) One of us (Kelling) spent many hours walking with Newark foot-patrol officers to see how they defined "order" and what they did to maintain it. One beat was typical: a busy but dilapidated area in the heart of Newark, with many abandoned buildings, marginal shops (several of which prominently displayed knives and straight-edged razors in their windows), one large department store, and, most important, a train station and several major bus stops. Though the area was run-down, its streets were filled with people, because it was a major transportation center. The good order of this area was important not only to those who lived and worked there but also to many others, who had to move through it on their way home, to supermarkets, or to factories.

muitos outros, que tiveram de passar por ele a caminho de casa, para supermercados, ou para as fábricas.

E no Efeito Flynn², por uma imposição de pena puramente retributiva.

Por outro lado, há os que refutam a redução da maioria penal – com respaldo na Criminologia Crítica, no Efeito *Cliquet*³, conforme Mollion (2005, p.257):

A noção de "*cliquet*" (catraca) significa que, quando uma lei revoga as disposições de uma lei anterior, o novo texto deve "assumir as garantias previstas para o primeiro texto" (...) Caso contrário, a nova lei é inconstitucional.

E, também, nos Direitos Humanos, na Teoria da Culpabilidade e na Responsabilização Estatutária.

O levantamento bibliográfico consistiu em pesquisa na literatura disponível sobre o tema, sendo que todo o material coletado e analisado foi interpretado à luz do enfoque do estudo proposto.

Recorreu-se inicialmente à busca de orientação através dos conceitos acerca do tema em questão, objetivando facilitar sua compreensão e desenvolvimento.

A abordagem do tema teve como suporte uma visão conectada com o Direito e sua forma específica de responder aos estímulos de outros sistemas (como os de cunho sociológico) que com ele interagem, uma vez que a nossa hipótese está intimamente ligada aos Direitos da Pessoa Humana, conforme a Constituição Federal, destacando-se que a cláusula de abertura do seu art.5º ampliou o rol de direitos fundamentais negativos (entre outros, os de primeira geração).

² FLYNN, James R. **O que é Inteligência: Além do Efeito Flynn**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

³ La notion de « cliquet » signifie que lorsqu'une loi abroge les dispositions d'une loi en vigueur, le texte nouveau doit « reprendre à son compte les garanties que prévoyaient le premier texte » (...) A défaut, la loi nouvelle est inconstitutionnelle.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRATAMENTO DISPENSADO AO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI

As controvérsias sobre a redução ou não da maioria penal aparecem já na abordagem histórica aludida ao adolescente em conflito com a Lei ou com regras sociais, em vista do tratamento diferenciado através dos tempos, estando registrado na história evolutiva do direito, através dos antigos costumes jurídicos e leis, com destaque para os gregos e os romanos.

Na sociedade brasileira, os jovens eram penalizados similarmente aos adultos, com referência no direito recepcionado dos romanos, do direito canônico, dos costumes indígenas, etc. Legislações estas responsáveis por formar, logo, conforme Veronese (2015, p.11), um “mosaico de influências diversas” sobre tratamento dispensado ao adolescente em conflito com a Lei. Observando-se que de maneira mais efetiva – a exemplo do que já ocorria na Inglaterra (1905) e na França (1912) – apenas em 1927, no Brasil, se fundariam jurisdições especiais para garantir aos jovens um julgamento sem as mesmas crueldades das punições impostas aos adultos (VERONESE, 2015, p.15).

Por um lado, os reducionistas se apoiam historicamente numa ideologia retributiva da “pena” ao adolescente em conflito com a Lei, o qual teria uma capacidade precoce de causar dolo. Por outro lado, a corrente contrária sustenta que as crianças e os adolescentes ao longo da história foram e são “vítimas” da exploração pelo Sistema Capitalista, especialmente o do início da Revolução Industrial⁴.

Em Costa Jr (2006, p.49), por exemplo, observa-se que em Esparta os jovens somente passavam a ser adultos após 30 anos. Até essa idade eram educados e preparados para integrar a sociedade. Os jovens eram visitados pelos *éforos*⁵, em cada 10 dias, com o objetivo de verificar-lhes as roupas, as camas, enfim, se estavam de acordo com o preconizado pela educação social. Caso não estivessem de acordo com o determinado eram tratados com severidade. Todos os adultos tinham o direito de assim proceder com crianças e adolescentes corrigindo-os e até castigando-os.

Plutarco (*apud* COSTA JR, 2006, p.49) faz menção a este costume espartano com registro no reinado dos primeiros Agidas, segundo o qual os homens podiam obter facilmente o perdão, em certa idade da vida, pelos erros que cometeram. Segundo Cretella Jr. (1973, p.94):

Esta referência dizia respeito àqueles erros praticados durante a fase juvenil. Igualmente, Livius se refere ao caso dos filhos do Rei Felipe, da Macedônia, dizendo que o maior destes foi castigado por erro cometido enquanto o mais jovem obteve o perdão beneficiado por sua pouca idade.

⁴ Conforme Veronese (2015, p.13)

⁵ Os éforos tinham grandes poderes, podendo julgar até os reis.

No Direito Romano, vamos encontrar nos registros históricos, como norma da legislação, pela primeira vez assim considerada, a problemática dos jovens em conflito com a Lei, que foi objeto de atenção dos filósofos e jurisconsultos.

A célebre distinção entre infantes, púberes e impúberes vem do período clássico (130 A.C – 230d.C), oportunidade em que a doutrina e a jurisprudência, com interpretação da Lei das XII Tábuas (450a.C), assim definia:

a) Considerava-se infante aos jovens que não haviam alcançado os 7 anos de idade e se estimava que tais pessoas carecessem de inteligência necessária para compreender o que faziam. Em razão disso não se os obrigava pelos delitos praticados e nem podiam ser castigados;

b) Consideravam-se impúberes aos varões compreendidos entre os 7 e os 18 anos de idade e as mulheres entre os 7 e os 14 anos.

O grupo dos impúberes se dividia em:

Impúberes próximos da infância: constituídos pelos varões acima dos 7 e abaixo dos 14 anos, e pelas mulheres maiores de 7 e menores de 12 anos;

Impúberes próximos da puberdade: compreendendo os varões entre 14 e 18 anos e mulheres entre 12 e 14 anos (COSTA JR, 2006, p.51).

Quanto aos impúberes próximos da puberdade imperava a opinião de serem capazes de dolo, porém somente seriam castigados com uma pena judicial arbitrária, no que Ulpianus acrescentava que o Juiz deveria averiguar se o impúbere possuía capacidade de dolo.

Finalmente, os púberes eram considerados como “doli-capazes⁶” e, mesmo assim, a pena ordinária era aplicada com parcimônia, isto é, reduzida à metade, levando-se em conta a comiseração pela idade⁷ (COSTA JR, 2006, p.52).

Posteriormente, no decorrer dos capítulos, serão abordados os critérios para aferição da imputabilidade penal. Destaque-se: o contexto histórico tem preponderância na decisão político-jurídico dos países sobre qual forma esta deva atuar diante das práticas infracionais juvenis.

Cretella Jr. (1973, p.95), examinando as sanções do furto na Lei das XII Tábuas que tratava dos delitos, salienta que na Tábua VIII disciplinava o seguinte: “se o ladrão é impúbere, será açoitado, devendo reparar o prejuízo, de acordo com o que decidir o magistrado”.

Prescrevia-se a maioridade civil e a penal quando se completava os 25 anos, oportunidade em que se aplicavam as penas ordinárias.

Entre as penas que a legislação romana aplicava aos jovens impúberes poderão ser destacadas: o bastão, a admoestação, a condenação ao jogo de caça, a de tortura.

⁶ Capazes de causar dolo a outrem.

⁷ Posteriormente, no decorrer dos capítulos, serão abordados os critérios para aferição da imputabilidade penal. Destaque-se: o contexto histórico tem preponderância na decisão político-jurídico dos países sobre qual forma esta deva atuar diante das práticas infracionais juvenis. Costa Jr apontará que, através antigas legislações brasileiras, a idade de 18 anos nunca foi presunção para maioridade penal, já que a personalidade é multiforme. Ainda, sim, o autor defende que desde cedo o jovem tem potencial consciência da ilicitude dos atos que comete. Neste sentido, serão confrontados diferentes posições acerca da imputabilidade relativa de jovens com menos de 18 anos com base no Efeito Flynn.

Contra os jovens de 14 anos era estabelecida a proibição de submetê-los à tortura.

Na Idade Média, isso é encontrado no pensamento claro dos glosadores, canonistas e práticos, evidentemente com as normas deixadas pelo Direito Romano no que concerne à tão discutida tese do discernimento.

De acordo com Cretella Jr. (1973, p.96):

Na Idade Média, aparecem os glosadores fazendo algumas distinções sobre as ações praticadas por jovens impúberes, dizendo que poderiam delinquir por omissão e por comissão. No primeiro caso não devem ser castigados. No segundo, tinha que distinguir se o cometimento do delito era de caráter voluntário ou involuntário. Neste caso, o jovem impúbere ficaria sujeito à reparação. Sendo voluntário ocorreria a invocação da idade e somente a misericórdia do Juiz poderia conduzir à mitigação da pena.

No Direito Canônico, prevalecia a idade de 14 anos considerada como sendo a fase da puberdade, limitando-se aos 25 anos. Nesta faixa etária (14-25 anos) os jovens podiam ser castigados por seus delitos com a pena arbitrária. Caso não se verificassem as circunstâncias agravantes, o Juiz aplicaria a pena mais leve em relação à dos adultos.

Em referência aos delitos por omissão não se lhes aplicava a pena e isto se justificava considerando que tais deveres eram regidos pela imprudência e pela malícia. Caso se constatasse que a omissão fora dolosa, o contrário acontecia.

Na Idade Média e princípios da Moderna era comum o argumento de que:

[...] se os próprios pais constantemente encerravam os filhos, quando incorrigíveis, nas celas e até em outros locais sombrios e dantescos, nada impedia que o setor público também assim o fizesse, sempre com o objetivo de corrigi-lo (CRETELLA JR., 1973, p.96).

O século XVIII foi a fase áurea para a prospecção do direito do menor, pois renomados autores passaram a analisar cientificamente o problema nos seus fundamentos básicos e sociológicos.

Criou-se um movimento salutar não passível de abandono, sob pena, como ocorreu, de obstar-se o caminho para o despertar das consciências jurídicas.

Dois grandes juristas são mencionados com frequência por seus trabalhos, pela dedicação e pelo trato sensível do problema: Benthan e Filangieri. O primeiro dedicou-se ao estudo da organização dos Tribunais de Família e o segundo, de um sistema especial para a punição de adolescentes em conflito com a Lei (COSTA JR, 2006, p.68).

Quando do descobrimento do Brasil em 1500, encontravam-se em vigor em Portugal as Ordenações Afonsinas, sendo consideradas a primeira codificação da Europa, baixada em 1446, por Dom Afonso V, a qual foi introduzida em nosso país, vigorando até 1521, quando foi substituída pelas Ordenações Manuelinas.

As Ordenações Manuelinas baixadas durante o reinado de Dom Manuel, vigoraram no Brasil de 1521 a 1603 e disciplinavam no Livro 3º, Título 88, o seguinte:

Quando serão punidos as crianças e os adolescentes pelos delitos que fizerem. Quando algum homem ou mulher, que tiver 20 anos, cometer um delito, lhe será dada a pena total, que lhe teria dado se fizesse 25 anos. Se o infrator for da idade de 17

anos até 20, nesta idade ficará em arbítrio dos Julgadores dar-lhe a pena total, ou diminuí-la [...]

As Ordenações Filipinas que vigoraram de 1603 a 1830, dispunha no Livro 5º, Título 135, o seguinte:

Quanto às crianças e adolescentes serão punidos pelos delitos que fizerem.
Quando algum homem, ou mulher, que passar de 20 anos, cometer qualquer delito, dar-se-lhe-á pena total que lhe seria dada, se de 25 anos passasse.
Se for maior de 17 anos e menor de 20, fica ao arbítrio do juiz aplicar-lhe a pena e, se achar que merece pena total, dar-se-lhe-á, mesmo que seja de morte. Se for menor de 17 anos, mesmo que o delito mereça a morte, em nenhum caso lhe será dada.

A Carta Régia, datada de 1693, ordenava ao Governador do Rio de Janeiro que ficassem as crianças enjeitadas ou abandonadas sob os cuidados da Câmara e do Conselho. Este foi o primeiro dispositivo a favor da infância desvalida em nosso país.

O Código do Império, inspirado no Código Penal Francês, determinou a maioria penal a partir dos 14 anos de idade, adotando, ainda, o sistema do discernimento. (COSTA, 2006, p.67).

O Código Criminal do Império dispunha em seu artigo 10: “Também não se julgarão como criminosos: § 1º Os jovens de quatorze anos”.

O Código Penal Republicano de 1890⁸ disciplinava a inimputabilidade absoluta até 9 anos de idade completos, sendo que os maiores de 9 e menores de 14 estariam submetidos à análise do discernimento.

Através da Lei n. 4.242, de 5/01/1921, “o Governo Federal revogou o dispositivo sobre o critério do discernimento, estabelecendo a elevação da inimputabilidade para maiores de 14 anos e disciplinando um processo especial para os maiores de 14 anos e menores de 18 anos de idade” (COSTA JR, 2006, p.61).

O Decreto-Lei 17.943-A⁹ instituiu o primeiro Código de Menores no Brasil, sistematizando a ação de tutela e coerção que o Estado passa a adotar. O autor deste Código foi Mello Mattos, juiz da Infância e da Juventude da capital da República.

O referido Código adotou o critério do discernimento da lei 4242/21, afastando a imputabilidade aos adolescentes de 14 anos.

A Consolidação das Leis Penais do Desembargador Vicente Piragibe, em seu artigo 27, § 1º considerou como “não são criminosos os jovens de 14 anos”.

Assim, o Brasil começa implantar o seu primeiro sistema público de atenção crianças e adolescentes em circunstâncias difíceis. Estes, então, passam a ser definidos como “delinquentes” e/ou “abandonados” (COSTA JR, 2006, p.63).

O artigo 68 deste Código cuidou do então denominado “jovem infrator”, diferenciando os jovens de 14 anos e os com 14 anos completos a 18 anos incompletos. Neste artigo restou a obrigatoriedade da separação dos adolescentes infratores dos condenados adultos.

⁸ Decreto n. 847 de 11 de outubro de 1890.

⁹ Decreto-Lei 17.943-A de 12 de outubro de 1927.

O legislador do Código Penal de 1940 adotou o critério biológico e fixou a imputabilidade por motivo de idade, ficando estabelecido no art. 27 a “presunção absoluta de inimputabilidade” para os jovens de até dezoito anos, que, portanto, são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação Especial”.

As medidas que deveriam ser aplicadas a jovens de 18 anos que cometessem infrações penais foram disciplinadas pelo Decreto-Lei 6026, de 24 de novembro de 1943¹⁰.

O Código de 1979¹¹ adotou a doutrina da “situação irregular do adolescente norteadando o problema para oferecer assistência, proteção e vigilância a jovens de até 18 anos”.

Como exposto até então, podemos verificar que a idade penal (imputabilidade) veio decrescendo ao longo da História, e, mais especificamente no caso do Brasil, atingiu seu patamar mínimo no Código Penal do Império (14 anos), devido à sua equiparação com o Código Penal Francês, no entanto, em decorrência de convenções das Nações Unidas, o Código Penal de 1940 estabeleceu a maioridade penal a partir dos 18 anos de modo que as legislações posteriores foram saindo do polo da penalização juvenil para a responsabilização estatutária, de acordo com parâmetros internacionais (VERONESE, 2015, p.15).

Como se pode observar, embora Costa Júnior demonstre o contexto histórico e sua influência (para exemplificar, a recepção do Direito Romano e do Código Penal Francês de 1791) sobre as nossas legislações, ainda, sim, é evidente a lacuna deixada pelo autor, por não abordar mais profundamente a evolução do Sistema Jurídico Brasileiro no sentido de efetivar e proteger os Direitos da Infância e da Juventude e pelo fato de o autor manter de forma implícita a ideia de que a maioridade penal historicamente tenha se obtido sempre de modo precoce.

De forma diversa, Veronese (2015, p.07), retrata, além da influência do Direito Romano e do Código Penal Francês em nosso Ordenamento, que ao longo da História havia excessiva exploração do trabalho infantil. E conforme também exposto por Costa Junior, mas de forma oposta em Veronese (2015, p.15) a experiência pioneira de Chicago, nos Estados Unidos, como concepção humanística, contribuiu para substituir as posturas punitivas e repressivas por casas correcionais e tribunais especiais com o intuito de separar as crianças do encarceramento comum. Ou seja, com a criação dos tribunais em Chicago e posteriormente na França, surgiu um sistema correcional que viabilizou a educação e a profissionalização para que os “menores” tivessem condições melhorar sua existência.

Com modelo embrionário de Chicago de proteção à Infância e à Juventude, houve, segundo Veronese (2015, p.16), uma mudança de perspectiva, evoluindo-se da penalização à responsabilização estatutária, na qual o ECA representa uma trajetória e uma conquista

¹⁰ Art. 2º São as seguintes as medidas aplicáveis aos adolescentes de 14 a 18 anos.

§ 1º Em casos excepcionais, o Juiz poderá mandar internar o adolescente em seção especial de estabelecimento destinado a adultos, até que seja declarada a cessação da infração.

¹¹ Disciplinado pela Lei 6.697, de 10 de outubro de 1979

brasileira no que se refere à maior efetivação de direitos e garantias dos jovens em comparação às legislações anteriores, como o Código de Menores de 1979.

Seguindo a linha de pensamento semelhante à de Veronese, argumenta Pascuim (2007, p.06) que, na realidade brasileira, de acordo com as Ordenações Afonsinas, ao contrário do que se possa imaginar que os atos infracionais resultassem em impunidade de quem os tivesse cometido, as crianças e os adolescentes, além de desprotegidos socialmente, eram punidos com tanta severidade quanto os adultos, conforme mostram os registros. A alternativa encontrada para diferenciar o tratamento entre adolescentes e adultos foi criar mecanismos de proteção para promoção da Infância e da Juventude. E, sim, ainda hoje, aduz o autor que, dependendo das circunstâncias, as medidas socioeducativas (como a internação) se constituem similarmente como verdadeiras “penas”.

1.1 O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição de 1988 exclui a responsabilidade penal do jovem, quando a conduta for realizada anterior aos 18 anos de idade, e no art. 228 dispõe: “São penalmente inimputáveis os jovens de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

Assim, a inimputabilidade no Direito Brasileiro segue o critério puramente biológico, nele não interferindo o maior ou menor grau de discernimento levado em consideração nas leis anteriores (VERONESE, 2015, p. 23).

1.2 O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI NO ECA

A norma especial está consubstanciada na Lei nº 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Lei Federal nº 8069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, revogou o Código de 1979 e inovou no tratamento da questão da infância e da juventude.

Segundo Cury (2002, p.68):

O Estatuto da Criança e do Adolescente perfilou na doutrina da proteção integral, defendida pela ONU, com base em 4 instrumentos de cunho universal: a) Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança; b) Regras de Beijing (Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude; c) Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil; d) Regras de Riad (Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos jovens impúberes Privados de Liberdade).

O Estatuto da Criança e do Adolescente cuida da proteção integral ao jovem impúbere abrangendo as necessidades do homem para o pleno desenvolvimento de sua personalidade, e não apenas o adolescente em “situação irregular” (meninos carentes ou em situação de risco), como dispunha o Código de 1979. No artigo 2º, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe:

Considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquele entre doze e dezoito anos de idade.

Parágrafo Único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente adotou o critério biológico para conceituar criança e adolescente, Segundo o referido Estatuto, pessoa até 12 anos de idade incompletos é criança e de 12 a 18 anos, adolescente. As normas deste diploma aplicam-se excepcionalmente às pessoas com idade entre 18 e 21 anos.

Quanto à prática de ato infracional, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece:

Art. 104 – São penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.

Parágrafo Único. Para efeitos desta Lei, deve ser considerada idade do adolescente à data do fato.

O art. 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente regula o art. 228 da Constituição Federal, ao salientar que os jovens a que o artigo faz menção são os que possuem 12 anos completos e 18 anos incompletos, ou seja, adolescentes.

As medidas socioeducativas estão previstas ao adolescente infrator. São elas: advertência, reparação de danos; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; semiliberdade; internação (art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Roberto João Elias comentando o art.112 do Estatuto da Criança e do Adolescente salienta que:

Deve-se observar que as medidas socioeducativas serão aplicadas a critério do Juiz da Infância e da Juventude. Não há obrigatoriedade de aplicá-las de acordo com o dispositivo em exame. É claro que, em caso de aplicação ou não, poderá haver recurso para Instância Superior. No caso, o recurso adequado é o de Apelação (art.198 do ECA), uma vez que se trata de decisão terminativa de mérito. A novidade é que o Juiz poderá, após a interposição, em despacho fundamentado, manter ou reformar a decisão (ELIAS, 1994, p.111).

Segundo Cury (2002, p.65), aplicar-se-ão medidas protetivas previstas no artigo 105 do Estatuto da Criança e do Adolescente que não têm o caráter de punição, à criança que cometer infração.

O disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente é bastante diferente das leis de vários países, como, por exemplo, a França, onde se permite que o Promotor peça a prisão de um menino de 13 anos; nos Estados Unidos, onde se permite que jovens de 18 anos sejam condenados à morte; na Inglaterra, onde a prisão perpétua é aplicada aos 12 anos; na Itália, onde se admite a prisão aos 14 anos (CURY, 2002, p.63).

O estatuto pátrio, objetivando garantir direitos pessoais e sociais, viabiliza condições de desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, com liberdade e dignidade às crianças e aos adolescentes.

1.2.1 Causas das Práticas Infracionais

Historicamente esta distinção entre infração juvenil e a delinquência de adultos se remonta ao ano de 1899, época da criação do primeiro tribunal da Infância e da Juventude em Chicago, contudo, o termo de infração juvenil foi usado, pela primeira vez, na Inglaterra, em 1815, quando operou o julgamento de cinco crianças de 8 a 12 anos de idade.

Logo após estes fatos, começaram a surgir vários sistemas de regulação especial de cada país com intuito de cuidar especificamente dos adolescentes infratores, porém cada país tratou-se de adotar regras diferentes sobre aos limites de idade estabelecido em cada país, é certo que para alguns países, foi levado em conta o discernimento destes infratores.

Entretanto, Pascuim (2007, p. 116) dá elementos de compreensão nessa seara preleciona que:

[...] o mundo todo está às voltas com este problema (delinquência juvenil) que, como dizem, está mais para o social do que para o policial. Não há como fugir da realidade dos jovens que enveredam pelo caminho da criminalidade, mais por falta de expectativas de melhora em sua condição de vida do que propriamente tendência voltada para o mal.

Interessante notar que, o Estatuto da Criança e do Adolescente, baseado nas regras de Beijing buscou se apartar os comportamentos indiferentes às leis penais, tais como linguagem obscena, permanência nas ruas, indisciplina etc., que, não raro levam a imposição de pena ao jovem bem mais severa do que aquela aplicada ao adulto.

Convém observar que na Espanha, há distinção entre infante infrator e infrator juvenil. Infante infrator é aquele de idade penal que realizou fato que, se praticado por um maior de idade, seria considerado delito. Assim, usa-se o termo infrator juvenil para adolescente na faixa etária de 16 e 17 anos de idade.

Diante dos aspectos mais relevantes da história das práticas infracionais juvenis abordar-se-ão quais são as causas que levam a criança e o adolescente a transgredir a Lei.

A Legislação Brasileira, é dizer o Estatuto da Criança e do Adolescente, nada fica a dever à Lei Espanhola correlata. No Brasil, a criança de 12 anos ou menos não pratica crime, mas sim o ato infracional. Ademais, não se sujeita às medidas socioeducativas quando do cometimento de ato infracional, mas sim às medidas de proteção elencadas no artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A divulgação midiática faz supor unilateralmente um nefasto aumento dos atos infracionais juvenis, o que acaba por assustar a sociedade, no entanto o que não se divulga com maior frequência são os aspectos estruturais da delinquência juvenil (as causas): dificuldade para a manutenção da família, como exemplo, a falta de emprego, de lazer, de educação e a persistente cobrança social.

Os termos criminalidade/criminalização e violência são o uso agressivo da força física de indivíduos ou grupos contra outros. Porém, conforme Andrade (2003, p.36), a violência não

se limita ao uso da força física, mas à possibilidade ou à ameaça de usá-la também politicamente, que constitui dimensão fundamental de sua natureza entre as classes no sistema capitalista. E no caso de uma sociedade tão desigual como a brasileira, a resposta do Estado vem com um controle repressivo (criminalização).

Conforme Pascuim (2007, p.129), também serão consideradas violência as representadas por ações humanas realizadas por indivíduos, grupos, classes, nações, numa dinâmica de relações ocasionando danos físicos, emocionais, morais e espirituais a outrem. A violência não é uma, é múltipla. De origem latina, o vocabulário vem da palavra *vis*, que quer dizer força e se refere a noções de constrangimento e de uso da superioridade física sobre o outro.

Geralmente se relaciona a juventude com violência. Culturalmente construída essa relação, trazem-se estigmas e preconceitos que frequentemente não permitem à sociedade ver o jovem que há por trás dessa cortina. A ideia de que a juventude é um tempo de curtição, a ideia de que o jovem vive sem consequências ou sem planejamento, erroneamente leva ao senso comum de se perceber essa fase como a mais violenta pela vivência imanente do risco ou o jovem como aquele que está numa faixa etária mais violenta ou do outro lado, maior vítima da violência.

Outro estigma colocado pela sociedade é o mito de que o jovem é rebelde pautado na ideia de moratória social. Essa teoria leva diretamente à conclusão de que o afastamento do jovem de seus genitores o levará a uma vivência inconsequente fora das rédeas do controle parental. Essa independência, acredita-se, o levará a ser mais violento por não estar submetido à lei dos pais.

Outro aspecto com que explicam a juventude violenta é a questão das drogas. A associação droga-jovem-violência é pragmática por vezes. Haja vista a questão dos usuários ocasionais, pode-se encontrar, por vezes, o jovem cometendo infrações para conseguir recursos para adquirir a droga ou para adquirir a droga diretamente. Porém, existem aqueles que dispõem de recursos materiais ou fazem trabalhos em troca dessa droga.

A indústria do tráfico também é responsabilizada pela prática infracional juvenil. O jovem acaba entrando para o mundo do conflito com a Lei, por escolha, influência ou pressão, ou até mesmo por condições psicossociais como a pobreza ou o esfacelamento das relações familiares.

Outra questão importante a se abordar é a relação também direta que se faz entre crime e pobreza. As estatísticas mostram sim, um maior índice de adolescentes em conflito com a Lei entre as classes menos privilegiadas, mas sabe-se que há violência juvenil também praticada nas classes mais afortunadas.

A segregação e territorialização dos espaços públicos, comprimindo e afastando o Jovem de vários espaços sociais, faz com que o mesmo se aproprie de forma por vezes violenta desses espaços, tomando, pela força, o que em princípio também é seu por direito.

Conclui-se que é importante a princípio, contextualizar o cenário em que o jovem se encontra antes de se tratar a questão juvenil do conflito com a Lei.

As causas dos atos infracionais de crianças e adolescentes ainda são desconhecidas, o que há são teorias que levam a explicar os motivos que influenciam na conduta infracional desses jovens, entretanto segundo Jorge Trindade (*apud* PASCUIIM, 2007, p.130) apresenta quatro correntes sociopsicológicas para explicar a infração juvenil e cita as mais importantes teorias: teoria do controle, do desvio cultural, da tensão e por fim a contenção.

Teoria do controle: tem como base a suposição de que as ações delinqüências se verificam quando o vínculo do indivíduo com a sociedade se rompe ou está fragilizado.

Teoria do desvio cultural: implica em aceitar que o problema da delinqüência juvenil é a somatória dos valores culturais conflitantes. Logo, resumir-se-ia na alteração dos valores subculturais.

Teoria da tensão: reconhece que os motivos que levam a delinquir não se encontram no jovem ou na família, mas sim nas barreiras ou nos obstáculos estruturalmente determinados, que põem, quase sempre, um fim nas oportunidades de sucesso.

Teoria da contenção: conhece a delinqüência como uma falha dos controles pessoais (internalizados) e sociais. A contenção social é feita pela pressão dos aparelhos da sociedade, enquanto a contenção interna desenvolve-se por meio de uma socialização adequada. As pressões externas e internas são capazes de controlar as desigualdades sociais e econômicas, a força que provém das subculturas, bem como os impulsos agressivos derivados da frustração (PASCUIIM, 2007, p.130).

Todavia, através dessas teorias, há evidências de que a família é apontada por muitos autores como sendo o principal freio inibitório da prática infracional juvenil, a ela pode ser atribuída à definição de estrutura fundamental capaz de satisfazer todas as necessidades e vontades da criança e do adolescente, buscando em si moldar o desenvolvimento físico e cognitivo dos adolescentes, entretanto muitas vezes isso não acontece devido à convivência familiar degradada, pela postura anômica do Estado e pelo mau funcionamento do sistema educacional que se encontra na precariedade e por fim a situações socioeconômicas dos familiares conforme será exposto mais adiante.

1.2.2 Convívio Familiar

A família é a base principal para uma boa formação da criança, sem esta base, poderá acarretar desequilíbrio físico, psíquico e moral na criança e, conseqüentemente, levam à prática infracional juvenil. Contudo é dever da família, da qual a criança faz parte, assegurar o bom desenvolvimento na sua fase de crescimento, pois no seu convívio com seus familiares é que irá construir sua personalidade, enfim, irá contribuir positivamente em suas relações futuras com a sociedade, segundo expõe Liberati (2002, p. 32).

De acordo com a Constituição Federal de 1988 e no artigo 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Artigo 4º. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente 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 (BRASIL, Lei 8.069/1990,2009, p. 1.047).

Entretanto o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê punições aos pais, quando ferirem a integridade física da criança e do adolescente. Assim sendo é importante mencionarmos alguns fatores que levam os adultos a praticar tal ato. Conforme Liberati (2002, p.31), é, também, a lei que põe crianças e adolescentes a salvo de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade, e opressão, de acordo com o que se expõe:

a) Negligência: os casos de negligência da família são os mais denunciados pela sociedade. Qualquer descuido dos pais que deixam seus filhos sozinhos pode ocorrer situações que levam a criança e até mesmo o adolescente a cometer graves acidentes, bem como, fugas, abusos sexuais e outros meios, que podem trazer sequelas irreversíveis no seu comportamento físico, psíquico e emocional.

b) Discriminação: os pais às vezes discriminam seus próprios filhos perante outras pessoas só por estarem no patamar hierárquico superior da relação. E de forma errônea se utilizam da coerção para tentar mudar certas atitudes dos adolescentes, contudo estes acabam se revoltando com os pais, ou seja, se voltam contra a própria família de forma agressiva e violenta até chegar à extrema marginalidade/marginalização.

c) Exploração: este ato pode ocorrer de várias maneiras, exploração sexual, ou exploração no trabalho, nesta primeira situação, a criança ou o adolescente são utilizados para a prática de prostituição ou gratificação para terceiros, contudo é um dos tipos de exploração que traz as piores consequências no sistema psicológico da criança e do adolescente, tais condutas ilícitas são realizadas com ou sem violência e muitas vezes as vítimas nada faz ou sequer comenta a respeito do assunto, trata-se de verdadeiro tabu familiar. Na segunda situação, é a exploração no trabalho que coloca a criança e o adolescente a praticar trabalho de mão-de-obra barata e acabam deixando a mercê dos adultos que se aproveitam destas situações para ganhar dinheiro fácil. Desse modo, as punições civis, penais e administrativas são pífias e estimulam a impunidade.

d) Violência: muitas vezes trás prejuízo imensurável na formação da criança e do adolescente, pais transgridem, batem, machucam seus filhos. Haja vista que, se a família desempenhar seu papel de educar de preservar e de ajudar, seria fundamental na sua formação física e psíquica e, conseqüentemente, ajudaria e muito na sua personalidade e isso não

acontece devido à precariedade de infraestrutura em que muitas famílias se encontram nos dias atuais.

e) Crueldade: anda lado a lado com a violência ambas são parecidas, tendo em vista que, alguns pais ao usar da violência contra criança e adolescente usam requintes de crueldade, que se dá ao fato de pais que, em muitos casos, usam drogas, fazem uso de bebidas alcoólicas etc.

f) Opressão: ocorre quando os adultos agem com forças e muitos excessos de autoridade, contras as criança e o adolescente uma vez que, deveriam ser alvos de respeito e dignidade.

1.2.3 Sistema Educacional

O sistema educativo, entretanto, deve favorecer o interesse e a motivação da criança e do adolescente, para que possam aprimorar-se cada vez mais nos seus estudos, privilegiando no seu desempenho e conhecimento. Assim sendo a própria Constituição Federal trás esta garantia, conforme se verifica na leitura do artigo 205, quando aduz:

Artigo 205. A educação, direito de todos e dever do estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, CF/88, 2009, p. 66).

Na percepção de Rabelo (2010, p.44), porém o principal fator que leva a criança e o adolescente a distanciar-se das escolas – e, conseqüentemente, contribui para um baixo desenvolvimento e conhecimento – são as constantes brigas que tem com seus próprios familiares em suas casas, ou seja, violência doméstica.

Inclusos a esses fatores, os adolescentes, também, encontram muitas dificuldades para ingressarem no meio social e são conduzidos às práticas infracionais, tal comportamento antissocial surge do próprio lar, da falta de carinho afeto e de dedicação por parte dos pais, que influenciam para uma conduta irregular dos jovens e um mau desempenho escolar.

Além disso, segundo Rabelo (2010, p.33), os sistemas educacionais, por vezes, não proporcionam ambiente sadio e seguro que atendam às necessidades específicas dos alunos. Comprova-se, então, a decadência das instituições, que pode ser atribuída à má distribuição de recursos, à má formação destes professores, que não conseguem desenvolver um trabalho educacional e, sobretudo não recebem suas remunerações como deveriam receber, deixando as crianças e os adolescentes entregues à própria sorte.

Então, diante do exposto, ainda que muitos sejam os problemas das escolas, verifica-se que a educação é o melhor caminho e a grande saída para o problema da delinquência envolvendo criança e adolescente e deve-se proceder a uma análise efetiva de como fazer para mantê-las estudando por mais tempo e com mais qualidade. A permanência na escola

representa o maior desafio da educação escolar brasileira, por que os indicadores de exclusão ainda ilustram de forma constrangedora as estáticas de evasão escolar.

1.2.4 Condições Socioeconômicas

Conforme Rabelo (2010, p.37), atualmente grande parte das famílias que não tiveram estudos encontra-se à margem da pobreza, devido ao desemprego, à instabilidade financeira, ao uso excessivo de entorpecentes, de bebidas alcoólicas, à desagregação, à deterioração da instituição familiar, à evasão escolar, e ao desrespeito às normas contidas nos ordenamentos jurídicos, contudo levam estes adolescentes cada vez mais cedo a ingressarem nas práticas infracionais.

No entanto, se os adolescentes não tiverem base adequada, bem como, bons estudos, boa família, e bom trabalho, acabam se envolvendo em tráficos de drogas, e prostituições, devido à necessidade de ganho rápido e fácil, e não requerem destes adolescentes nenhum tipo de qualificação. Eles se enveredam nas práticas infracionais para ajudar suas famílias que permanece na miséria sem que eles nada possam fazer, para melhorar a situação da família e acabam entrando no submundo infracional, desencadeando várias frustrações e, conseqüentemente, acabam com sua personalidade.

1.3 TEORIA DA COCULPABILIDADE: O PAPEL DA SOCIEDADE E DO ESTADO NA PRÁTICA INFRACIONAL JUVENIL

Com origens na Revolução Francesa, através dos ideais de Jean Paul Marat – médico e jornalista –, o papel da família e da sociedade não prescinde das ações do Estado. É do esforço harmonioso de todos os setores que surgiram as medidas eficazes de proteger integralmente o grupamento infanto-juvenil. Obviamente a desigualdade social acarreta uma exclusão social, seja da política, seja dos meios de produção, etc. Assim, ao lado da sociedade a proteção da família constitui a meta de todos que almejam melhor a qualidade de vida da criança e do adolescente (ZAFFARONI, 2011, p.237).

É a conjugação de esforço da família, da sociedade e do Estado que serve como elemento garantidor e integralizador da efetivação no plano tutelar, dos paradigmas constitucionais da garantia de prioridade absoluta e da integral proteção de direitos infanto-juvenis. De acordo com artigo 227 da Constituição Federal.

Artigo 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente 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 (BRASIL, CF/88, 2009, p. 70).

Apesar da obrigação constitucional e estatutária, ficou caracterizado, que a família, a sociedade e o Estado têm falhado na missão protetiva dos direitos. Aliás, os múltiplos problemas imputados às comunidades infanto-juvenis sinalizam na direção dos desacertos multifatoriais enfocados.

Entretanto, foi visto que existe interdependência entre atuação da família, da sociedade e do Estado. Todas as instituições são imprescindíveis na luta pela erradicação ou diminuição dos problemas infanto-juvenis. A atuação de diferentes instituições deve ser harmônica, conjugada e equilibrada, uma vez que, o sucesso depende da participação de todas.

Por outro lado, a falta de atuação da família e da sociedade tem sido cobrada pelos integrantes dos órgãos estatais. Entretanto a sociedade e a família são duramente cobradas pelo Estado, por meio de medidas coercitivas ou punitivas.

Embasando essas questões sob o prisma da criminologia crítica, a PEC 171/93 é um falso argumento para refletir a presença do Estado através da teoria psicológica norte-americana das janelas quebradas¹² (*broken windows theory*), na qual, tomando-se uma premissa indutiva – o Estado rechaçando o crime por inteiro em sua raiz desde os pequenos delitos –, a tolerância zero é a “melhor política pública” na coerção da criminalidade, se essa for uma premissa válida por si só – retributiva –, conforme se pode deduzir numa perspectiva reducionista: a não punição de pequenos delitos leva ao agravamento da criminalidade/criminalização, com o cometimento de crimes mais graves. A Teoria das Janelas Quebradas, atribuída ao criminologista norte-americano George Kelling e reportada pelo psicólogo Philip Zimbardo, surgiu nos Estados Unidos na década de 80 com uma experiência feita com dois carros: um carro foi deixado num bairro pobre de Nova Iorque – o Bronx –, e outro, num bairro rico da Califórnia – Palo Alto. Quebrou-se, então, a janela do carro deixado no bairro pobre e em pouco tempo o carro foi totalmente depenado e saqueado. Enquanto isso, no bairro rico, o carro foi mantido intacto pelos elaboradores do teste. Permaneceram-se alguns meses sem que houvesse indícios de furto no carro deixado na Califórnia, embora estivesse abandonado. Então, os avaliadores quebraram a janela do carro deixado no bairro rico. Em pouco tempo o carro foi saqueado tal qual o ocorrido com o do bairro pobre. Concluíram os pesquisadores que, além de um princípio de oportunidade, a criminalidade surge em ambientes degradados, através de pequenos delitos, que, caso não haja intervenção ou repressão pelo Estado, resultam em delitos mais graves. É, portanto, uma política penal fundamentada no controle extremo da estrita legalidade em oposição à postura anômica do Estado e ao abandono das regras sociais. Na redução da maioria penal, essa teoria se vincularia à hipótese de que reprimindo penalmente a conduta dos adolescentes infratores seriam evitados crimes mais

¹² PELLEGRINI, Luís. Janelas Quebradas: Uma teoria do crime que merece reflexão. <http://www.brasil247.com/pt/247/revista_oasis/116409/Janelas-Quebradas-Uma-teoria-do-crime-que-merece-reflex%C3%A3o.htm> Acesso em 25 Mai.2015.

graves na idade adulta, a reincidência dos mesmos e, por consequência, o índice de violência seria diminuído.

Porém, em relação à realidade brasileira, conforme abordado, a teoria das janelas quebradas deve ser refutada, visto que no tocante às famílias, na maioria das vezes pobres e desinformadas, são comuns às ações jurisdicionais de perda, suspensão ou destituição do poder familiar, daqueles que não cuidam da formação de seus filhos, enfim, o papel do Estado é coibir e punir a ação contrária dos pais.

Em decorrência do viés paradoxal da excessiva penalização por parte do Estado em contrapartida à carcerização do nosso Sistema Prisional, como forma mais cômoda de enfrentamento dos problemas sociais, resta-se deduzir que o Estado possui o dever de punir as condutas delituosas e cumprir a lei, no entanto tem mais ainda o dever constitucional de promover a defesa da sociedade e das famílias com políticas públicas adequadas (Veronese, 2015, p.252). Conforme se extrai de suas finalidades antagônicas – do Direito Penal (retributivo e punitivo) e do ECA (restaurativo e educador com vistas ao resgate social) –, as crianças e os adolescentes devem receber da mesma forma a proteção integral por parte do Estado para que não venham a ingressarem na “criminalidade” (Veronese, 2015, p.265).

1.4 VULNERABILIDADE DO ADOLESCENTE

Há quem diga que o entendimento de que o menor de 18 anos ainda não atingiu a maturidade completa, não tendo sua personalidade formada, presumindo-se definitivamente sua incapacidade de compreender a ilicitude de seus atos e responder pelo ilícito cometido, é admitir que todas as pessoas são rigorosamente iguais e atingem a maturidade categoricamente, no exato momento em que atingem a idade de 18 anos, entendimento esse que fere o senso de racionalidade.

Entende-se ser verdade irrefutável que atualmente os jovens recebem uma carga de informação muito maior que os jovens de 50 ou 60 anos atrás, época em que foi normatizada a inimputabilidade absoluta do menor de 18 anos. Porém se supõe não ser sensato conceber que nenhuma pessoa com menos de 18 anos de idade desconheça a ilicitude de se cometer um ato ilícito.

No entanto, conforme Pascuim (2007, p. 135), não é nada animador o quadro pelo qual passa nossa camada infanto-juvenil. Em função de múltiplas razões, entre nós (bem ainda, nota-se, no mundo como um todo), crianças e jovens vivenciam situação bastante conturbada, a tal ponto de, até mesmo, afigurar-nos perturbante, assolando-nos as consciências cristãs. O esfacelamento da família – associado à ausência de escolaridade (falta de qualificação profissional, inclusive de ordem tecnológico-virtual, o que gera alto índice de desemprego), à má distribuição de renda como indutora de injustiça social e à decadência dos valores cristãos e

de ordem ético-moral – vem escamoteando a juventude brasileira. Seus integrantes, mormente, de entidades familiares pobres, sofrem os mais duros e esdrúxulos males, dentre os quais, a fome, as doenças e as violências físicas e psíquicas. Seguindo o exemplo do que se sucede com os pais na maioria das vezes, esses jovens acabam vivendo à margem da sociedade, em completo regime de exclusão social.

Conforme Dimenstein (2006, p.147), a mídia, máxime a televisiva, e a Internet, com sua feição sofista, antiética, imoral e consumista, realçando autêntica idolatria, assentada no poder, no dinheiro, no adquirir e no prazer, completamente desatrelados dos preceitos da cristandade, contribuem contundente e prejudicialmente para com a infância e a juventude. Contrapondo-se a esse quadro fatídico, aufere-se que os segmentos organizados da sociedade e as instituições religiosas, pela incidência de inúmeros porquês, não têm realmente se mobilizado, envolvendo-se decisivamente na luta pela melhoria da drástica conjuntura em que se vê posicionada as colunas infantil e juvenil nacionais. Fala-se muito; contudo, age-se pouco.

Já nas universidades públicas, os cursos de ponta, como Medicina, Odontologia, Agronomia, Veterinária e Direito, veem significativos percentuais de suas vagas ocupadas por jovens egressos dos grupos familiares mais abastados de nossa sociedade. Por receberem educação mais refinada, estes jovens realizam os vestibulares com melhores condições de classificação.

Segundo Dimenstein (2006, p.145), é certo que jovens pobres e pertencentes às regiões periféricas das cidades têm buscado se articular nesse sentido, inclusive deflagrando movimentos em que denunciam suas tristes misérias. No entanto, é comum não lograrem êxito, visto que se encontram e se resvalam num dueto público-social que, comumente, acha-se com os ouvidos tampados, para não ouvi-los, e com os olhos fechados, para não enxergá-los. Tudo isso porque existe um acirrado processo omitivo-discriminativo incidindo sobre a juventude carente, talvez, de maneira mais incisiva, à juventude de cor negra. Os que compõem essa parcela juvenil não conseguem concorrer com os outros, oriundos da elite e, por isso, acabam isolados, ficando à margem. Por conseguinte, a princípio, eles não têm qualquer oportunidade de serem bem sucedidos na vida. Não raro acabam na velha, melancólica, injusta e agonizante situação de que fala uma canção de outrora: “sem lenço e sem documento”. Tal abandono é a principal razão que motiva o jovem a “delinquir”.

Assim, a redução da maioridade penal talvez não seja a solução para combater a conduta antissocial juvenil.

O Conselho Regional de Psicologia de São Paulo¹³ se posiciona, por exemplo, contra a redução da maioridade penal pelo fato de os psicólogos estarem envolvidos cientificamente

¹³ Conforme Laura Capriglione: *Psicólogos contra a Redução da Maioridade Penal*. < <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/samuel/39959/psicologos+contra+reducao+da+maioridade+penal+estado+deve+promover+direitos+de+criancas+e+adolescentes+nao+criminaliza-los.shtml> > Acesso em 18 Out. 2015.

com o desenvolvimento humano. Dessa forma, avaliam que crianças e adolescentes são pessoas em desenvolvimento e necessitam de políticas públicas de proteção e promoção.

A criminalização (redução da maioridade penal) seria, segundo os psicólogos, uma desresponsabilização estatal por tais políticas e outras demandas sociais.

A reversão da perniciosa estrutura infanto-juvenil corporificada no Brasil demandará, logo, a junção de forças tanto do Estado quanto dos troncos religiosos, de ONGs, de Partidos Políticos, de clubes de serviço, de associações estudantis, de bairros, e de outras militantes no palco da infância e da juventude, além de fundações destinadas a esse fim.

1.5 A QUESTÃO DA RESSOCIALIZAÇÃO

Na atualidade, os critérios jurídicos à luz do ECA, encontram respostas para as questões dos adolescentes autores de infrações na aplicação das medidas socioeducativas.

Essas medidas vão desde a simples advertência, passando pelo dever de reparar danos, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, regime de semi-internação, até, finalmente, como último recurso, a internação. Tais medidas abrangem os adolescentes de 12 a 18 anos, que são considerados, por lei, inimputáveis.

Nas grandes cidades, em meio aos atribulados acontecimentos de violência cotidiana, acentuam-se cada vez mais, as razões dos temores coletivos e individuais, fazendo aparecer uma equivocada tendência na população de reivindicar soluções drásticas de punição e prisão como a única forma de combate à violência. Os jovens são as maiores vítimas e também seus maiores algozes. Não basta vigiar e punir, muito menos desconsiderar a gravidade do problema ou redimir as ações violentas praticadas por adolescentes.

Conforme Veronese (2015, p.285), a implementação das Medidas Socioeducativas é sem dúvida a mais complexa tarefa a ser enfrentada. A demanda de atendimento é crescente e, para que não prevaleça a noção de que as infrações estão aumentando porque a lei é permissiva, é necessária a construção de uma rede para atender o adolescente infrator dentro da política de proteção especial às crianças e adolescentes.

As medidas de proteção, evidenciadas no art. 101 do ECA são direcionadas às crianças e adolescentes, sempre que estes tiverem seus direitos violados e no caso de um adolescente infringir a lei, a ele será aplicada alguma dessas medidas. Assim preceitua o artigo 101 do ECA:

Art. 101 – Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I – encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II – orientação, apoio e acompanhamento temporários; III matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV – inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V –

requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos, VII – abrigo em entidade; VIII – colocação em família substituta.

Quanto às medidas socioeducativas, estas são aplicáveis somente aos adolescentes infratores. Com estas medidas se dá a responsabilização do adolescente infrator penalmente, que passa a ser responsável pelos seus atos. Assim dispõe o art. 112 do ECA:

Art. 112 – Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I – advertência; II – obrigação de reparar o dano; III – prestação de serviços à comunidade; IV – liberdade assistida; V – inserção em regime de semiliberdade; VI – internação em estabelecimento educacional; VII – qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

Muitos são os posicionamentos doutrinários que se manifestam sobre o assunto. De acordo com Saraiva (2002, p. 45):

Não se pode ignorar que o Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu no país um sistema que pode ser definido como de Direito Penal Juvenil. Estabelece um mecanismo de sancionamento, de caráter pedagógico em sua concepção e conteúdo, mas evidentemente retributivo em sua forma, articulado sob o fundamento do garantismo penal de todos os princípios norteadores do sistema penal enquanto instrumento de cidadania, fundado nos princípios do Direito Penal Mínimo.

De acordo com Cury (2002, p. 364), “as medidas socioeducativas constituem-se em um rol taxativo, sendo, portanto, inviável a imposição de medidas diversas das enunciadas”.

Assim, nota-se que para o adolescente infrator a proposta é de que, no contexto da proteção integral, este receba medidas socioeducativas que tendam a influenciar no seu processo de desenvolvimento tendo por objetivo uma melhor compreensão da realidade e efetiva integração social. Segundo Volpi (1999, p.42):

As medidas socioeducativas devem ser aplicadas em conformidade com as características e grau de gravidade da infração, circunstâncias familiares e a disponibilidade de programas específicos para o atendimento do adolescente infrator, garantindo-se a reeducação e a ressocialização.

Para que sejam efetivas, a aplicação de medidas socioeducativas não pode acontecer de maneira descontextualizada da conjuntura política, econômica e social em que está envolvido o adolescente. Faz-se necessário que o Estado organize políticas públicas destinadas aos adolescentes. Somente tendo acesso aos direitos à convivência familiar e comunitária, à saúde, esporte e lazer, à educação, cultura e outros direitos sumariados no ECA e Constituição de 1988, será possível reduzir significativamente a prática de infrações cometidas por adolescentes.

De acordo com os arts. 111 e 113, do ECA, listados a seguir, as medidas socioeducativas só poderão ser aplicadas posteriormente ao exercício do direito de defesa, levando-se em consideração as necessidades pedagógicas, e dando-se prioridade àquelas medidas que objetivem fortalecer os vínculos com a família e com a comunidade.

Art. 111 – São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias: I - pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente; II – igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com

vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa; III – defesa técnica por advogado; IV assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei; V – direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente; VI – direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento.

Art. 113 – Aplica-se a este Capítulo o disposto nos arts. 99¹⁴ e 100¹⁵.

Desta maneira, torna-se efetiva a atribuição de responsabilidade infracional do adolescente por meio da aplicação das medidas socioeducativas, que serão explicadas a seguir.

A Advertência é uma medida socioeducativa de caráter mais brando. Trata-se de uma admoestação verbal, feita pelo Promotor ou pelo Magistrado. Está sumarizada no art. 115, do ECA: “art. 115 - A advertência consistirá na admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada”.

Do exposto depreende-se que a advertência é a censura verbal do adolescente, na presença de seus pais ou responsáveis, informando-o sobre a ilegalidade do ato praticado e esclarecendo-o das consequências que ocasionará a reiteração da prática de infrações.

A advertência deverá ser direcionada a adolescentes que não possuam antecedentes no que diz respeito à prática de atos infracionais ou para aqueles que praticaram atos de pouca gravidade. Pode ser aplicada extrajudicialmente, quando da concessão da remissão pelo promotor, homologado pelo juiz, na fase judicial, quando aplicada pela autoridade judicial, no decorrer da apuração da infração, ou, após a sentença.

Conforme Liberati (2002, p.89):

À evidência, muito será exigido do juiz e do promotor de justiça, que deverão avaliar com muito critério os casos apresentados, não ultrapassando os limites do rigor nem, tampouco, sendo por demais tolerantes, sempre tendo em vista as circunstâncias e consequências do fato, o contexto social, da personalidade do adolescente e sua maior participação no ato infracional.

Para que se obtenham resultados efetivos, é de suma importância que se aplique a advertência ao adolescente logo em seguida à primeira prática da infração, e que não se aplique várias vezes, pois tal prática poderá incutir na mentalidade do jovem que seus atos não podem receber concretas punições.

A obrigação de reparar o dano é ao mesmo tempo coercitiva e educativa e conduz o jovem impúbere a conscientizar-se de seu erro. Está prevista no art. 116 do ECA, que disponibiliza três hipóteses de reparação: devolução da coisa, ressarcimento do prejuízo causado e compensação do prejuízo por qualquer meio. De acordo com o art. 116 do ECA:

Art. 116 – Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima.

Parágrafo único – Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada.

¹⁴ Art. 99 – As medidas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo.

¹⁵ Art. 100 – Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Esta medida deve assegurar a ampla defesa, igualdade processual, presunção de inocência e a assistência técnica de advogado ao adolescente.

Segundo Nogueira (1998, p. 180), “cabe à vítima entrar com o respectivo pedido de reparação, ou executar a sentença penal condenatória, para obter o ressarcimento do dano sofrido”.

Acredita-se que esta medida possui um caráter de cunho extremamente pedagógico, pois ensina o adolescente a respeitar os pertences de outras pessoas.

Face ao exposto, depreende-se a reparação do dano é uma das medidas mais pedagógicas, pois através de uma imposição, o adolescente fica ciente da ilegalidade dos seus atos, e também assegura à vítima que o dano sofrido seja reparado.

No entanto, o ressarcimento do prejuízo, na maior parte das vezes encontra barreiras na impossibilidade do cumprimento, devido às condições financeiras do adolescente, normalmente advindos de famílias de baixa renda.

A Prestação de Serviços à Comunidade é uma pena restritiva de direitos, e propõe a ressocialização do adolescente infrator por meio de um conjunto de ações, que funcionam como alternativas à internação (art. 117 do ECA).

Sua aplicabilidade está vinculada à gravidade e aos efeitos da infração cometida, objetivando mostrar ao jovem impúbere os prejuízos que foram causados por seus atos. Na aplicação desta medida, torna-se necessária a colaboração da comunidade, fiscalizando o cumprimento da medida.

Segundo Nogueira (1998, p.182):

Melhor seria que o serviço fosse prestado associado ao ato infracional praticado. Assim, o pichador de paredes ficaria obrigado a limpá-las; o causador de algum dano a repará-lo [...] Mas, para que esse tipo de punição surtisse efeito, seria indispensável a colaboração da comunidade na sua aplicação, pois a simples imposição, sem a correspondente fiscalização do seu cumprimento, torna-se uma medida inócua sem qualquer resultado.

A realização das tarefas previstas para efetivar esta medida não pode coincidir com o horário escolar, tendo como tempo de execução máximo um semestre e, preferencialmente, atribuídas conforme a aptidão do adolescente.

A prestação de serviços à comunidade acentua o desenvolvimento do sentimento de solidariedade, através da oportunidade que o adolescente tem de conviver com doentes mentais, excluídos sociais e desfavorecidos, na realização de tarefas de interesse coletivo. Sendo assim, esta medida assegura ao adolescente a chance de se ressocializar, mostrando-se útil, através da realização de tarefas não remuneradas.

A Liberdade Assistida consiste em dispensar acompanhamento e orientação ao adolescente, tendo por objetivo integrá-los à família e à comunidade, por meio de assistentes sociais. Esta medida está prevista nos arts. 118 e 119, do ECA:

Art. 118 – A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.

§ 1º A autoridade designará pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa de atendimento.

§ 2º A liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de 6 (seis) meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor.

Art. 119: Incumbe ao orientador, com apoio e supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros: I – promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social; II – supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula; III – diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho; IV – apresentar relatório de caso.

É uma medida de cunho coercitivo, devido à necessidade de acompanhamento da vida social do adolescente na escola, no trabalho e na família.

De acordo com Volpi (1999, p.24):

Seu caráter educativo manifesta-se no acompanhamento personalizado, garantindo-se os aspectos de: proteção, inserção comunitária, cotidiano, manutenção de vínculos familiares, frequência à escola, e inserção no mercado de trabalho e/ou cursos profissionalizantes e formativos.

Esta medida requer uma equipe de orientadores sociais, designados pelo magistrado, e deverão desempenhar sua missão por meio de estudo de caso, utilização de métodos de abordagem, organização da aplicação da medida e, por fim, a designação de agente capaz.

A aplicação desta medida tem um prazo mínimo de seis meses, conforme o disposto no parágrafo 2º, do art. 118, do ECA, podendo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida. Analisando-se os incisos do art. 119, já citados anteriormente, pode-se notar que essa medida preserva os laços familiares, a escolaridade e a profissionalização.

A liberdade assistida deve ser aplicada quando houver reincidência de atos infracionais, enquanto o jovem impúbere demonstrar que precisa de orientação, tendo em vista que o ECA não estipula prazo máximo para que a medida se cumpra.

Para Liberati (2002, p. 364):

[...] a liberdade assistida é a medida que apresenta melhores condições de se lograr êxito, nos seguintes termos: [...] Das medidas socioeducativas, a que se mostra com as melhores condições de êxito é a da *liberdade-assistida*, porquanto se desenvolve direcionada a interferir na realidade familiar e social do adolescente, tencionando resgatar, mediante apoio técnico, as suas potencialidades. O acompanhamento, como a inserção no sistema educacional e do mercado de trabalho, certamente importará o estabelecimento de projeto de vida capaz de produzir ruptura com a prática de delitos, reforçados que restarão os vínculos entre o adolescente, seu grupo de convivência e a comunidade.

Do exposto, depreende-se que a liberdade assistida é uma medida aplicada para atos mais graves, mas que ainda não requerem a privação total da liberdade, viabilizando, desta forma, a possibilidade do adolescente repensar a sua conduta, contando com suporte de assistentes sociais e psicólogos durante o processo do cumprimento da medida.

A semiliberdade é uma medida socioeducativa de caráter coercitivo; afasta o adolescente infrator do convívio com a comunidade, não restringindo, totalmente o direito de ir

e vir, visto que se destina a adolescentes que trabalham e estudam de dia e à noite recolhem-se em uma entidade específica. Está prevista no art. 120 do ECA:

Art. 120 – O regime de semiliberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.

§ 1º É obrigatória a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação.

De acordo com Liberati (2002, p. 95):

Evidenciam-se duas formas de semiliberdade, sendo a primeira a determinada pela autoridade judiciária desde o início, após a prática do ato infracional, através do devido processo legal, e a segunda, ocorre quando o adolescente internado é beneficiado com a mudança de regime, de internamento para a semiliberdade.

Esta medida impõe ao adolescente que permaneça em estabelecimento determinado pelo Juiz, sendo obrigatórias a escolarização e a profissionalização.

No Brasil, a aplicabilidade dessa medida é limitada devido à ausência de unidades específicas suficientes para acolher os jovens impúberes somente à noite, aplicando medidas pedagógicas durante o dia. Volpi (2002, p. 26) demonstra que:

A ausência de unidade nos critérios, por parte do judiciário na aplicação de semiliberdade, bem como a falta de avaliações das atuais propostas, têm impedido a potencialização dessa abordagem. Por isso propõe-se que os programas de semiliberdade sejam divididos em duas abordagens: uma destinada a adolescentes em transição da internação para a liberdade e/ou regressão da medida; e a outra aplicada como primeira medida socioeducativa.

Sendo assim, apesar de possuir caráter pedagógico, permitindo que o adolescente trabalhe e estude durante o dia, a medida socioeducativa de semiliberdade, na prática, não tem sido evidenciada, por inexistirem programas específicos.

A Internação priva o adolescente infrator da liberdade e se sujeita aos seguintes princípios: brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento¹⁶ do adolescente. Assim dispõe o art. 121 do ECA:

A internação constitui medida privativa de liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

§ 1º Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses.

§ 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

§ 4º Atendido o limite estabelecido no parágrafo anterior; o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida.

§ 5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.

§ 6º Em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

¹⁶ Por brevidade, entende-se que a medida socioeducativa deve ser cumprida pelo adolescente logo em seguida à prática do ato infracional; o princípio da excepcionalidade significa que a medida socioeducativa de internação deve ser aplicada apenas em casos extremos, quando não couber nenhuma das outras medidas, que não comportem privação de liberdade; e por fim, o respeito à peculiar condição de pessoa em desenvolvimento significa que devem existir propostas pedagógicas e de ressocialização, para que a medida cumpra seu efeito.

O tempo de internação deve ser no mínimo de 6 meses, não podendo exceder o período de três anos, devendo o jovem ser liberado quando atingir a idade de 18 anos.

Embora segundo o § 5º, do art. 121 do ECA, a liberação compulsória se dará aos vinte e um anos de idade, este parágrafo foi revogado pelo Novo Código Civil.

A medida de internação deve ser proposta pelo promotor e aplicada pelo magistrado em casos mais graves, onde evidenciar-se realmente esta necessidade, em conformidade com o art. 122 do ECA:

Art. 122 – A medida de internação só poderá ser aplicada quando: I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Esta é a medida socioeducativa mais rígida estabelecida no Estatuto, pois priva o adolescente de seu direito de ir e vir. Segundo Tavares (1999, p.118):

[...] O adolescente poderá trabalhar e estudar fora do estabelecimento onde é recolhido, se não oferecer perigo à segurança pública ou à sua própria incolumidade, segundo avaliação criteriosa da equipe interprofissional que assessora a Justiça da Infância e da Juventude.

A medida da internação deverá ser aplicada somente quando se constatar realmente sua necessidade, visto que causa insegurança, gera agressividade e frustração, afastando-se dos objetivos pedagógicos propostos pelas demais medidas.

O ideal é que a entidade onde o adolescente infrator se encontra possua profissionais especializados e disponibilize propostas pedagógicas adequadas de acordo com critérios psicológicos de cada jovem, a fim de que se permita a reeducação do adolescente. Isto porque, a ausência de entidades especializadas e dotadas de profissionais preparados, já demonstrou ser ineficaz. Exemplo disto são as rebeliões na FEBEM das grandes cidades.

O adolescente infrator internado tem direitos específicos, assegurados pelo ECA:

Art. 124 – São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes: I – entrevistar-se pessoalmente com o representante do Ministério Público; II – peticionar diretamente a qualquer autoridade; III – avistar-se reservadamente com seu defensor; IV – ser informado de sua situação processual, sempre que o solicitar; V – ser tratado com respeito e dignidade; VI – permanecer internado na mesma localidade ou naquela mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsável; VII – receber visitas, ao menos semanalmente; VIII – corresponder-se com seus familiares e amigos; IX – ter acesso aos objetos necessários à higiene e asseio pessoal; X – habitar alojamento em condições adequadas de higiene e salubridade; XI – receber escolarização e profissionalização; XII – realizar atividades culturais, esportivas e de lazer; XIII – ter acesso aos meios de comunicação social; XIV – receber assistência religiosa, segundo a sua crença, e desde que assim o deseje; XV – manter a posse de seus objetos pessoais e dispor de local seguro para guardá-los, recebendo comprovante daqueles porventura depositados em poder da entidade; XVI – receber, quando de sua desinternação, os documentos pessoais indispensáveis à vida em sociedade.

Depreende-se assim que a restrição da liberdade deve limitar somente o exercício do direito de ir e vir, não se estendendo a outros direitos constitucionais, condição para que ocorra a inclusão social.

Segundo o inc. III do art. 122 do ECA, a internação deve ser aplicada quando houver descumprimento reiterado e injustificado da medida anteriormente imposta.

Enfim, a internação, por meio da privação da liberdade também objetiva a ressocialização do adolescente, a este demonstrando que a limitação do exercício do seu direito de ir e vir foi a consequência dos atos infracionais praticados.

2. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

Conforme exposto no capítulo anterior, foram analisadas as causas das práticas infracionais dos adolescentes bem como a evolução histórica do tratamento dispensado sobre tais atos. Vimos no Brasil que anteriormente à Constituição Federal de 1988 não havia mecanismos de proteção efetivos, com a doutrina da Proteção Integral, ou melhor, que tutelassem os direitos da criança e do adolescente e os considerassem como sujeitos de direitos, sujeitos-cidadãos, de modo que antes do surgimento do ECA, os “cuidados” prestados ao “menor” advinham de ideologias estigmatizantes na abordagem de “menores delinquentes” e “crianças abandonadas”, expressamente quando lê-se o Código de Menores de 1979, através da doutrina do “menor” em situação irregular.

Observou-se, portanto, que no Brasil a tutela aos direitos da criança e do adolescente ocorreu tardiamente. Além dos estigmas trazidos em seu bojo, compreende-se que as práticas infracionais juvenis são causadas principalmente por problemas sociais, decorrentes de omissões conjuntas, abordadas na Teoria da Culpabilidade. Logo, quanto aos seus impactos na sociedade, a redução da maioria penal ampliaria ainda mais essas omissões ao invés de saná-las.

Neste segundo momento, se a redução da maioria penal contraria princípios constitucionais de proteção à criança e ao adolescente e se é possível, exemplificamente, a PEC 171/93, visto que o art.5º da Constituição Federal não traz expressamente disposições sobre o rebaixamento da idade penal.

Conforme a Teoria do Direito, o nosso ordenamento jurídico é formado por um conjunto de normas. Referidas normas estão dispostas de forma hierárquica, podendo ser representadas pela figura da pirâmide kelseniana, onde podemos alocar normas superiores e inferiores. As normas constitucionais, por força do princípio da supremacia da Constituição, encontram-se no ápice da pirâmide normativa, logo abaixo estão os tratados internacionais que ainda não foram aprovados com quórum de emenda constitucional (por exemplo, o Pacto São José da Costa Rica), sendo seguidos pelas normas infraconstitucionais até as normas mais inferiores, formadas por particulares, os contratos.

Ainda no ápice da pirâmide normativa, portanto, no patamar da norma constitucional, podem ser identificadas duas espécies normativas: os princípios constitucionais e as regras constitucionais.

Os princípios constitucionais situam-se, portanto, no vértice da pirâmide normativa e expressam os valores transcendentais éticos, políticos e jurídico arraigados ou consolidados na sociedade, convertidos pelo legislador constituinte em princípios jurídicos.

Conforme Pedreira e Trentin (2007, p.78), tanto o texto constitucional quanto o Estatuto da criança e do adolescente apresentam uma série de princípios. Dentre os princípios mencionados pela doutrina merecem destaque os princípios da prioridade absoluta; da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento; da participação popular; das excepcionalidades e da brevidade.

2.1 PROTEÇÃO ATRAVÉS DAS REGRAS MÍNIMAS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA, DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE (REGRAS DE BEIJING)

Por mais que as legislações brasileiras anteriores à Constituição Federal de 1988 e ao ECA tenham a importância de haverem previsto pioneiramente a “doutrina penal do menor”, a exemplo do que ocorreu no Código Penal do Império de 1830, no Código de Menores de 1927 e no Código de 1979, conforme Tavares (1999, p. 129), nenhuma delas até meados do século XX, a não ser através da coerção, regulava a proteção à infância e à juventude, de maneira que todo amparo à infância no Brasil era prestado por religiosos com a nítida função de defesa dos direitos infanto-juvenis. Isso mostra como a tutela dos direitos infanto-juvenis no País aconteceu tardiamente em comparação com os países europeus, como a Inglaterra, em 1919, com o programa *Save the Children Fund* (Fundo de Amparo às Crianças).

Por outro viés, a partir da atual Constituição Federal, houve no País um manifesto implemento das políticas e dos mecanismos de proteção social da criança e do adolescente.

Essas políticas foram influenciadas pelas Regras Mínimas de Beijing, que ocorreram após várias pesquisas internacionais, conforme o anexo B – Tendências ao Crime –, e iniciativas do comitê permanente das Nações Unidas, órgão competente para estudar a estatística preventiva dos atos delituosos além de tutelar o tratamento dispensado ao adolescente em conflito com a Lei, de modo que essas regras foram aprovadas em 1985. No País, esse documento não significou a imposição de aspecto normativo, no entanto representou o âmago teleológico para a elaboração do ECA como legislação especial de uma política criminal, em virtude de o Estatuto incorporar os princípios contemporâneos (das Regras de Beijing) que definem o respeito aos direitos fundamentais e constitucionais de proteção à criança e ao adolescente.

Conforme Liberati (2002, p. 291):

Esse documento enuncia os princípios para a proteção aos direitos fundamentais de todo homem, inclusive do jovem infrator. Essas regras representam, pois, a consideração das condições mínimas para o tratamento dos jovens infratores em qualquer parte do mundo. Como signatários, os Estados devem respeitá-las e integrá-las em suas leis internas.

Podemos concluir, portanto, que as Regras Mínimas de Beijing propõem novos procedimentos na tutela ao adolescente em conflito com a Lei, mais especificamente a medidas socioeducativas que substituem a medida privativa de liberdade por outra que deve ser cumprida em regime aberto. Depois da disseminação internacional dessas Regras, as medidas privativas de liberdade se tornaram a exceção ao passo que a execução de medidas socioeducativas com fins pedagógicos se tornou a regra.

Essa análise não é nem um pouco difícil de ser compreendida, conforme Mirabete (2004, p.219), visto que o sistema carcerário comum (para os adultos) causaria danos à formação da personalidade do adolescente infrator.

As Regras de Beijing propõem procedimentos para que os adolescentes em conflito com a Lei sejam tutelados por um sistema de responsabilidade penal juvenil e estatutária que atua com a finalidade de não os expor de modo prematuro ao direito penal comum (dos adultos) em virtude de esses jovens não possuírem maturidade mental e emocional plenas.

2.1.1 Princípio da Prioridade Absoluta

Segundo este princípio, o da prioridade absoluta, toda criança e adolescente tem prioridade no atendimento dos serviços públicos e na formulação das políticas sociais, tal princípio está consagrado no caput do artigo 227 da Constituição Federal.

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança e ao adolescente, com a 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, exploração, violência, crueldade e opressão.

Em relação com o exposto na Constituição Federal, o parágrafo único do artigo 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece o seguinte:

- a) Primazia de receber proteção e socorro em qualquer circunstância;
- b) Precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) Preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) Destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e a juventude (BRASIL, Lei nº 8.069/1 990, 2009, p. 1.047).

Tal princípio da prioridade absoluta estabelece que crianças e adolescentes devam ser protegidos em absoluta prioridade, em primeiro lugar na escala de prioridade e preocupação da sociedade e dos governantes para que atenda todas as necessidades inerentes à criança e ao adolescente.

Segundo o que Liberati (2002, p.131) expõe:

Por absoluta prioridade, devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes [...] Por absoluta prioridade entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveria asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante.

Note-se que, com a disposição do art. 227 da Constituição Federal, pela doutrina da proteção integral, permanecem concomitantes, por exemplo, o princípio da prioridade absoluta e a teoria da coculpabilidade – decorrentes da redefinição de direitos coletivos ou difusos, embora numa recepção tardia –, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo Veronese (2015, p.126), surgiu de uma lenta implementação de convenções internacionais tais quais a Declaração Universal dos Direitos do Homem (através das Nações Unidas em 1948), a Declaração Universal dos Direitos da Criança (em 1959), Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (em 1989) e a Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento da Criança nos Anos 90.

Conforme Veronese (2015, p.138), em consonância com as convenções internacionais supracitadas, é manifesta a relevância de que o ECA seja uma Lei com um novo paradigma sobre a Infância e a Juventude, aliás, contemporâneo com a implantação de políticas como o SINASE (2012) e o SINAJUVE (2013). Com o ECA, o estigma histórico¹⁷ do “menor” em situação irregular é contestado com base em princípios nos quais o adolescente passa mais efetivamente a ser integrado como sujeito de direito pelo fato de viver em um Estado Democrático.

Nesse ínterim, a redução da maioria penal estaria em confronto com as políticas recentes, que buscam resguardar o princípio da prioridade absoluta.

2.1.2 Princípio da Condição Peculiar da Pessoa em Desenvolvimento

O destinatário dos direitos e garantias fundamentais da infância e da juventude é a criança e o adolescente, ou seja, alguém que está em constante transformação física e psíquica, como alega o artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Na interpretação desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. Com efeito, a infância e a

¹⁷ Conceito ao qual a criminologia crítica define como “etiquetamento” (*labelling approach*).

adolescência podem ser traduzidas como um período de rápidas e constantes modificações físicas e culturais, cujo sujeito, em pouco tempo terá atingido a maturidade adulta¹⁸.

Além do mais, conforme Fiorelli, Mangini (2016, p.376), os adolescentes, embora possam demonstrar a consciência de seus atos, ainda, sim, permanecem dependentes de “modelos” (estereótipos) a serem seguidos na vida adulta e sentem, como todos nós, a necessidade de autorrealização, a busca de relações afetivas e status social. E torna-se óbvio que, na maioria das vezes, se o adolescente se mantiver diante de conjuntas privações (sociais e afetivas), é possível que procure compensá-las com a figura ideal do traficante como seu “modelo” a ser seguido, o seu herói.

Conforme Cabrera (2006, p. 13), as condições que a família, a sociedade e o Estado tiverem ofertado a este sujeito serão marcantes na sua formação, motivo pelo qual toda e qualquer medida a ser aplicada a ele deverá considerar que o destinatário da norma é um sujeito especial de direito que está vivenciando um momento mágico e único, próprio de quem está em pleno processo de formação.

Reforçando o discurso de Cabrera, em Rosa (2005, p.209), é possível apreciar a importância sem precedentes do princípio constitucional da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento através da busca da emancipação do adolescente para o exercício da cidadania:

O engajamento social do adolescente como sujeito depende, primeiro, do reconhecimento de sua autonomia. E isto, somente ocorre se há o estabelecimento de um diálogo no qual o adolescente possa esclarecer suas motivações, suas angústias com suas situações - familiares, sociais, sexuais, etc. - interditando-se os excessos de gozo de forma a não aniquilar o sujeito que está se constituindo.¹⁹

Analisando Veronese (2015, p.100), o ECA representa uma desvinculação definitiva com a doutrina da situação irregular do Código de Menores de 1979 e difunde garantias de um tratamento diferenciado para os jovens de até 18 anos. Tendo como alicerce a Doutrina da Proteção Integral, o princípio da pessoa em condição peculiar de desenvolvimento resguarda o direito ao pleno desenvolvimento físico, psicológico e social²⁰ aos sujeitos-cidadãos do Estatuto.

¹⁸ Conforme Silva, Mercurio e López (2012, p.43), através das neurociências – com utilização de sondas cognitivas e neuroimagens –, houve recentes avanços a respeito do desenvolvimento do cérebro nas diversas fases da vida. Destacamos as pesquisas efetuadas sobre as regiões frontais do cérebro, responsáveis pela tomada de decisão. O córtex, além dessa função, também controla os impulsos. É talvez, em virtude disso, uma das regiões mais complexas do cérebro, a qual só atinge seu amadurecimento quando o indivíduo estiver próximo dos 21 (vinte e um) anos de idade.

¹⁹ Ver também Veronese (2015, p.283)

²⁰ De acordo com o psicólogo, geneticista e neurocientista norte-americano Howard Gardner (*apud* LEAL, 2014, p. 20), acredita-se – através da obra *Estruturas da Mente – A Teoria das Inteligências Múltiplas* – que cada indivíduo apresenta formas únicas no desenvolvimento de processos cognitivos, influenciados por interesses e desejos (culturais, sociais, etc.). Com base nas especulações de Gardner, ressalta-se ainda mais a importância deste princípio constitucional de proteção à criança e ao adolescente, pois há a inferência de que os jovens possuem maior “plasticidade neural” e ao mesmo tempo são mais dependentes, no sentido pedagógico, de projetos de envolvimento social como o *Good Work Project* (projeto de trabalho para o bem) para a aquisição e a conquista do conhecimento conforme suas habilidades.

Contrariamente ao Direito Penal – que detém função uma essencialmente retributiva e punitiva –, segundo Veronese (2015, p.265), o ECA, por trazer em seu bojo uma função pedagógica, embora imponha ao infrator medidas coercitivas e de reparação de dano, propõe-se a promover com as medidas socioeducativas uma ressocialização mais concisa com o princípio da dignidade da pessoa humana, reforçando aos sujeitos-cidadãos do Estatuto o princípio da pessoa em condição peculiar de desenvolvimento como compromisso e responsabilização estatutária.

Com esse raciocínio, é possível compreender que a viabilização destes princípios e direitos fundamentais garantidos aos sujeitos-cidadãos do ECA se transforma em cláusula pétrea expandida, devido à necessidade de sua concreta efetivação, e consolida um termo doutrinário (que será abordado mais adiante) definido como Efeito *Cliquet* ou princípio da vedação do retrocesso.

De acordo com Veronese (2015, p.134), a Regra de Beijing nº 11 destaca: “Entende-se por jovem uma pessoa de idade inferior a 18 anos. A lei deverá estabelecer a idade-limite antes da qual o jovem não poderá ser privado de liberdade.”

Adotando a mesma linha de raciocínio, mas com uma postura mais técnico-eclética, Tavares (1999, 111) afirma:

Por fim, uma definição do que é, para os fins do Estatuto, pessoa em desenvolvimento: pessoa humana em fase de imaturidade biopsíquico-social por ser menor de 18 (dezoito) anos de idade, segundo a presunção legal.

Além do mais, o que o autor pretende expor com essa visão holística é de que a hermenêutica deve buscar a interpretação mais favorável à doutrina da proteção integral dos interesses do adolescente, proteção esta que há de preponderar sobre qualquer outro objeto jurídico tutelado, garantindo garantias à criança e ao adolescente, que são sujeitos de direito e pessoas em desenvolvimento.

Consequentemente, entendemos que o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, o qual se encontra no art. 6º do ECA, não só reconhece o detalhe dessa condição, mas também se funde à condição de sujeito de direitos e à da política da prioridade absoluta com a finalidade de construir uma nova legislação que promova o exercício do direito infanto-juvenil brasileiro.

Em decorrência de sua fusão a essas duas outras condições, a peculiar de pessoa em desenvolvimento reflete a necessidade em reconhecer que os jovens (com menos de 18 anos de idade) não têm consciência plena de seus direitos e também não possuem condições para exercê-los integralmente. Diante disso, observamos que não são ainda dotados de capacidade plena, em especial as crianças, de defender juridicamente as suas necessidades básicas. Por exemplo, um jovem de 16 anos tem livre arbítrio para votar, no entanto necessita da anuência dos pais no que se refere a desempenhar determinados trabalhos e para outros necessita de

idade mínima, como dirigir ou obter um cargo público²¹ (em ambos, há o requisito da idade mínima de 18 anos).

Com essa análise, podemos deduzir que a redução da maioridade penal não seria uma alternativa eficaz como controle de violência por violar materialmente a condição de peculiar desenvolvimento em que os adolescentes se encontram.

Além do mais essa condição define-se como transitória, pois, conforme Santos (2003, 122), a conduta infracional do adolescente é um fenômeno social normal que tende a desaparecer com a maturidade:

As ações antissociais características da juventude não constituem, isoladamente e por si sós, raiz da criminalidade futura do adulto, nem passagem para formas mais graves de criminalidade, como homicídios, roubos, estupros, por exemplo: o caráter específico do comportamento desviante da juventude, segundo várias pesquisas, explica sua extinção espontânea durante a “Peack-age” e, em regra, não representa sintoma justificante da necessidade de intervenção do Estado para compensar defeitos da educação²².

Não obstante, segundo Tavares (1999, p.113), em geral os psicólogos costumam se posicionar no sentido de que o homem está em contínuo desenvolvimento e de que as primeiras fases (infância e adolescência) são preponderantes na formação posterior da personalidade de cada indivíduo, ou seja, os jovens não são pessoas de capacidades relativas, que só se tornarão plenas na idade adulta, se nos referirmos a eles como sujeitos de responsabilidades pessoais e cívicas. Mas, sim, cada jovem representa sua etapa de maneira particular, que é um momento de plenitude, o que permitirá à criança e ao adolescente – ou não, conforme os estímulos sociais – se integrarem à família, à sociedade e ao Estado.

Em virtude disso, pode-se concluir que crianças e adolescentes possuem todos os direitos que possuem os adultos, além de direitos específicos, de acordo com a sua faixa etária. Reduzir a maioridade penal violaria expressamente o princípio constitucional de pessoa em condição peculiar de desenvolvimento.

2.1.3 Princípio da Participação Popular

De acordo com esse princípio, a comunidade, agindo em conjunto com o poder público pode participar da definição da política de atendimento da criança e do adolescente. Discutindo e deliberando, por meio dos sistemas adotados pelas respectivas esferas de governo, bem como conselhos, audiências públicas, conferências, etc., quais os objetivos e iniciativas que serão adotados para busca da efetividade dos direitos das crianças e dos adolescentes (BITTAR, 2004, p.21).

²¹ Ver a Súmula 74, do Superior Tribunal de Justiça, a qual expõe que não se confunde capacidade civil com a imputabilidade penal.

²² Observe que esse trecho argumenta no sentido contrário ao raciocínio da Teoria das Janelas Quebradas, de George Kelling.

Mais enfaticamente, o princípio da participação popular, que visa o atendimento da criança e do adolescente, está inserido no artigo 227 § 3º. e 7º, c/c. artigo 204, inciso II, ambos da Constituição Federal.

Conforme expõe Bittar (2004, p.21), a participação popular, por representar a universalização de direitos políticos e sociais, fornece amplas possibilidades para o exercício mais efetivo da democracia, permitindo, pois, mais celeridade através de uma participação direta e descentralizada, em especial quando se trata de assuntos de interesse local.

Como já abordado, temos de reconhecer que o Estatuto da Criança e do Adolescente, com a finalidade precípua de gestão de políticas embasadas na Doutrina da Proteção Integral, se tornou um mecanismo de relevante mudança paradigmática a respeito de uma nova concepção da qual se constituem a criança e o adolescente, pois a estigmatizante concepção histórica do “menor” abandonado e infrator, em situação irregular, conforme previsão no Código de Menores de 1979, foi superada pela ideia de que a criança e o adolescente são considerados sujeitos de direitos, gozando de princípios constitucionais de proteção como o de condição peculiar de desenvolvimento e o da prioridade absoluta. Como se percebe, e conforme Veronese (2015, p. 150), os direitos e garantias foram se incorporando às legislações contemporâneas e tornaram-se instrumentos importantíssimos para a efetiva cidadania no Estado Democrático de Direito.

Sob esse viés, foi necessário que o Estatuto então modificasse o paradigma da gestão das políticas com foco na participação popular para a infância e a juventude. Essa participação, ocorrendo de maneira descentralizada, poderá atuar tanto na formulação quanto na fiscalização de políticas públicas. No que se refere à infância e à juventude, conforme Bittar (2004, p. 23), a implantação de Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente – órgãos públicos paritários e deliberativos, responsáveis por realizarem o controle social e fiscalizarem o desempenho de políticas executadas por instituições governamentais e não-governamentais, referentes ao Plano de Atendimento à Criança e ao Adolescente – deve ser organizada nos níveis municipal, estadual e federal, o que traz a possibilidade do engendramento dinâmico das políticas entre todas essas esferas, segundo disposição do artigo 86 do ECA:

Art. 86. A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Nesse sentido, o mencionado Plano deverá levar em questão se todas essas políticas estão de acordo com as garantias pactuadas pelo ECA, ou melhor, deverá averiguar se as políticas sociais básicas (tais quais a educação, a saúde, a profissionalização de jovens e o lazer, etc), as políticas de assistência social (como a proteção especial, destinada a crianças e adolescentes nos casos de risco pessoal e social) e as demais políticas garantistas estão fundamentadas para os devidos fins.

Os conselhos municipais – os quais integram o Conselho Tutelar, o Poder Judiciário, o Ministério Público, as organizações sociais e as não governamentais e profissionais especializados –, por exemplo, que defendem os Direitos da Criança e do Adolescente, vinculam-se à estrutura administrativa do município e têm parcialmente funções autônomas dentro deste ente político pelo fato de decidirem, após debates, conjuntamente com a sociedade, sobre políticas públicas voltadas ao atendimento de crianças e adolescentes em regime de prioridade absoluta.

O Estatuto, conforme art. 88, inciso II, e a Constituição Federal também dispõem que os conselhos municipais serão compostos de forma equiparável pelos representantes de Governo e pelos das organizações civis, de modo que, mais especificamente, para composição dos conselhos, a lei do município determinará a quantidade necessária de membros, os quais se reunirão, no mínimo, uma vez por mês, a fim de debaterem sobre questões atinentes ao atendimento da criança e do adolescente.

No entanto, ainda que saibamos que essa seja a previsão político-jurídica observada através dos dispositivos de lei, há inúmeros conselhos defensores dos direitos da criança e do adolescente que enfrentam vários obstáculos na formulação concreta das citadas políticas. Conforme Bittar (2004, p.22), o que ocorre é que – podemos dizer, embora esteja há mais de 20 anos em vigência – as conquistas trazidas pelo Estatuto não foram efetivadas ou não foram massificadas de maneira eficiente pelos representantes do Estado, além do que permanecem desconhecidas e desintegradas da população em geral, pois se observa pela mídia um contínuo desmantelamento e desvirtuamento de políticas relevantes, tais quais as destinadas à promoção e à proteção da infância e da juventude, como dispõe o art. 88, inciso IV, do ECA, sobre a gestão do Fundo Especial para a Infância e a Adolescência – FIA.

2.1.4 Princípio da Excepcionalidade

O princípio da excepcionalidade está expressamente inserido no ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 227 § 3º, inciso, V, da Constituição Federal, que estabelece a obediência aos princípios de brevidade, da excepcionalidade e do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade, como bem se ressalta este princípio, conforme Pedreira e Trentin (2007, p.80), impõem medidas privativas de liberdade apenas em caso excepcionais quando não houver outra mais adequada, neste contexto a prevalência das medidas em meio aberto, pois permitem a manutenção do adolescente com sua família.

Além do mais, o princípio em discussão informa que, existindo outras medidas socioeducativas, a internação será a mais adequada nas situações em que a prática infracional seja cometida mediante violência à pessoa, na prática reiterada de outras infrações mais

gravosas e o descumprimento reincidente e sem justificativa das medidas socioeducativas anteriormente impostas, observando-se que a liberdade do adolescente infrator constitua manifesta ameaça à ordem pública e, portanto, não haja outra possibilidade a não ser o isolamento da sociedade.

No entanto, não ocorrendo essa situação, será imposta medida menos contundente ao direito de liberdade do jovem infrator, impor-se-á, logo, essa em detrimento da internação, pois o que há de preponderar é o princípio da dignidade à pessoa do infrator, sendo proibida a imposição abusiva de medidas que sejam aversivas às garantias estabelecidas em prol do adolescente em conflito com a Lei.

Finalmente, o magistrado terá de avaliar tanto as condições peculiares do adolescente quanto a natureza da prática infracional em consonância com princípio da excepcionalidade para imposição da medida socioeducativa a qual deverá guardar a devida proporção com o bem jurídico afetado.

2.1.5 Princípio da Brevidade

Convém observar que o princípio da brevidade também remete à Constituição Federal, conforme o artigo 227 § 3º, inciso V, que trata sobre a aplicação da medida privativa de liberdade. Cumpre notar, conforme Hamoy (2007, p.41), que, por este princípio, se for aplicada qualquer medida que vá privar a liberdade do agente, que sua manutenção deverá ser mais breve possível, ou seja, deve apenas perdurar pelo prazo necessário e suficiente para a ressocialização do adolescente no convívio social, de modo que o recomendável para o adolescente reeducando seja permanecer no seu lar, com seus pais, por virtude do referido princípio constitucional.

Nesse sentido, há de se observar quanto à internação o período máximo de até 03 (três) anos, além de, há cada 06 (seis) meses transcorridos da aplicação da medida socioeducativa, ser necessária uma avaliação periódica comportamental do reeducando com o intuito de se averiguar a permanência ou não da medida ou, conforme a possibilidade, a substituição desta por outra mais adequada.

No entendimento de Nogueira (1998, p.39), a medida deverá atender a um período mínimo:

Ainda que não tenha sido fixado, o prazo mínimo, conforme salientamos deve corresponder a seis meses, que será o prazo para a primeira avaliação e continuidade para a sua aplicação (...).

Em consonância com a posição desse autor, Hamoy (2007, p. 43) confirma a ideia de que a medida de internação pode perdurar por prazo indeterminado, porém de modo algum deverá exceder o prazo máximo de 03 (três) anos, conforme disposição do art. 121 do Estatuto

da Criança e do Adolescente: “a medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses”.

No entanto, deve-se esclarecer que o livre convencimento do magistrado não está adstrito, por exemplo, a um parecer de médicos e psicólogos favorável à desinternação do adolescente em conflito com a Lei, em virtude de o juiz poder decidir de acordo com seu arbítrio e, logo, poderá requerer exames complementares que atestem suas evidências.

Com base nos tópicos já expostos sobre os princípios constitucionais de proteção à criança e ao adolescente e em seus antecedentes históricos, segundo Liberati (2002, p.93), o princípio da brevidade representou um avanço do Estado Democrático de Direito no que se refere à tutela e proteção ao adolescente, pois a internação, no Código de Menores de 1979, além de segregativa, tendo em vista que se regulava através da Doutrina da Situação Irregular, era uma medida disciplinar imposta sem distinções tanto a crianças quanto a adolescentes abandonados, carentes e inadaptados e que tivessem cometido prática infracional.

Portanto, é possível concluir – e também, conforme Veronese (2015, p.265) – que o princípio da brevidade, junto ao da excepcionalidade, é uma forma de comprovação de que privar o homem do convívio social não é a melhor alternativa para resgatá-lo e inseri-lo posteriormente na sociedade nem como controle da violência.

2.2 DIREITOS DO ECA COMO CLÁUSULAS PÉTREAS EXPANDIDAS E O EFEITO *CLIQUET* DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Embora já reconhecido como *Nichtumkehrbarkeitstheorie* (teoria da irreversibilidade) pelo Tribunal Federal Suíço – com o jurista e sociólogo Jörg Paul Müller – e pelo Tribunal Constitucional Alemão – com o juiz e jusfilósofo Ernst-Wolfgang Böckenförde –, o termo doutrinário Efeito *Cliquet* – ou princípio da vedação do retrocesso, em nossa abordagem, o penal – conceituado pelo jurista francês Gregory Mollion comparativamente ao instrumento (“catraca”) usado por alpinistas durante sua escalada para impedir a queda, como aborda Sarlet (1999, p.114).

Na teoria política contemporânea (do neoconstitucionalismo), a filosofia constitucional, a teoria do direito, a filosofia do direito e a filosofia política do Estado passaram a se entrelaçar de modo que os direitos fundamentais necessitam ser analisados como cláusulas do contrato social, nossa Carta Magna, reforçando a democracia e condicionando-a à continuação do cumprimento do pacto. Observa-se que esta teoria tem a finalidade de vedar possíveis violações a direitos fundamentais, como ocorreram na Alemanha após a Constituição de Weimar, com ascensão ao poder pelo regime nazista, e no Brasil, em 1964, com a instauração da Ditadura Militar. De modo que o princípio da vedação do retrocesso se efetivou com o surgimento da Constituição Federal de 1988 (MOREIRA, 2012, p.92).

Nesse ínterim, através da interpretação do Supremo Tribunal Federal atribuída ao §4º do art. 60 da Constituição Federal, além das garantias de imunidades, a conclusão é de que as reformas constitucionais só podem modificar os direitos fundamentais para melhorá-los, nunca para enfraquecê-los²³. Essa é a interpretação do “abolir”, conforme aponta Moreira (2012, p. 320). O Brasil, ao celebrar tratados internacionais, ao estabelecer princípios na Constituição de proteção à infância e à juventude, ao criar o ECA com base em padrões da ONU e ao criar a Lei do SINASE (Lei 12.594/12) e do SINAJUVE (Lei 12.852/13), estaria se comprometendo a defender os direitos da criança e do adolescente, ou seja, estaria realizando a escalada dos direitos contidos no ECA? Sem sombra de dúvida.

Segundo o que expõe o art.19, do Pacto San José da Costa Rica, promulgado no Brasil através do Decreto nº678/92, externalizam-se os direitos da criança e do adolescente como direitos fundamentais:

Art. 19 Toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte da família, da sociedade e do Estado (BRASIL. Decreto 678/92, 2014, p.1816)

Deste modo a redução da maioria penal estaria quebrando todos esses dispositivos, além, é claro, a proteção à liberdade. Esta última, assevera Barroso (2003, p. 29), se liga à noção de um mínimo existencial correspondente em todos os direitos fundamentais dentro do espectro como protegidos pelo §4º do art. 60, da CF, pois estes, manifestando-se no cumprimento da liberdade do homem, se correlacionam à dignidade humana, que conduz à proteção pétrea dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, o Efeito *Cliquet* decorre do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais.

Na mesma linha doutrinário-jurídica sobre o Efeito *Cliquet* – em coerência ao que dispõe o art.19, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) – se posiciona Ramos (2011, p.47):

(...) Os tratados internacionais de direitos humanos contêm, como cláusula padrão, a menção à primazia da norma mais favorável ao indivíduo, impedindo que a interpretação de suas normas possa diminuir a proteção já alcançada.

Sob pena de violar direitos e liberdades fundamentais, o legislador não pode restringi-los além das condições expressas na Constituição e deve seguir como interpretação extensiva do art.5º “garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade...”. Se não fosse assim, não haveria a necessidade da inclusão expressa do §2º, do inciso LXXVIII, do art.5º, denominada pela doutrina pátria como cláusula de abertura:

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.

²³ Ver o *leading case* brasileiro sobre o assunto: o Recurso Extraordinário Nº 67.046, no qual o Supremo Tribunal Federal consagra o Princípio da Anterioridade Tributária como norma de direito fundamental.

A Constituição não adota princípios específicos, como o da proteção integral e o da excepcionalidade, para proteção da criança e do adolescente em seção própria, conforme pactuado em acordos internacionais, além de previsão em lei infraconstitucional (Lei 8.069/90)?

Neste sentido, cumpre salientar que o Efeito *Cliquet* é plenamente aplicável como vedação à redução da maioria penal em virtude do pactuado em convenções internacionais e da tendência mundial pela maioria penal aos 18 anos – embora os reducionistas busquem argumentos em países da *common law*, em africanos e alguns asiáticos, que são baseados em seus precedentes históricos, que se utilizam de idade penal muito abaixo da estabelecida pela ONU –, verificando-se desde logo que PECs como a 37 e 171 enfraquecem, desintegram e são incoerentes com o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) – de princípios administrativos, políticos e pedagógicos que orientam os programas de medidas socioeducativas –, com a Doutrina da Proteção Integral do Direito Brasileiro – que obriga que os direitos humanos de crianças e adolescentes sejam respeitados e garantidos de forma integral e integrada às políticas de natureza universal, protetiva e socioeducativa –, com os parâmetros internacionais de leis especiais para os casos que envolvem pessoas abaixo dos dezoito anos autoras de infrações penais, com a Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente da Organização das Nações Unidas (ONU) e a Declaração Internacional dos Direitos da Criança compromissos assinados pelo Brasil e, principalmente, com a nossa Carta Magna.

Juristas reconhecidos internacionalmente, como a advogada argentina Mary A. Bellof, manifestaram-se contrariamente à redução da maioria penal em troca de garantias processuais (julgamento de adolescentes como se fossem adultos), no dia 23 de março de 2012, por ocasião do Seminário Anual de Extensão Universitária da Faculdade de Direito de Buenos Aires organizado pelo Departamento de Direito Penal e Criminologia.

Segundo Bellof, em consonância também pela abordagem de Jorge Trindade (*apud* PASCUIM, 2007, p.130), a ampliação do Direito Penal não só não resolve os problemas sociais, como a violência, pois orienta esta tensão de um caminho para outro, mas também agrava os problemas já existentes e gera novos transtornos sociais muito além da função simbólica do Direito Penal, onde este parece encontrar seu sentido: ou seja, sempre haverá necessidade de uma crescente criminalização para novas condutas e ainda sim o Direito Penal estará numa perpétua crise de legitimidade. O agravamento desses problemas sociais corroboram com os apontamentos do prof. Dr. Álvaro Filipe Oxley da Rocha (da PUCRS) sobre a violência mimética²⁴ (reprodução da violência) e do prof. Dr. Paulo César Busato (da UFPR) a respeito de Neurociências e Direito Penal (falácias do recrudescimento das penas), no

²⁴ Conforme Cordeiro (2003, p.75), “várias são as teorias que têm tentado compreender o fenômeno da agressão. Segundo a perspectiva, estas dão mais ou menos ênfase a processos de aprendizagem e experiência, cognitivos ou afetivos aos determinantes externos e internos. (...) existe um instinto universal de agressão que funciona no sentido de assegurar a defesa e a organização social. (...)”

5º Congresso Internacional de Ciências Criminais, realizado na PUCRS, de 28 a 31 de outubro de 2014.

Além disso, a advogada defende que modificar um regime (no nosso caso, do ECA para o Direito Penal) para castigar mais severamente adolescentes é uma alternativa proibida, de acordo com a proteção dos direitos da criança e do adolescente, e atentatória aos direitos humanos e ao corpo normativo internacional.

Portanto, de acordo com Moreira²⁵ (2012, p. 128), com a visão do neoconstitucionalismo preponderando sobre o Brasil, os direitos e garantias fundamentais não devem ser limitados por construções teóricas e cabe ao jurista buscar cumprir os objetivos da Constituição com a finalidade de defender a maximização dos direitos fundamentais com vistas a um constitucionalismo global.

2.3 CONTRARIEDADE À REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL CONFORME PRINCÍPIOS DO ECA E PRINCÍPIOS PENAIIS

Conforme exposto nos tópicos anteriores, a Constituição Federal ampara a criança e o adolescente através de princípios fundamentais específicos, diferindo – e muito –, portanto, do Direito Penal e seus princípios, tais quais o da intervenção mínima, o da ofensividade e o da responsabilidade pessoal.

No entanto, os princípios do ECA funcionam como balizamento para os princípios do Direito Penal, pois o Estatuto regula, aplica de forma própria medidas socioeducativas aos jovens em conflito com a Lei, não havendo necessidade da intervenção do Direito Penal.

Como assevera Flávio Gomes (2003, p.109-110), o Direito Penal existe com a finalidade de, além de conter e reduzir a violência estatal, servir como conjunto de garantias para todos os envolvidos no conflito penal respeitando, por exemplo, o princípio da intervenção mínima e o da subsidiariedade, ou seja, o Direito Penal deverá agir somente quando não existir lei que regule tal conflito:

A intervenção penal deve ser fragmentária e subsidiária. Isso (princípio da intervenção mínima) é o que caracteriza o chamado Direito penal mínimo. (...) Pela fragmentariedade, a tutela penal deve ser reservada para aquilo que efetivamente perturba o convívio social. Em outras palavras, ao estritamente necessário. (...) O Direito Penal, de outro lado, é subsidiário, isto é, só tem lugar quando outros ramos do Direito não solucionam satisfatoriamente o conflito. O Direito Penal, em suma, é Direito de *ultima ratio*.

Resta dizer: para os jovens de 16 a 18 anos existe lei que os puna por seus atos infracionais? Sim. O ECA.

²⁵ MOREIRA, 2012, p.76. Noventa por cento (90%) das ações de mérito no Brasil referentes a direitos humanos demonstram total adequação à principal tarefa de seu Tribunal Constitucional no século XXI, a exemplo do que ocorre na Espanha (97%) e Alemanha (93%): atender aos anseios de legitimidade, por meio da apropriação do discurso de defesa material dos direitos fundamentais.

Sob esse duplo viés de princípios – do ECA e os do Direito Penal –, parece-nos que a redução da maioria penal se aplicaria de maneira equivocada na sociedade brasileira, pois, se não se constituir uma verdadeira falácia para redução da violência, se constitui como um sofisma político, contrário à nossa Carta Constitucional. A redução da maioria penal desempenharia uma função ilegítima do Direito Penal. Conforme Flávio Gomes (2003, p.22):

As missões do Direito Penal (consequências desejadas oficialmente pelo sistema: de proteção de bens jurídicos, contenção da violência, etc.) não se confundem com suas funções (consequências reais do sistema penal). As principais missões do Direito Penal são: a) proteção de bens jurídicos; b) contenção da violência do Estado; c) prevenção da vingança privada; d) conjunto de garantias para todos (delinquentes e não delinquentes). A função legítima do Direito Penal é a instrumental (ele serve de instrumento para a proteção de bens jurídicos). Mas na atualidade vem o Direito Penal cumprindo pelo menos duas funções ilegítimas: a) a promocional (uso exagerado do Direito Penal para promover certos bens jurídicos – exemplo: Direito Penal ambiental); b) simbólica (utilização do Direito Penal para acalmar a ira da população, transmitindo a sensação de que com ele todos os problemas sociais são resolvidos – exemplo: alguns aspectos nefastos da lei de crimes hediondos).

Por isso, de acordo com Zaffaroni (2011, p.315), o retribucionismo, na tentativa de suprir argumentos perigosistas, por ser o pensamento penal contemporâneo na América Latina, impede o amadurecimento do Estado Democrático de Direito, pois a retribuição penal em sociedades extremamente injustas não pode ser justa quanto aos seus sistemas de produção e de distribuição, o que acaba por favorecer os setores mais tecnocratas (como o Judiciário) e outros que se valem do Direito Penal. E, também, por deficiência do Legislativo, não raras vezes, descaminhamos para soluções arbitrárias.

Segundo o que expõe Flávio Gomes (2003, p.23):

Pela sua função simbólica, o Direito Penal busca acalmar a ira da população em momentos de ira da população em momentos de alta demanda por mais penas, mais cadeias, etc. A Lei dos Crimes Hediondos é o maior exemplo disso. Sabe-se que o aumento nominal de penas, o agravamento da execução, não resolvem o problema da criminalidade constante. Apesar disso, lança-se mão do Direito Penal para cumprir esse papel. Num primeiro momento ele aplaca a ira popular, porém, depois de certo período, vê-se que o “remédio” não serviu para curar a “doença”. E assim o Direito Penal se retroalimenta: como o remédio anterior não foi dado na dose suficiente, necessita-se de “mais remédio”. Ocorre que o “remédio” (mais penas, mais cadeias, etc.) está errado. Logo, não adianta intensificar suas doses.

Em paralelo à posição de Flávio Gomes, Andrade (2003, p.25) argumenta que a globalização é uma nova etapa de dominação, que se orienta simbolicamente e estruturalmente na direção dos “excluídos” sob influência da matriz norte-americana (Política da Tolerância Zero). E em decorrência da radicalização da função simbólica, o Direito Penal se hiperinflaciona na ilusão de resolver os mais diversos problemas sociais e numa orquestração jurídica, política e midiática.

Além disso, cláusulas de atenuação genérica da pena, como o art.66²⁶ do Código Penal, permanecem ainda desconhecidas ou ignoradas na prática forense como elos entre os princípios da coculpabilidade penal, da dignidade da pessoa humana e o da intervenção mínima:

Art.66 A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. (BRASIL, Decreto-lei 2.848/40, 2014, p.343)

De acordo com Moura (2006, p. 29) – além da previsão da coculpabilidade no art. 227 da Constituição Federal, que dispõe sobre a responsabilização do Estado, da sociedade e da família na formação infanto-juvenil –, há também a coculpabilidade penal, a qual traz a possibilidade de mitigação da pena entre o Estado omissivo e o indivíduo infrator socialmente desfavorecido, em virtude daquele não fornecer serviços públicos e políticas adequadas no desenvolvimento deste.

Sob esse duplo viés, ao citarmos Santos (2002, p. 111), vislumbramos que, se por um lado a Coculpabilidade Penal permite a despenalização de condutas com base no abrandamento da pena ou a exclusão supralegal da culpabilidade penal do réu devido a fatores negativos a seu bem-estar social e intelectual advindos da omissão estatal na viabilização de direitos constitucionais, por outro, na Coculpabilidade²⁷ do art. 227, da Constituição Federal, conforme Veronese (2015, p.94), há a necessidade de implementação de políticas que resguardecam e protejam os direitos da criança e do adolescente alicerçadas na Doutrina da Proteção Integral.

Para comprovar ainda mais que a repressão, além de violar princípios fundamentais tanto do ECA quanto do Direito Penal, não reduz índices de violência, recentemente o professor Flávio Gomes²⁸ divulgou um artigo no qual países como Brasil e Estados Unidos, com política criminal puramente repressiva, continuam com aumento dos níveis de encarceramento e reincidência prisional ao passo que países europeus como Holanda e Suécia, além de respeitarem o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, estão reduzindo a

²⁶ Um exemplo da aplicação da Teoria da Coculpabilidade Penal – influenciada pela contribuição da Criminologia Crítica no que se refere ao processo hermenêutico das normas penais em consonância com os princípios do direito penal mínimo e da dignidade da pessoa humana – é obtido em Cordeiro (2003, p.75), no qual se apresenta um laudo demonstrativo médico-criminológico de uma ré/paciente que demonstra uma autodeterminação reduzida em “escalas clínicas (Mini-Multi)”. Ainda que o rendimento intelectual da examinada (Q.I 93), em avaliação de tipo global seja presentemente equivalente à chamada “Inteligência Normal Corrente” (90<Q.I. > 109), nas Matrizes Progressivas de Raven, e a capacidade mnésica esteja conservada (sem sinais sugestivos de deterioração mental no “screening” neuropsicológico), é sugerida a aplicação de redução da pena, pois, de acordo com o histórico apontado no laudo, as escalas clínicas patológicas da paciente são decorrentes do bloqueio emocional interno e do ambiente de extrema deterioração social/familiar (miséria e violência) em que vive a ré e são importantes factores de atenuação.”

²⁷ Conforme Cordeiro (2003, p.31), os adolescentes entre os 14 e 20 anos são mais propensos e mais vulneráveis a condições de risco em decorrência da maior impulsividade (maior produção de adrenalina) nestas idades, em especial se forem vitimados pela pobreza, pela instabilidade familiar, laboral e social, tornando-se presas fáceis da delinquência.

²⁸ FLÁVIO GOMES, Luís. **Suécia e Holanda fecham prisões. Brasil fecha escolas e abre presídios.** <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121932808/suecia-e-holanda-fecham-prisoas-brasil-fecha-escolas-e-abre-presidios>> Acesso em 16 Mar 2016.

“criminalidade”, ou melhor, despenalizando condutas como pequenos furtos e aplicando práticas restaurativas como a mediação e a conciliação²⁹ :

Por que Holanda e Suécia estão fechando prisões, enquanto Brasil e EUA estão aumentando os presos? Por que Noruega tem baixo índice de reincidência, enquanto são altos os índices no Brasil? Por que vários países estão diminuindo os presos e as prisões, enquanto o Brasil está fechando escolas para construir presídios? Por que países como Suécia e Holanda dão tratamento ameno à questão das drogas, enquanto Brasil e EUA continuam com a mentalidade repressiva?

Uma boa pista que se poderia sugerir para entender essas abissais diferenças pode residir na cultura de cada país: patriarcal ou alteralista. Um ponto relevante consiste em examinar o quanto os países mais liberais já se distanciaram do arquétipo do Pai (patriarcal) para fazer preponderar o arquétipo da alteridade. No campo econômico, apesar de todas as crises mundiais e locais, as nações mais prósperas neste princípio do século XXI (países nórdicos, Suíça, Canadá, Japão etc.) são as mais cooperativas, as mais solidárias (ou seja, as que contam com menos desigualdades).

Os EUA, apesar da 3º melhor posição no ranking entre os países de desenvolvimento humano muito elevado, apresentou uma taxa de 4,8 mortes para cada grupo de 100.000 habitantes, em 2010, ficando com a 5º maior taxa de homicídios entre os países com alto grau de desenvolvimento. (...) O país (EUA), que detém o maior número de portes de armas *per capita* do mundo, tem recebido alertas do governa Obama para conter a violência. Um estudo do *Martin Prosperity Institut* (Gun Violence in U. S. Cities Compared to the Deadliest Nations in the World), que compilou dados de vários órgãos, fez uma comparação das mortes por arma de fogo nas cidades dos EUA, comparando-as com as taxas de mortes dos países mais violentos pelo mundo. Descobriu-se que Nova Orleans, a cidade que mais mata por arma de fogo no país tem quase a mesma taxa de mortes que Honduras, o país que mais mata no mundo. Detroit foi comparada a El Salvador, Baltimore foi comparada a Guatemala, Miami foi comparada à Colômbia e Washington comparada a São Paulo.

Da mesma maneira, o Brasil vem mantendo índices muito elevados de violência. Em 2011, segundo o Datasus, órgão do Ministério da Saúde, foram registrados 52.198 homicídios. Em 2010, haviam sido registradas 52.260 mortes por homicídios. A política de segurança pública é cada vez mais falha, apesar dos milhões aplicados todos os anos erroneamente. Investe-se demasiadamente em construções de novos presídios e armamento da polícia, enquanto o número de escolas é cada vez mais reduzido e tratado pelo governo com descaso.

Concernente à análise de Flávio Gomes, em conformidade com o que esclarece Veronese (2015, p.277), contrariamente à redução da maioria penal, parece-nos, de modo similar aos países europeus, mais viável e coerente a manutenção e efetivação das propostas do ECA – com o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), instituído pela Lei Nº 12.594/2012, consubstanciado pela Justiça Restaurativa, advinda do “Planejamento das Ações para Implementação da Declaração de Viena sobre Crime e Justiça – Respondendo aos Desafios do Século Vinte e Um” –, pois, além de respeitar o princípio da intervenção mínima, o SINASE enseja a autocomposição dos conflitos, o que auxilia para uma solução autônoma entre as partes e, também, desburocratiza o Judiciário.

Em sintonia com o artigo apresentado, conforme o anexo C, é possível verificar que o Sistema Penal mantém cativa uma quantidade quase que absoluta de “excluídos” (em especial, pessoas de baixa escolaridade), inaptos à sobrevivência no meio capitalista e, por consequência, há que se ressaltar que, segundo o quadro comparativo de Veronese (2015, p.265) disposto no Anexo H, o Direito Penal e o ECA são institutos antagônicos.

²⁹ Conforme a disciplina Negociação e Mediação, ministrada pelo professor Paulo Roney Ávila Fagundez, no curso de Direito da UFSC.

Por essa razão é que Andrade (2003, p.123) defende que o Direito Penal tem uma função de eficácia invertida, ou seja, não viabiliza direitos, mas, sim, restringi-los e viola-los. Nesse panorama, o Direito Penal se constitui diversamente do ECA, pois neste há uma função excepcional e educativa da “pena” (medida socioeducativa), enquanto naquele, por excelência, há a negatividade e a repressividade.

Ademais, é através de sua função simbólica que o Direito Penal superestima a violência dos excluídos. Etiqueta-se o excluído como perigoso, culpável e criminoso, conforme Andrade (2003, p.143). Uma amostra desse etiquetamento pode ser visto a partir do excerto “Presunção de periculosidade”, art. 14, do Decreto-Lei Nº 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais):

Presumem-se perigosos, além dos indivíduos a que se referem os nºs I e II do art. 78 do Código Penal:

- I – o condenado por motivo de contravenção cometida em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, quando habitual a embriaguez;
- II – o condenado por vadiagem ou mendicância.

Tornando ainda mais explícita a contradição, ou melhor, o paradoxo com o nosso ordenamento jurídico, a redução da maioria penal afrontaria absurdamente, além de princípios constitucionais de proteção à criança e ao adolescente e de princípios constitucionais penais, os argumentos do tópico 23, da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, de 1984:

23. Manteve o Projeto a imputabilidade 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 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 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 (BRASIL. Lei Nº 7.209/84, 2014, p.325).

Em um trecho de outro artigo do professor Flávio Gomes, observam-se no âmbito prático a ineficiência, a violação de direitos fundamentais e a crise de legitimidade do Direito Penal perante as propostas de contenção dos índices de violência, como a PEC 171:

Para além de ser uma medida inconstitucional (violadora do art. 228 da CF e tantos outros dispositivos que asseguram o tratamento diferenciado do adolescente que está em fase de desenvolvimento da sua personalidade), a redução da maioria penal tende a ser inócua: de 1940 (data do Código Penal) até março de 2015 o legislador brasileiro reformou nossas leis penais 156 vezes. Nenhuma reforma legal jamais diminuiu qualquer tipo de crime no país, a médio ou longo prazo. Se 156 leis penais novas não funcionaram, qual a base empírica para se acreditar que uma nova lei, justamente a decorrente da PEC 171 (Proposta de Emenda Constitucional), seria diferente?³⁰

³⁰ FLÁVIO GOMES, Luís. **Redução da maioria penal** <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/178865734/reducao-da-maioridade-penal>> Acesso em 16 MAR. 2016.

Portanto, além do já demonstrado e comparando-se a taxa de reincidência do ECA e do Sistema Penal, segundo anexos D e E, conclui-se que a redução da maioridade penal pode agravar ainda mais os níveis de violência.

2.4 COMPARAÇÃO EM DIFERENTES PAÍSES: IDADE DE RESPONSABILIDADE INFRACIONAL JUVENIL E PENAL DE ADULTOS

Conforme o anexo A, obtido de uma página do Ministério Público do Paraná (MPPR) vinculada à matéria *Por que dizer não à redução da idade penal*, mais de 70% dos países adotam a maioridade penal a partir dos 18 anos. Através dessa análise, a PEC 171/93 (redução da maioridade penal) representa, segundo o UNICEF, um enorme retrocesso à Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente das Nações Unidas e especialmente aos direitos e às garantias fundamentais em nossa Carta Magna. Além do mais, os efeitos da redução da maioridade penal rumariam em sentido oposto ao das tendências de administração da justiça da infância e adolescência no mundo.

Embora alguns países insistam em manter a redução da imputabilidade penal – conforme os tópicos anteriores de Direito Comparado da França, da Itália, dos Estados Unidos, da Inglaterra e de países asiáticos e africanos –, até por estarem mais fortemente vinculados ao seu contexto histórico em detrimento daqueles que efetivamente reconhecem a importância da escalada e evolução dos direitos fundamentais, como o Efeito *Cliquet* –, a maioria (mais de 70%) dos países adotam a imputabilidade penal (adultos) aos 18 anos, conforme anexos A e B.

Além do mais, países como Alemanha e Espanha – que reconheceram a falácia da redução da idade de imputação penal – e Estados Unidos – no qual recorrentemente há violações aos Direitos Humanos e, por consequência, abriga a maior população carcerária do mundo – procuram alternativas ao Direito Penal, ou seja, à descriminalização. Na Espanha, segundo Veronese (2015, p.99), o Código Penal, de maio de 1996 (Lei Orgânica Nº 10/1995), um dos códigos europeus de extrema atualidade, elevou o limite da imputabilidade penal que antes era de dezesseis anos para dezoito anos de idade, o que permite dizer que o Brasil não se encontra num anacronismo legislativo.

3. NO DIREITO PENAL: IMPUTABILIDADE E INIMPUTABILIDADE

Sob o aspecto puramente formal e tendo-se em conta os dispositivos do Código Penal que regulam o tema, pode-se dizer que a culpabilidade compõe-se dos seguintes elementos: a) imputabilidade, b) potencial consciência da ilicitude e c) exigibilidade de conduta diversa.

3.1 IMPUTABILIDADE

Trata-se da capacidade mental de compreender o caráter ilícito do ato (vale dizer, de que o comportamento é reprovado pela ordem jurídica) e de determinar-se de acordo com esse entendimento (ou seja, de conter-se), conforme se extrai do art. 26 *caput*, interpretado a *contrario sensu*. Em outras palavras, “consiste no conjunto de condições de maturidade e sanidade mental, a ponto de permitir ao sujeito a capacidade de compreensão e de auto-determinação (ESTEFAM, 2010, p.261).

Com efeito, entende-se indigno de censura um ato praticado por quem não tenha condições psíquicas de compreender a ilicitude de seu comportamento. Não se pode considerar reprovável a atitude de uma criança de pouca idade que, na sala de aula exhibe ingenuamente suas partes pudendas. Não há que se falar, em tal caso, em crime de ato obsceno. A obviedade do exemplo dispensa maiores comentários. O mesmo se pode concluir de ato semelhante praticado por um adulto, completamente desprovido de higidez mental cuja maturidade seja equivalente à de um infante.

É preciso ressaltar, por fim, que não se deve confundir a imputabilidade penal com a responsabilidade jurídico-penal. Por responsabilidade jurídico-penal entende-se a obrigação de o agente sujeitar-se às consequências da infração penal cometida. Não se confunde, portanto, com a capacidade mental de compreensão, de autodeterminação e de imputabilidade. Tanto é assim que um inimputável por doença mental (Código Penal, art. 26, *caput*) embora desprovido de condições psíquicas de compreender a ilicitude do seu ato e de se determinar conforme essa compreensão será juridicamente responsável pelo ato delitivo praticado, pois ficará sujeito a uma sanção (a medida de segurança).

3.2 CAUSAS LEGAIS DE EXCLUSÃO DA IMPUTABILIDADE

No nosso ordenamento jurídico haverá exclusão da imputabilidade penal nas seguintes hipóteses: a) doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (Código Penal, art. 26); b) embriaguez completa e involuntária, decorrente de caso fortuito ou força maior (Código Penal, art. 28, §1º); c) dependência ou intoxicação involuntária decorrente do consumo de drogas ilícitas (Lei n. 11.343/2006, art. 45, *caput*); d) menoridade (Código Penal, art. 27, e CF, art. 228).

As três primeiras fundam-se no sistema (ou critério) biopsicológico. A última, no biológico.

3.2.1 O Sistema Psicológico

O método psicológico independe da idade do autor da conduta delituosa e não procura necessariamente saber se o adolescente em conflito com a lei sofre de alguma enfermidade mental, mas procura avaliar se o autor da conduta delituosa era capaz de discernir, de autodeterminar-se no momento da referida conduta³¹ assim:

[...] o método psicológico não indaga se há uma perturbação mental mórbida: declara a irresponsabilidade se, ao tempo do crime, estava abolida no agente, seja qual for a causa, a faculdade de apreciar a criminalidade do fato (momento intelectual) e de determinar-se de acordo com essa apreciação (momento volitivo) (PASCUIIM, 2007, p. 106).

Verifica-se que esse critério confere ao juiz o poder de determinar se o adolescente tem discernimento ou não de seus atos, leia-se o seguinte comentário: “bastaria, para torná-lo inaceitável, o demasiado arbítrio que confere ao juiz, para conhecer do estado ou não de autodeterminar-se” (PASCUIIM, 2007, p. 106)”.

Pode-se perceber o porquê de tal critério não ser o mais indicado para a determinação da “inimputabilidade” do adolescente envolvido em prática delituosa, pois, trata-se de trabalhar com o livre arbítrio e a consciência de autodeterminação do ato considerado ilícito.

Pode-se perceber a rejeição a este critério na seguinte crítica expressa pelo desembargador Sá Pereira:

Tinha o grande inconveniente de reintrometer na solução do problema da imputabilidade a questão do livre arbítrio, que a ciência penal havia conseguido, portanto que labore, levar até a porta da rua, e agora lhe pula pela janela. Sob este ponto de vista, o critério que combate, não merece o nome de psicológico, mas o de metafísico e é mais intrincada e difícil questão de metafísica que se propõe quando perguntamos aos jurados se o delinqüente, no momento de agir, dispunha da livre determinação de sua vontade. A questão em si já envolve uma *contradictio in adjecto*, porque determinação e liberdade são termos que se repelem... Por que, no critério psicológico, se fala em estados mórbidos definidos, como a alienação mental, a idiotia, a inconveniência (apud PASCUIIM, 2007, p. 107).

Constata-se que o critério psicológico cria dificuldade, conforme pensamento do desembargador, para se fazer prova de que o autor do ato delituoso tinha conhecimento da norma por ele desobedecida. Ademais, trata-se de uma análise exclusivamente subjetiva, pois, firma-se no requisito da consciência da ilegalidade, constituindo um dos elementos que compõem o conceito da imputabilidade.

³¹ Quanto à maioridade penal, os antigos códigos socialistas e os países anglo-saxões sempre optaram pelo critério psicológico, e os países da América Latina, sempre fizeram opção pelo critério biopsicológico, ou pelo critério biológico, como no caso do Brasil, conforme o ECA, onde a inimputabilidade é presumível até uma idade-limite, para aqueles que não tenham atingido dezoito anos. Nos países anglo-saxões, como por exemplo, Inglaterra e os Estados Unidos, verifica-se a adoção plena do critério psicológico ou do discernimento, chegando, em alguns casos, podem ser imputáveis os jovens com menos de doze anos, desde que capazes de discernir, e, logo, passíveis de sanções penais (COSTA JR, 2006, p. 71).

Restringir-se ao dolo, simplesmente, poderia parar a justiça penal repressiva, exigindo, em cada caso concreto, que se provasse ter o agente perfeita noção da norma violada ou, então, o que não seria quando fizéssemos dele, dolo, depender a própria imputabilidade (PASCUIM, 2007, p. 107).

No Brasil, verificou-se, então, diante de tantos senões, o motivo da adoção do critério biopsicológico para determinação da imputabilidade pelo Código Penal.

3.2.2 Sistema Biológico

Sabe-se que no Direito Penal brasileiro a imputabilidade penal verifica-se aos dezoito anos de idade. O Código Penal, nesta questão da menoridade, adotou o critério biológico, assim, “não se levando em conta o desenvolvimento mental do jovem que não está sujeito à sanção penal, ainda que plenamente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento” (MIRABETE, 2004, p.116).

Trata-se de critério de política criminal fundado no entendimento de que o jovem com menos de dezoito anos não sabe, ainda, como se conduzir ante as exigências da vida em sociedade e nem se portar consoante o entendimento correto. (MIRABETE, 2004, p.117).

3.2.3 O Sistema Biopsicológico

Trata-se da combinação dos dois sistemas anteriores. Conhecido, também, como sistema misto. Misto porque o indivíduo pratica o ato delituoso protegido pela inimputabilidade, ou seja, dentre aquelas causas previstas na lei (p. ex. retardo mental) e, no momento da prática da infração, não ter ele a capacidade de entender a face ilícita do fato ou de portar-se em conformidade com tal entendimento.

O sistema biopsicológico é aquele que se baseia, para o fim de constatação da inimputabilidade, em dois requisitos: um de natureza biológica, ligado à causa ou elemento provocador; e outro relacionado com o efeito, ou a consequência psíquica provocada pela causa.

Assim, por exemplo, um doente mental somente será considerado inimputável se além de sua enfermidade (causa), constatar-se que, no momento da conduta (ação ou omissão), encontrava-se desprovido de sua capacidade de entender a natureza ilícita do ato ou de se determinar conforme essa compreensão (efeito).

O sistema biológico (etiológico ou sistema francês) consiste naquele em que a lei fundamenta a inimputabilidade exclusivamente na causa geradora. Esse sistema foi adotado com respeito à menoridade, uma vez que os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis pelo simples fato de não terem completado a idade mencionada. Não importa saber se a pouca idade influenciou na capacidade de entendimento ou de autodeterminação (ESTEFAM, 2010, p.263).

No caso dos menores de 18 anos, portanto, mostra-se totalmente irrelevante investigar se o sujeito sabia o que fazia (tinha noção de certo e errado) e podia controlar-se (capacidade de autodeterminação).

A responsabilidade penal de crianças e adolescentes sempre foi tema objeto de intensa controvérsia e difícil solução. Sem dúvida, a decisão por incriminar a conduta de um adolescente constitui decisão política do legislador e, qualquer que seja a saída encontrada, nunca estará isenta de críticas.

Com respeito ao tema em questão, nosso país já passou por diversos estágios. Ao tempo do Código Criminal do Império (1830), eram absolutamente irresponsáveis os menores de 9 anos (critério biológico). As pessoas que possuíam mais que 9 e menos de 14 anos de idade eram relativamente responsáveis, isto é, somente podiam ser punidos criminalmente quando "obrassem com discernimento". Aos 14 anos, o indivíduo atingia sua maioridade penal (art. 27). Tais faixas etárias podem hoje ser tidas como absurdas ou ultrapassadas, mas não se pode ignorar que se trata de uma época em que as pessoas casavam-se aos 14 anos e morriam aos 50. O Código Penal de 1890 modificou o tratamento dado ao assunto e fixou a maioridade penal aos 14 anos, adotando unicamente o critério biológico (art. 27).

Em 1940, com a promulgação do Código Penal, adotou-se o parâmetro até hoje vigente, ou seja, a inimputabilidade penal dos menores de 18 anos, os quais ficam sujeitos à legislação pertinente: Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

O adolescente (pessoa com mais de 12 e menos de 18 anos completos) que pratica um fato definido como crime ou contravenção penal incorre, nos termos do referido Estatuto, em ato infracional, sujeito às chamadas medidas socioeducativas (internação, semiliberdade etc.) (ESTEFAM, 2010, p.262).

A criança que cometer semelhante ato, por sua vez, pode receber a aplicação de uma medida protetiva (encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; orientação, apoio e acompanhamento temporários; matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental etc.) (ESTEFAM, 2010, p.262).

Importante assinalar que a inimputabilidade penal dos menores de 18 anos, além de prevista no art. 27 do Código Penal, encontra-se determinada no art. 228 da Constituição Federal. Há autores, inclusive, que sustentam tratar-se de cláusula pétrea expressa. Como se sabe, as cláusulas pétreas encontram-se previstas no art. 60, § 4º, do Texto Maior, inserindo-se dentre elas as normas constitucionais ligadas aos direitos e garantias fundamentais (inciso IV). Para nós, embora não prevista no art.5º da Constituição Federal, a previsão da irresponsabilidade penal dos jovens com menos de 18 anos constitui direito ou garantia fundamental, evidenciando-se como cláusula pétrea expandida. Isto porque a inimputabilidade para jovens com menos de 18 anos – irradiada entre os direitos e garantias fundamentais, que

não se esgotam no âmbito do art. 5º da Constituição Federal, por extensão aos tratados e convenções internacionais, além de encontrar-se prevista na Carta Magna, no Código Penal e no ECA, combinada com outras proteções legais (Estatuto da Juventude) – se constitui como cláusula pétrea através do termo doutrinário, já exposto em tópicos anteriores, denominado Efeito *Cliquet*, ou seja, o princípio da vedação do retrocesso. Através das convenções internacionais sobre os direitos da criança e do adolescente, através do art.19, do Pacto de São José da Costa Rica, como cláusula restritiva à redução da maioridade penal, e mais diretamente com a Constituição Federal e com o ECA – com seus princípios constitucionais de proteção à criança e ao adolescente e com sua doutrina da Proteção Integral –, há o compromisso na efetivação desses direitos, não se podendo mais restringi-los ou diminuir-lhes a eficácia. Entendemos, então, que a norma contida no art. 228 do Texto Maior não pode ser alterada por meio de emenda à Constituição.

Registre-se, por fim, que a idade do agente deve ser aferida no momento da conduta, isto é, da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado. Trata-se de solução decorrente do art. 4º do Código Penal, que adotou a teoria da atividade com relação ao tempo do crime. Acrescente-se, também, que a maioridade penal dá-se a partir do primeiro minuto do dia do décimo oitavo aniversário do agente. É de todo irrelevante avaliar o horário do fato para vincular à hora de seu nascimento. Lembre-se que, para efeitos penais, desprezam-se as frações de dia (isto é, as horas e os minutos), nos termos do art. 11 do Código Penal.

3.3 REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

A imputabilidade, de acordo com Zaffaroni (2011, p.539), pode ser conceituada como a capacidade psíquica do indivíduo para praticar atos com discernimento de sua antijuricidade, adequando-os conforme esta compreensão, e, portanto, compõe a capacidade de ser sujeito de reprovação. Dessa condição psicológica pode resultar ou não a imputabilidade e conforme a faixa etária. Esta, conforme Fragoso (2003, p.241), não resultará se ocorrer uma das variadas causas que afastam a imputação, tais como as causas excludentes de antijuricidade. É possível que alguém seja imputável e não possa responder, conforme o direito, por sua conduta. Por outro lado, inimputabilidade não significa impunidade. Conforme Veronese (2015, p.140), o adolescente, por exemplo, embora inimputável penalmente, é responsável pelos danos que causar a alguém, devendo-os reparar com base nas medidas socioeducativas do ECA. Segundo este critério diferencial, responsabilidade não pode ser considerada como sinônimo de imputabilidade. No entanto, aquela representa um pressuposto desta, tal qual acontece com a ilicitude do comportamento, a qual também constitui pressuposto da responsabilidade, ou seja, uma condição para que o agente responda pelo seu ato penalmente.

No Brasil, a idade penal foi limitada aos 18 anos, mas, com base em pesquisas e estudos, não só no âmbito nacional, como internacional também, pode-se afirmar que existe uma grande tendência (a segunda maior) em fixar o limite de idade penal para fins de responsabilidade, abaixo de 18 anos, fato este, inclusive, ocorrido em 1953, no VI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, reunido em Roma (COSTA JR, 2006, p.55).

Essa é a posição de um autor reducionista, que se embasa em teorias como o Efeito Flynn e como a Teoria das Janelas Quebradas. Os reducionistas acreditam que, com a globalização na era pós-moderna, ocorreram transformações profundas em diversos contextos e de inúmeras ordens (ética, moral, social, educacional, filosófica, cultural, ambiental, psíquica, econômica, religiosa), o que abrange igualmente o crescimento da informação e do conhecimento. Sustentam que, nesse novo panorama mundial, depreende-se um clamor geral de diferentes porções da sociedade (o qual desponta atrelado à crescente e aterrorizadora onda de violência que tem assolado o Brasil de tempos para cá, com maior intensidade a partir dos anos 1990, sendo provocada por adolescentes) pela regressão da maioridade penal dos atuais 18 para os 16 anos de idade.

Somando-se ao clamor social, as evidências mais plausíveis refletidas pelos reducionistas estão no fato de que a idade de 18 anos, delimitadora da maioridade penal, não se coaduna com a realidade, não somente a brasileira, mas igualmente com a de outros países, em que o indivíduo na idade de 16 anos pode muito bem compreender o caráter ilícito de seu comportamento, pertinente, por exemplo, à prática de um homicídio. Opugnam que, se a Lei considera que o adolescente, aos 16 anos de idade, tem discernimento bastante para escolher os governantes deste país, de modo igual haveria de tê-lo diante da prática de ato penalmente descrito como roubo, latrocínio, sequestro, etc. Igualmente, se o homem ou a mulher, aos 16 anos de idade, pode ser emancipado pelos pais, passando a exercer por si mesmo os atos da vida civil, tais como compra e venda de bens, então, como ela pode ser considerada incapaz de entender a ilicitude de uma conduta?

Com tangência ao assunto ora em pauta, Marcelo Fontes Barbosa brada que “até uma Lei chegou a ser aprovada (posteriormente vetada pelo Presidente da República) autorizando que o maior de 16 anos pudesse dirigir veículos, não se compreende que não possa responder pelos atos ilícitos que, porventura, praticar” (NUCCI, 2007, p.266).

No entanto, (aqui nos posicionamos) não se pode confundir a capacidade para exercer atos da vida civil com a responsabilidade civil e a imputabilidade penal. Conforme se preceitua pela liberdade no Estado Democrático de Direito, naquela há a busca pela viabilização de direitos, nesta a supressão de direitos (liberdade). E conforme os doutrinadores do garantismo penal, como Flávio Gomes (2003, p.109-110), o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*. Não se pode restringir direitos fundamentais simplesmente pela comoção social.

Além do mais, conforme se exporá mais adiante, se perceberá que o crescimento da marginalidade/marginalização não pode ser estancado simplesmente com a diminuição da idade penal. Contudo, em um ponto temos de concordar: não é correto ver o jovem hoje com idade de 18 anos, tal como se via no século passado, mormente até aos anos 1990. A partir dos quais, como antes se dissera, tem-se percebido uma acentuada evolução social, com estrondoso desenvolvimento dos meios de comunicação e o conseqüente incremento da informação, especialmente intermediada pela Internet. Conforme Leal (2014, p.14), nas escolas, nas universidades, através de testes psicológicos, por exemplo, observou-se um notável aumento de QI de jovens da atual geração em relação às suas antecessoras, em virtude dos avanços tecnológicos, da educação e dos meios de comunicação. A esse fenômeno pode-se defini-lo como Efeito Flynn (que será exposto mais adiante numa seção específica). A par disso, eis que, já na década de 1940, Nelson Hungria asseverou que “o jovem com menos de 18 anos é penalmente irresponsável, salvo se, já tendo completado 16 anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e governar a própria conduta. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade³²” (NUCCI, 2007, p.266).

De forma controversa ao que estabelece a ONU, os reducionistas abordam, por exemplo, que existem países que, como abaixo é demonstrado, fixam a idade penal antes mesmo dos 12 anos (idade em que se inicia a adolescência e o indivíduo começa a responder por atos infracionais, conforme o ECA), senão vejamos:

IDADE PENAL	PAÍSES
7 ANOS	África do Sul, Nigéria, Sudão, Tanzânia, Bangladesh, Índia, Myanmar, Paquistão, Tailândia.
8 ANOS	Escócia, Quênia, Indonésia.
9 ANOS	Irã (mulheres), Etiópia, Filipinas.
10 ANOS	Inglaterra, Ucrânia, Nepal.
11 ANOS	México, Turquia.
12 ANOS	Marrocos, Uganda, Coreia do Sul.
13 ANOS	França, Polônia, Argélia, Uzbequistão.
14 ANOS	Alemanha, Itália, Rússia, China, Japão, Vietnã.
15 ANOS	Dinamarca, Noruega, Suécia, Irã (homens), Egito.
16 ANOS	Argentina, Chile, EUA (alguns Estados).
18 ANOS	Brasil, Colômbia, Peru, EUA (alguns Estados).

Tabela 1 – fixação da idade penal no mundo
Fonte: Costa Jr (2006, p.269)

³² Esse excerto mostra claramente a proposta desse autor tentando reduzir a maioria penal, por equiparação, com fundamento na imputabilidade penal (psicológica), do art. 50, do Código Penal Militar, que entrou em vigor em 1970. Portanto, no regime ditatorial militar.

Nos Estados Unidos da América do Norte, verificamos o seguinte:

IDADE PENAL	ESTADOS AMERICANOS – NORTE
16 ANOS	Connecticut, New York, North Carolina.
17 ANOS	Georgia, Illinois, Luoisiana, Massachussets, Michigan, Missouri, New Hampshire, South Carolina, Texas, Wisconsin.
18 ANOS	Alabama, Alasca, Arizona, Arkansas, Califórnia, Colorado, Delaware, Distrito de Columbia, Flórida, Hawaii, Idaho, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Maine, Maryland, Minnesota, Mississipi, Montana, Nebraska, Nevada, New Jersey, New México, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, South Dakota, Tennessee, Utah, Vermont, Virginia, Washington, West Virginia, Wyoming.
	Total: 47 PAÍSES e 51 ESTADOS AMERICANOS.

Tabela 2 – fixação da idade penal nos Estados Unidos
Fonte: Costa Jr (2006, p.268)

Diante do exposto, convém mencionar também o comentário do jurista Francisco de Assis Toledo (1991, p.308): “nada indica que a idade de dezoito anos seja um marco preciso no advento da capacidade de compreensão do injusto e de autodeterminação”.

Tal assertiva é corroborada por Costa Jr (2006, p.270), quando afirma que:

A imaturidade é ainda muito propalada como explicação da irresponsabilidade do jovem impúbere, por atos criminosos. Como a maturidade é multiforme e significa ‘chegar a um estado de desenvolvimento completo’, o termo é mal empregado, já que a idade não é uma prova de que um completo desenvolvimento foi atingido sob todos os aspectos. No entanto, sob impacto de uma série de afirmativas, a maioria delas de caráter médico-psicológico, foi aceita a tese segundo a qual antes de atingir uma certa idade os adolescentes são incapazes de distinguir o certo do errado e ainda menos capazes de entender o significado de algumas proibições fundamentais da sociedade. Portanto, devido à sua incapacidade, os adolescentes vivem, supostamente, num mundo próprio.

Contudo, com inerência à diminuição da idade penal, advertimos, conforme tópicos anteriores, sobre a probabilidade de jovens infratores se corromperem ainda mais, em decorrência do convívio com criminosos obstinados na prática de delitos. Além disso, a maioria dos países que fixam a imputabilidade abaixo dos 18 anos, conforme as tabelas acima, não adotam a *civil law* (direito romano-germânico), com a previsão evolutiva de direitos fundamentais, mas, sim, a *common law* (pelo Estados Unidos e pela Inglaterra) e o direito costumeiro, por países africanos e asiáticos (todos embasados fortemente em precedentes históricos), na vertente do direito natural. Há de se lembrar que o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe de maneira a tornar eficiente a socioeducação do adolescente, sem o perigo de incidir os malefícios decorrentes da convivência conjunta com autênticos “facínoras”. E paradoxalmente há reducionistas que expõem que a imputabilidade aos 16 anos não traria tantas divergências sociais, embora “a idade de 18 anos, como já se tem afirmado, seja um

limite razoável de tolerância recomendado pelo Seminário Europeu de Assistência Social das Nações Unidas, de 1949, Paris” (NUCCI, 2007, p.267). Pois, muito embora o Estatuto da Criança e do Adolescente preveja medidas socioeducativas, algumas delas correspondem a verdadeiras penas, visto o modo como são cumpridas, como a medida socioeducativa de internação, que é a mais rígida dentre as várias dispostas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A corrente ideológica que preconiza a mudança da idade imputável de dezoito para dezesseis anos se fundamenta em vários argumentos. Estes são apoiados na insegurança vivenciada pela sociedade, pois nos dias atuais a coletividade está passando por dificuldades no que tange à violência apresentada por nossos adolescentes que antes eram contidos pelo preceito de moral, que hoje se pode dizer estar extinto em meio a esses “infratores”.

De acordo com a legislação brasileira são imputáveis todas as pessoas com menos de dezoito anos, pois os que defendem essa tese entendem que esta imposição é uma garantia ao adolescente. Suscita-se a hipótese de um proveito de má-fé por parte dos jovens para com esta proteção. Essas pessoas entendem que um jovem de 16 anos já tem consciência da ilicitude de seus atos.

Além dessa teoria ainda existe a hipótese da criação de penas diminuídas para esses infratores, pois, segundo os meios midiáticos, a situação encontra-se desesperadora e se continuada, pode acabar em uma total anarquia social. Essa teoria é aprovada inclusive pelos doutrinadores que são contra tal mudança.³³

Admitimos, de *lege ferenda*, a possibilidade de uma terceira via: nem a responsabilidade de nosso Código Penal, nem as medidas terapêuticas do estatuto da criança e do adolescente, mas uma responsabilidade penal diminuída, com conseqüências diferenciadas, para que os infratores jovens com idade entre dezesseis e vinte e um anos, cujas sanções devam ser cumprida em outras espécies de estabelecimentos, exclusiva para jovens impúberes, com tratamento adequado, enfim, um tratamento diferenciado (BITENCOURT, 2003, p.309).

Reale (*apud* CARDOSO, 2004, p.29) e Fragoso (2003, p.203) são favoráveis à redução da maioridade penal. Estes autores entendem que o jovem pode mudar com a sociedade. A evolução em campos morais, sexuais, sociais, culturais, científicos e econômicos assegura a modificação do pensamento do jovem que, atualmente, encara precocemente experiências que há alguns anos não tinha.

A evolução dos meios de comunicação modificam as inter-relações entre as pessoas, que atualmente passaram a encarar a informação como algo não intangível, mas de acesso a quem tenha interesse.

Os conceitos estão claramente sendo passados com mais velocidade através da TV, sites de Internet, filmes e vivências que a comunicação passa aos adolescentes. A ideia de tabus para

³³ No entanto, nos posicionamos contrariamente a essa teoria, a da responsabilidade penal juvenil, pois conflita com os princípios do ECA, da nossa Constituição e pelo fato de as medidas contidas no referido Estatuto serem taxativas, não possibilitando a inserção de “novas medidas”, conforme Veronese (2015, p. 155).

esconder o que não se queria esclarecer foi sepultada por um mundo guiado pela informação instantânea.

Segundo Noronha (2009, p.45):

Assim como existe uma corrente ideológica que apoia a queda de limite da inimputabilidade penal, existe outrora a corrente ideológica pacifista, que repulsa tal mudança, afirmando que de nada adiantará tal ato inconstitucional, alegando que dezoito anos é uma idade razoável para a tolerância da inimputabilidade, pois é recomendada pelo Seminário Europeu de Assistência Social das Nações Unidas.

Por outro lado, a corrente favorável à permanência da menoridade penal em 18 anos fundamenta seus argumentos na superlotação dos presídios, fatores biológicos e a questão da convivência com criminosos perigosos interferir na ressocialização desses adolescentes infratores.

Segundo Mirabete (2004, p.219):

Ninguém pode negar que o jovem de 16 e 17 anos, de qualquer meio social, tem amplo conhecimento do mundo e condições de discernimento sobre a ilicitude de seus atos. Entretanto, a redução do limite da idade no direito penal comum representaria um retrocesso na política penal e penitenciária brasileira criando a promiscuidade nos jovens com delinquentes contumazes.

Foram estas razões de política criminal que levaram o legislador brasileiro a optar pela inimputabilidade absoluta do jovem com menos de 18 anos, pois como foi relatado na exposição de motivos do código de 1940, justificando sua atitude afirmando que os que preconizavam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que cada dia recruta um número mais elevado de jovens, “não consideram a circunstância de que o adolescente, se ainda incompleto, é naturalmente antissocial na medida em que não é socializado ou instruído” (BITENCOURT, 2003, p.308).

Em nosso meio jurídico Mirabete (2004, p.325) e Albergaria (1999, p.111) mostram-se contrários ao contexto da mudança, e, principalmente, quando se trata de assuntos que trazem polêmica no âmbito social, pois atinge a todos. O mesmo ocorre com a maioria penal.

A substituição da medida educativa do adolescente pela pena do adulto constitui um retrocesso à política criminal reacionária, inadmissível no Estado Democrático de Direito. Com efeito, a pena está em crise. Os males da instituição total, por seu fator criminógeno são conhecidos: a desumanização do preso, a contaminação carcerária, a superpopulação prisional (ALBERGARIA, 1999, p.188).

E, acompanhando tendência posicionada pela crítica à mudança da maioria penal, acrescenta:

[...] a redução do limite de idade no direito penal comum representaria um retrocesso na política penal e penitenciária brasileira e criaria a promiscuidade dos jovens com delinquentes contumazes. O ECA prevê, aliás, instrumentos eficazes para impedir a prática reiterada de atos ilícitos por pessoas com menos de 18 anos, sem os inconvenientes mencionados (MIRABETE, 2004, p.217).

É importante verificar que diante da nossa lamentável realidade prisional, incluir os adolescentes infratores, a partir dos 16 anos, na população dos adultos imputáveis não representa solução a curto ou médio prazo para a “delinquência” neste país.

Mesmo com renomados doutrinadores tomando parte no pensamento da redução, poderia – talvez, na realidade de um país de primeiro mundo – ser plausível o estabelecimento de um patamar menor de determinação do alcance da tipificação penal brasileira. A qual seria acompanhada pela análise da condição mental do adolescente para entender se poderia alcançar o caráter criminoso ou não no momento da consecução do ato criminoso.

Os reducionistas, que defendem a questão da reforma da maioria penal no Brasil, trazem à baila argumentos científicos de que os adolescentes em conflito com a lei não recebem tratamento devido em caso de crimes mais graves, entretanto para eles o Estatuto da criança e do adolescente deixa a desejar, vez que tais medidas não são suficientemente aplicadas, bem como as medidas especiais de proteção e as socioeducativas são brandas demais aos infratores e acabam não os intimidando. Contudo eles argumentam que se aqueles com dezesseis anos podem votar, também podem ser responsabilizados penalmente, haja vista que, atingem a maioria política, ou seja, são dotados de capacidade e discernimento para escolher seus representantes.

No entanto, há juristas que afirmam ser impossível uma Emenda Constitucional que venha alterar ou modificar o dispositivo art. 228 da Constituição Federal, com intuito de reduzir a maioria penal, dos 18 (dezoito) anos para os 16 (dezesseis) anos de idade, vez que o artigo se encontra no manto das cláusulas pétreas e seria difícil sua modificação³⁴.

Embora nos dias atuais, com várias transformações físicas e psíquicas, crianças e adolescentes pratiquem condutas previstas no Código Penal, demonstrando capacidade de entender e de querer, ou seja, conhecem o caráter ilícito de suas condutas e poderiam ser responsabilizados penalmente, há que se atribuir cláusula pétrea para o art. 228 da Constituição Federal, conforme explicado em tópicos anteriores. Ainda que o Código Penal seja de 1940 e esteja possivelmente obsoleto em face de grandes transformações sociais, o ECA permanece atual e em conformidade com a Magna Carta e com convenções internacionais tais, conforme Veronese (2015, p.44), as Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing), Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil e Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade. Assim, o ECA demonstra que está acompanhando o desenvolvimento da sociedade e de seus costumes, juntamente com leis recentes, como o Estatuto da Juventude. É importante entender que tal dispositivo constitui cláusula pétrea, não é possível sua

³⁴ Aqui nos parece um argumento pertinente, por mais que não esteja expressa, é cláusula pétrea expandida em conformidade com o art.5º e inciso LXXVIII, § 2º, do mesmo artigo, da CF88.

modificação via de Emenda constitucional, diz o artigo 60 § 4º da Constituição, segundo o qual “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir”:

- I- A forma federativa do estado;
- II- Voto direto, secreto, universal e periódico;
- III- A separação dos poderes;
- IV- Direitos e garantias individuais (BRASIL, CF, 2009).

Como visto, há juristas que argumentam, também, que as cláusulas pétreas não precisam estar elencadas no artigo 60, § 4º e nem elencadas no artigo 5º da Constituição Federal, uma vez que, tais garantias individuais estão inseridas em outros dispositivos da Constituição Federal, bem como, o § 2º do artigo 5º da Constituição Federal. Por se tratar de normas dispersas pelo texto constitucional não apenas as elencadas no dispositivo supra-mencionadas.

Dispõe o inciso LXXVIII, § 2º do artigo 5º que: “os direitos e garantias expressas 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”.

Os tratados internacionais de que o Brasil é signatário não impedem que as leis sejam alteradas ou modificadas. Porém, a regra da inimizabilidade penal dos dezoito anos de idade não pode ser modificada ou alterada, uma vez que, embora os tratados internacionais quando ratificados pelo ordenamento jurídico e aprovados pelo Congresso Nacional tenham força supralegal, a Carta Magna combinada com o ECA e com os tratados internacionais consolidou tal regra como direito fundamental.

Portanto, nesse contexto de ideias, há que se falar em cláusula pétrea não podendo ser modificada ou até mesmo alterada (a não ser para viabilizar mais direitos). Nesse ínterim, há restrição constitucional que impede tal modificação do artigo 228 da Constituição Federal, através de Emenda Constitucional. Desse modo, pode-se concluir com o entendimento de Moreira (2012, p.30) – a exemplo da proposta de revisão da Constituição Federal, a PEC 157 – de que o referido artigo, por defender direitos e garantias fundamentais, se enquadraria, conforme a irradiação dos diversos dispositivos legais a respeito da proteção da criança e do adolescente, numa cláusula pétrea expandida e, em decorrência disso, sua tentativa de reforma não é apenas uma inadequação, mas uma inconstitucionalidade, de maneira que o poder de revisar tais cláusulas não compete ao Poder Reformador e, sim, ao Constituinte.

Esse princípio de teoria de constituição não pode ser esquecido, sob pena de se legitimar uma ditadura da autoridade do poder, que, alterando as suas próprias regras, absorve sem legitimidade um poder apenas conferido ao Constituinte. Como já diria Paulo Bonavides: “essa tentativa é um golpe de estado³⁵.”

³⁵ BONAVIDES, Paulo. Entrevista. *Jornal Folha de São Paulo*. São Paulo. 15/8/2005.

3.4 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

Existem vários projetos de lei tramitando no Congresso Nacional com a finalidade de alterar o artigo 228 da Constituição Federal, com o objetivo de reduzir a imputabilidade penal dos dezoito para os dezesseis anos de idade, haja vista a crescente onda de divulgação midiática clamando pela criminalização de atos infracionais envolvendo crianças e adolescentes.

Através de fatos esparsos de atos violentos de adolescentes, houve um acirramento do debate sobre a questão da redução da maioridade penal no Brasil, conforme se pode verificar nos projetos de Emenda à Constituição Federal mencionados por Pascuim (2007, p.147-149) e suas justificativas:

PEC 171 - Deputado Benedito Domingos, de 1993. Propõe alteração no artigo 228 da Constituição Federal, fixando a menoridade penal em dezesseis anos de idade. “Ao aferir-se esse grau de entendimento do adolescente, tem-se como valor maior a sua idade, pouco importando seu desenvolvimento mental. Observadas através dos tempos, resta evidente que a idade cronológica não corresponde à idade mental. O jovem com menos de dezoito anos, considerado irresponsável e, conseqüentemente, inimputável, sob o prisma do ordenamento penal brasileiro vigente desde 1940, quando foi editado o Estatuto Criminal, possuía um desenvolvimento mental inferior aos jovens de hoje da mesma idade”. Sem contar com a gama de informações à disposição do jovem de hoje, “a ausência de censura previa, a liberdade de imprensa, a liberdade sexual, emancipação e a independência dos filhos cada vez mais prematura [...]”

PEC 37 - Deputado Teimo Kirst, de 1995. Redução da menoridade para dezesseis anos. “Se ao maior de dezesseis anos é permitido voltar e dirigir veículos em via pública, também a ele deve-se atribuir responsabilidade penal. Atualmente, ainda que pratique um fato típico e ilícito, jamais poder ser responsabilizado na esfera penal, pois lhe falta a imputabilidade, que é pressuposto de culpabilidade”.

PEC 91 - Deputado Aracely de Paula, de 1995. Redução da menoridade penal para dezesseis anos. “Os meios de comunicação e o desenvolvimento tecnológico têm proporcionado aos adolescentes amplos esclarecimentos e visão precoce da realidade, tomando-os capazes de avaliar, com tenra idade, as conseqüências de seus atos. A inimputabilidade dos menores de dezoito anos tem facilitado a prática de crimes por esses adolescentes que já possuem, na atualidade, bastante consciência da ilicitude de seus atos e praticam também muitos crimes dolosos. Os imputáveis às vezes os incitam ao crime em sua companhia para sobre eles lançarem a culpa da prática delituosa e tentar fugir à responsabilidade”.

PEC 301 - Deputado Jair Bolsonaro, de 1996. Visa à redução da maioridade penal para dezesseis anos. “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 e seus atos ilícitos, bem como os crimes que pratica, somos levados a propor a mudança do citado artigo. Conhecedores da inimputabilidade dos detentores de idade inferior aos dezoito anos, imputáveis os incitam ao crime, usando-os como baluarte de suas ideias e planos criminosos”.

PEC 386 - Deputado Pedrinho Abrão, de 1996. Responsabiliza penalmente os adolescentes maiores de dezesseis anos, autores de crimes contra a pessoa, o patrimônio e hediondos. “O fato é que a irresponsabilização penal indiscriminada dos moços e moças, entre os dezesseis, desconhece dado incontestável sobre capacidade biopsíquica, psicológica e social de que estes já estão dotados para se determinarem e agirem, segundo seu entendimento e juízo de valor sobre o que é certo e errado, tendo consciência do caráter delitivo de certas ações, como as que envolvem violência contra a pessoa ou a coisa, nos crimes que atentam contra a vida, a incolumidade física, o patrimônio, ou ainda sua participação em tráfico de drogas, no cometimento

de estupro, na prática de quaisquer dos denominados crimes hediondos, em cujo contexto resultam baldados os objetivos e frustrados os corretivos previstos no Estatuto da Infância e Adolescência. Ao optar pela irresponsabilização criminal de jovens os dezoito anos, o Legislador brasileiro desconheceu a realidade biológica, social e jurídica que marca a ascensão dos adolescentes à pauta dos direitos e das obrigações inerentes à cidadania. Obviamente, em nenhum momento se pretende que ditos infratores, enquanto situados na faixa etária dos 16 aos 18 anos, fiquem sujeitos ao mesmo regime de execução penal, juntamente com os condenados adultos, porquanto se haverá de observar a norma contida no inc. XLVIII do artigo 5º da Constituição Federal, que exige o cumprimento de pena em estabelecimento distintos”.

PEC 426 - Deputado Nair Xavier, de 1996. Inimputáveis os menores de dezesseis anos. “Há que se colocar um freio a estes descabros praticados por menores que entendem plenamente a ilicitude do fato, pois na idade de dezesseis anos, hoje, os jovens já estão suficientemente amadurecido, devido aos meios de comunicação que os informam de todas as coisas. Se o Brasil não firmou nenhum tratado internacional com qualquer outro país, se a menoridade não é um direito insculpido no artigo 5º da Constituição Federal, ou qualquer de seus princípios – conforme artigo 5º, § 2º - pois do contrário todos os seus artigos seriam cláusulas pétreas –, então não vislumbramos óbices de qualquer natureza para aprovação desta nossa proposta”.

PEC 531 - Deputado Feu Rosa, de 1997. Propõe a menoridade penal em dezesseis anos. “O jovem contemporâneo de dezesseis anos já é plenamente consciente dos atos que pratica, dispondo de informações e conhecimentos inimagináveis. Assim, a exemplo do que já acontece na maioria dos países do Ocidente (na Inglaterra, até crianças são responsabilizadas criminalmente), é chegada hora de os menores com até dezesseis anos serem considerados imputáveis de responsabilidade penal. Além de providência justa, seguramente contribuirá para diminuição da criminalidade em nosso País”.

Os autores acima citados dos projetos da Lei, que visa o rebaixamento da imputabilidade penal, têm como objetivo mobilizar a sociedade, no sentido de que aprovados estes projetos a sociedade ganha, visto que adolescentes infratores passariam a ser responsabilizados criminalmente por seus atos e, conseqüentemente, seriam julgados pela justiça comum como adultos.

No entanto, há também especialistas que se posicionam contra a aprovação da PEC 171/93 (redução da maioria penal). A advogada penalista Edvania Fátima Fontes Godoy³⁶, ao citar Baratta (1991, p.193-208), afirma que quanto mais desigual é uma sociedade mais esta sente a necessidade de aumentar um controle social do tipo repressivo.

Nesse ínterim, Edvania fundamenta que com um olhar da criminologia crítica é possível desconstituir a visão maniqueísta do *labelling approach* (etiquetamento), da qual se extrai a seletividade, a reprodução da violência, a concentração de poder e, por conseqüência, a exclusão social. A redução da maioria penal não se encontra nessas entrelinhas?

Mais do que isso – concomitantemente com o posicionamento de Edvania, a professora Vera Regina Andrade³⁷, então, uma posição contrária à redução da maioria penal é a busca pela intervenção de um estado penal mínimo percebendo o Estado de Direito na

³⁶ Máquina penal: perspectivas a partir da criminologia crítica, da intervenção mínima e do garantismo penal. <<http://jus.com.br/artigos/18222/maquina-penal-perspectivas-a-partir-da-criminologia-critica-da-intervencao-minima-e-do-garantismo-penal#ixzz3nKmCxVPu>> Acesso em 02 Out. 2015

³⁷ Ministra a disciplina Sistema de Justiça Penal e Operadores do Direito, na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

descriminalização e não no etiquetamento da “criminalidade” e na função meramente simbólica do Direito Penal.

A verdade se deduz de que o próprio ECA não é aplicado como se deveria: as casas de apoio aos jovens que praticam atos infracionais não contam, por vezes, nem com profissionais nem com estruturas adequados (haja vista a superlotação das mesmas), além de alguns institutos do ECA, como o princípio da participação popular, serem desconhecidos pela população e mesmo pelo operadores do Direito, conforme a advogada Ingrid Bays³⁸ e segundo também o que expõe Veronese (2015, p.94). Caso contrário, os resultados das medidas socioeducativas aplicadas seriam muito melhores.

Por outro prisma, temos de considerar também que as instituições de apoio aos adolescentes em conflito com a lei surgiram no tempo da ditadura. É um exemplo a criação da Fundação Nacional do Bem-estar do Menor (FUNABEM), em 1964, embora fosse uma célula embrionária na tutela de “crianças pobres e abandonadas”, com ressalvas de alguns mecanismos de natureza punitiva e repressiva (regimes carcerários de internação) e procedimento inquisitivo (VERONESE, 2015, p.33). Na sequência, surge o Código de Menores de 1979 (de acordo com VERONESE, 2015, p.36), que tentou abarcar ainda mais os direitos da criança e do adolescente (mas internamente com conteúdo maniqueísta, devido ao seu método de controle rigoroso), em conformidade com o Instituto Interamericano da Criança, órgão da OEA – Organização dos Estados Americanos.

Por fim, em consonância com o Estado Democrático de Direito e com as Regras de Beijing, surge o ECA, com a finalidade da Proteção Integral à infância e à juventude.

Além do mais, recentemente entraram em vigência leis que reforçam esse compromisso constitucional tais como a Lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012 – que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) – e a Lei 12.852, de 5 de agosto de 2013 – que institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens e o Sistema Nacional de Juventude (SINAJUVE).

Portanto, se observa no decorrer dos tempos uma evolução e desenvolvimento de direitos e garantias fundamentais para a infância e para a juventude, e é certo que a redução da maioridade penal, caso ocorra algum dia, se constituirá em verdadeiro retrocesso, numa inconstitucionalidade e numa afronta a tais garantias e à dignidade da pessoa humana.

³⁸ Redução da maioridade penal: uma reflexão além do direito. <http://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/222928837/reducao-da-maioridade-penal-uma-reflexao-alem-do-direito?utm_campaign=newsletter-daily_20150826_1752&utm_medium=email&utm_source=newsletter> Acesso em 04 OUT 2015.

3.4.1 Opiniões Favoráveis à Redução da Maioridade Penal: Do Efeito Flynn à Teoria das Janelas Quebradas

Tendo em vista que a mídia divulga como crescente o índice de violência envolvendo jovens com menos de dezoito anos de idade, grande parte da sociedade entende adequada a maioridade penal reduzida dos dezoito para os dezesseis. Deste modo, os adolescentes deixariam de praticar condutas antissociais, como ocorrem frequentemente no país, assim se diminuiria a violência, visto que os jovens de hoje amadurecem precocemente devido à evolução tecnológica. Contudo a legislação tem que acompanhar e se adequar a esse novo desenvolvimento da criança e adolescente elaborando leis de acordo com a evolução dos jovens, pois são diferentes do Código Penal que é de 1940.

Desta forma, os principais argumentos utilizados pelos reducionistas se os adolescentes de dezesseis anos podem votar, poderão ser responsabilizados criminalmente pelos seus atos. Afirma-se ainda que o adolescente tem a plena capacidade de compreender o caráter ilícito de seu comportamento ou de se determinar de acordo com esse entendimento.

Os reducionistas defendem também que há uma deficiência no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que na verdade provoca uma sensação de insegurança e impunidade, haja vista que as medidas socioeducativas previstas no Estatuto não alcançam seus objetivos específicos e acabam provocando um aumento da violência cometida por adolescentes.

Em razão desse raciocínio, os reducionistas defendem uma postura extremamente repressiva contra a violência, semelhante à usada em Nova Iorque – da Tolerância Zero (baseada na Teoria das Janelas Quebradas).

Como já abordado, essa teoria foi criada pelo criminologista George Kelling, em 1982, com o intuito de verificar o fenômeno criminal diante com base numa pesquisa sobre quais seriam os comportamentos sociais perante o abandono (ausência do Estado) de dois carros novos em duas regiões distintas dos Estados Unidos.

Do resultado da pesquisa decorre a conclusão dos pesquisadores de que se o Estado não intervir rigorosamente nos pequenos delitos, a situação se agravará, ocorrendo crimes mais graves. No entanto, há críticos – como os abolicionistas europeus Nils Christie³⁹ e Louk Hulsman⁴⁰, o cientista político brasileiro Túlio Kahn⁴¹ e o professor Paulo César Busato⁴² – a essa teoria pelo fato de não haver rigores científicos, ou melhor, por não se exporem mais amostras estatísticas e não se agregarem outras variáveis sociais. Se nos Estados Unidos –

³⁹ CHRISTIE, Nils. 1994. **Crime Control as Industry. Towards Gulags, Western Style?** 2ª ed. revised and enlarged. London : Routledge.

⁴⁰ HULSMAN, Louk. **Penas perdidas, o Sistema Penal em Questão**, Luam Editora, 2ª Edição, 1997, Niterói-RJ

⁴¹ KAHN, Túlio. **Propostas para o Combate ao Crime no Brasil** < <http://espacodemocratico.org.br/noticia/tulio-kahn-propostas-para-o-combate-ao-crime-no-brasil> > Acesso em 25 ABR 2016

⁴² Neurociências e Direito Penal, no 5º Congresso Internacional de Ciências Criminais, realizado na PUCRS, de 28 a 31 de outubro de 2014

como já apontado – a política de Tolerância Zero não tem reduzido a reincidência criminal, mas, sim, aumentado, obviamente faz-se supor que a omissão do Estado, que provoca a anomia social, deve ser corrigida não por políticas repressivas, mas por políticas alternativas que permitam a inserção dos “excluídos” no mercado de trabalho e na vida social de forma mais ampla, similarmente ao que ocorre em países europeus como Suécia e Holanda, conforme analisa Flávio Gomes⁴³:

(...) Até março de 2015 o legislador brasileiro reformou nossas leis penais 156 vezes. Nenhuma reforma legal jamais diminuiu qualquer tipo de crime no país, a médio ou longo prazo. (...) Para além desse ajuste legal, a solução da criminalidade exige educação de qualidade em período integral, para todos, prevenção e certeza do castigo previsto na lei. Nada dessas coisas certas fazemos no Brasil.

Outra teoria que pode ser usada na defesa da redução da maioria penal é a do Efeito Flynn. Essa teoria indica que a partir da segunda metade do século XX, com os avanços tecnológicos, vem ocorrendo um aumento significativo no QI da população. Segundo o seu autor – o cientista político norte-americano naturalizado neozelandês James Flynn (2009, p.11) –, especialmente entre as décadas de 70 a 90, o QI dos jovens analisados sobe 0,3 pontos a cada ano, o que significa dizer que em uma década há um aumento de 3 pontos. Não bastando essa análise, Flynn afirma que pode haver um aumento de 15 a 20 pontos de uma geração para outra (*apud* LEAL, 2014, p.12). Essa amostra do Efeito Flynn, se ingenuamente analisada, reforça as alegações de Reale (*apud* CARDOSO, 2004, p.29) e Fragoso (2003, p.203) como argumento favorável para a redução da maioria penal.

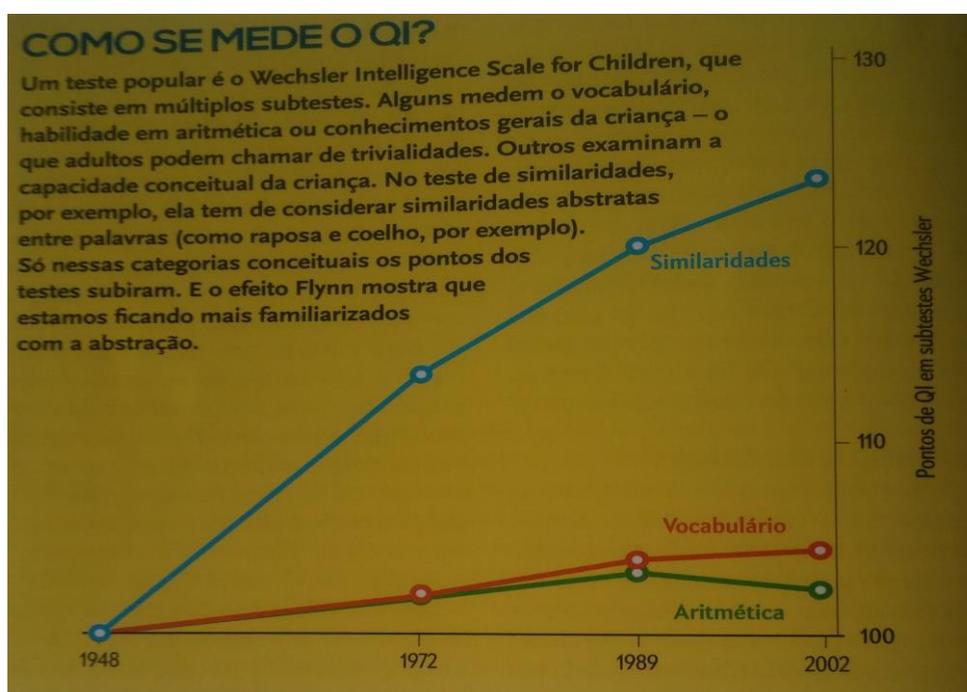


Tabela 3 – Demonstração do Efeito Flynn

Fonte: Leal (2014, p. 14)

⁴³ FLÁVIO GOMES, Luís. **Redução da Maioridade Penal** <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/178865734/reducao-da-maioridade-penal>> Acesso em 25 ABR 2016

Retornando aos tópicos, embora se possam elencar argumentos da corrente que é favorável à questão da redução da imputabilidade penal no Brasil, estes não são conclusivos como redutores da violência nem que jovens aos 16 anos sejam plenamente imputáveis. Ainda, sim, elencamos alguns fatores que, segundo os reducionistas, levam estes jovens a “delinquir” frequentemente, sendo basicamente 5 (cinco): a) a constante evolução e amadurecimento precoce destes adolescentes nos dias atuais que levam a cometer condutas antissociais; b) o elevado número de violência envolvendo adolescentes que cresce assustadoramente; c) a ineficiência das medidas socioeducativas aplicadas aos adolescentes que nada fazem e nada corrigem deixando uma sensação de insegurança e impunidade, não intimidando os jovens; d) os adolescentes de hoje não são os mesmos de 1940, uma vez que já são dotados de capacidades e inteligências, sabendo o que é certo ou errado; e) a facilidade do acesso aos meios de comunicação, independência prematura dada pelos seus pais, à liberdade sexual, à liberdade de imprensa e etc.

3.4.2 Opiniões Contrárias à Redução da Maioridade Penal: Do Efeito *Cliquet* ao Direito Penal Mínimo

Para a corrente contrária – pela não redução da maioridade penal no Brasil –, a argumentação parte do pressuposto de que crianças e adolescentes não possuem uma capacidade psicológica definida para compreender o caráter ilícito do seu comportamento ou determinar-se de acordo com esse entendimento. A ponto de não ser responsabilizado criminalmente por um crime. O que há, conforme informa Flynn (*apud* LEAL, 2014, p.14), observando-se a tabela 3, é uma atualização ou adaptação das mentes das atuais gerações à realidade, aos avanços tecnológicos, embora possa existir um aumento de QI real residual nas gerações atuais. Além disso, o Anexo B, conforme Tendências ao Crime, da ONU, sugere que a redução que a imputabilidade aos 18 anos é, mais evidentemente, efetiva, por atingir uma frequência acima de 60% (sessenta por cento) em um grupo estatístico. Agregada à essa medida de presunção, estaria a de que, conforme embasamento dos psicólogos, a partir dos 11 anos os jovens começam adquirir a capacidade para dissimular e definir “seus próprios limites”, mais uma ideia que corrobora tanto com a da ONU quanto a do ECA, sobre o início da adolescência, aos 12 anos.

Por outro lado, por exemplo, numa amostra linear – o teste de QI –, um nível de 100 pontos para nós pode ser traduzido como o ponto de inteligência do homem médio. Se tomarmos, ao acaso, a amostra de um resultado de 125 pontos de QI obtido de um jovem de 16 anos (idade cronológica) esse resultado levaria a uma idade mental/ intelectual aproximada de 20 anos do indivíduo (divide-se o resultado do QI por 100 – o ponto do homem médio – e multiplica-se pela idade do indivíduo).

Se for considerado apenas esse resultado abstrativo, podemos dizer que esse jovem de 16 anos é plenamente imputável (com uma capacidade de discernimento acima de 18 anos). No entanto, se nos lembrarmos de que a capacidade de discernimento pode ser multifatorial, podemos dizer que o teste de QI não significa que a personalidade esteja totalmente formada em um jovem de 16 anos ou que ele seja plenamente imputável – visto que “o efeito Flynn não é bom nem ruim, é uma evidência de nossa adaptabilidade, e as habilidades que reflete nos permitem destruir assim como construir” (LEAL, 2014, p.17). Aliás, esta dúvida paira, também, nos melhores especialistas sobre a utilização desses testes, embora ainda sejam utilizados em vários países para aferição da pena (nos Estados Unidos, um indivíduo com um QI abaixo de 70 pontos não pode ser condenado à morte). Portanto, o nível de QI não coincide com a frequência de tendência ao crime. Não se pode dizer que alguém com inteligência acima da média se utilizará desta para delinquir, até pelo fato de ter-se de levar em consideração outras heterodoxias, outras variáveis, como a disposição do meio social (riqueza ou miséria, guerra ou harmonização social) e mesmo as convicções morais de cada pessoa. Então, deduz-se, pelas observações de Flynn, que Imputabilidade penal (capacidade mental de discernimento do ato ilícito) seria equivalente à soma do QI agregado à capacidade de autodeterminação, visto que a personalidade é multiforme⁴⁴.

Destarte, a corrente contrária à redução da imputabilidade penal dos dezoito para os dezesseis anos de idade defende que se fosse aplicado o Estatuto da criança e do adolescente corretamente não se precisaria reduzir a maioridade penal, uma vez que o Estatuto já tem medidas capazes de coibir a violência envolvendo adolescentes.

Os defensores que se embasam numa visão humanística – por exemplo, na do juiz Raposo Tavares⁴⁵ – abordam a “educação” como um dos principais argumentos contra o surgimento dos fatores da criminalidade/criminalização, pois a dignidade da pessoa humana é uma conquista, além dos “bons” índices econômicos e baixos níveis de violência. Em países de muito alto IDH (índice de desenvolvimento humano), como a Noruega e a Islândia, observa-se a “educação” por instrumento basilar daqueles povos, embora não se destaquem como potências militares e econômicas.

Segundo os humanistas, há valores que não se compram: os valores “éticos”, que são forças profundas atuantes numa sociedade.

Logo, a redução da maioridade penal não é uma solução para nosso País: a desigualdade social, então, presente, é a força profunda “negativa” atuante na Nação. Enquanto permanecer a

⁴⁴ Conforme Cordeiro (2003, p.28), “a liberdade potencial de escolhermos e decidirmos depende do nosso grau de evolução cognitiva e da cultura”.

⁴⁵ RAPOSO LOPES, Pedro Câmara. **“Redução da maioridade penal” na visão humanística de um juiz.** <<http://territoriopress.com.br/7130/reducao-da-maioridade-penal-na-visao-humanistica-de-um-juiz>> Acesso em 23 OUT 2015

desigualdade, permanecerá também a necessidade de um controle repressivo devido ao ciclo da violência.

Além dos humanistas, há aqueles apoiados numa visão econômica, por vezes fundamentando-se na Teoria dos Jogos, como a do economista da Fundação Getúlio Vargas (FGV) Marcos da Silva⁴⁶, o qual sustenta, que, embora o caráter repressivo de uma norma ou política possa coibir especificamente a conduta de um criminoso, essa repressão não significa a redução da violência ou da criminalização/criminalidade em seu surgimento, pois a desigualdade/ miséria num espaço social degradante não representa senão um equilíbrio de *Nash* negativo (a prisão/repressão acentua os maus índices de desigualdade social), bloqueando a perspectiva de melhores resultados (saúde, bem-estar, moradia, etc.) e aumentando o preço do crime (venda de drogas, por exemplo). Com aumento do lucro, em virtude da subida do preço do crime, haverá uma maior presença de indivíduos na busca da rentabilidade. Nesta situação, uma possível redução da maioria penal fará com que o crime organizado recrute adolescentes de forma ainda mais precoce.

Portanto, de acordo com a teoria econômica do crime, pela experiência prática e pela evidência empírica (como os Estados Unidos), penas rígidas não diminuem a incidência de crimes.

Incrementalmente, a redução não seria a solução mais adequada, porque o cerne da questão é a condição degradante das famílias, das suas condições socioeconômicas, da falta de estudos por parte dos adolescentes, assim sendo, expõem-se as crianças desde cedo à situação de injusta marginalidade e marginalização, segundo Mirabete (2004, p.217):

A redução da maioria penal não é a solução para os problemas derivados da delinquência infantil, visto que o cerne do problema da criminalidade se reduz a condições socialmente degradantes e economicamente opressivas a que se expõe enorme contingente de crianças e adolescentes, em nosso país, à situação de injusta marginalidade social.

Portanto tal corrente defende que as medidas aplicadas aos adolescentes já são suficientemente capazes de inibir a conduta antissocial, sem a necessidade de haver a tão discutida redução. Quanto ao argumento que os jovens de dezesseis anos podem votar e, conseqüentemente, poderão ser responsabilizados criminalmente, isso é uma inverdade haja vista que, o voto é facultativo, e muitas vezes nem sequer sabem de suas potencialidades de eleitores.

Além do mais, alegam a inconstitucionalidade da redução da maioria penal, já que se entende que o artigo 228 da Constituição Federal é cláusula pétrea constituindo uma das garantias fundamentais inerentes à pessoa humana, não podendo ser objeto de Emenda Constitucional, sendo descabido o raciocínio se for reduzido a imputabilidade penal dos dezoito

⁴⁶ SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. **Redução da maioria penal: questão irrelevante.** <<http://terracoeeconomico.com.br/reducao-da-maioridade-penal-questao-irrelevante>> Acesso em 11 NOV 2015

para os dezesseis anos de idade diminuiria significativamente a onda de violência e o contraste criminalidade/criminalização tendo como fundamento o amadurecimento precoce destes adolescentes nos dias atuais, pois estes carecem de condições digna para sua subsistência, garantindo todos os meios cabíveis para uma boa formação de sua conduta, bem como, escolas, cursos profissionalizantes entre outros inerentes a pessoa e condições peculiar de desenvolvimento.

Na falta destas estruturas por parte do Estado servirá mais ainda para agravar o problema da prática infracional infanto-juvenil:

A redução do limite de idade no direito penal comum representaria um retrocesso na política penal e penitenciário brasileiro e criaria a promiscuidade dos jovens com delinquentes contumazes. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, aliás, instrumentos eficazes para impedir a prática reiterada de atos ilícitos por pessoas com menos de 18 anos, sem os inconvenientes mencionados. (MIRABETE, 2004, p.215)

Enfim, o rebaixamento da imputabilidade penal dos dezoito anos para os dezesseis anos de idade não resolveria nem a curto, médio ou longo prazo, os índices de violência no País, pois, em decorrência de amostras obtidas de pesquisas interdisciplinares como História, Criminologia Crítica e Psicologia, não traz certeza da diminuição da prática infracional infanto-juvenil. Aliás, conforme anexos D e E, a redução da imputabilidade penal é um pressuposto para o agravamento da violência.

Além do mais, pensando sob um outro prisma, na concepção de Foucault, delinquência e prática infracional não são expressões sinônimas, pois esta, em sentido restrito, é um ato de quem infringiu normas jurídicas, enquanto aquela, em sentido amplo, é a condição a qual o SISTEMA expõe o indivíduo, ainda que haja cumprido a pena (VERONESE, 2015, p.137).

De acordo com Veronese (2015, p.265), pode-se deduzir que a talvez a maior diferença entre o Direito Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é a finalidade de ambos: no primeiro, há o princípio da retributividade, a preocupação de punir e de isolar, no segundo, a finalidade é educar, e, por consequência, há um fator preponderante no resgate social. Daí torna-se evidente que o ECA aliado à Lei do SINASE (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo) e do SINAJUVE (Sistema Nacional da Juventude) apresenta um cunho restaurativo e um sistema alternativo à pena.

Como contra-argumentação, é possível perceber a deslegitimação do sistema penal e, por consequência, que este historicamente se revela autoritário, arbitrário e seletivo. Exemplificando as pesquisas do Ministério da Justiça sobre o que ocorre nas Febems, pois os índices de reincidência demonstram que a pena não intimida nem prepara ao convívio social – uma argumentação de cunho sociológico e psicológico paralela à de Doran Larson⁴⁷, que sustenta a violação do Estado a garantias e a direitos fundamentais⁴⁸.

⁴⁷ Doran Larson é um professor, editor de assuntos específicos em Estudos de Direito, Política e Sociedade, no Reino Unido, e, mais recentemente, assuntos produzidos com relatos de reclusos norte-americanos, *A Prisão na*

No entanto, conforme os anexos D e E, temos de considerar que a taxa de reincidência entre jovens com menos de 18 anos (passíveis às medidas do ECA) é menor do que aquela dos que possuem mais de 18 anos (punidos pelo Direito Penal). No primeiro caso, a taxa é de 25%, no segundo, conforme Relatório de Pesquisa de dados do CNJ⁴⁹, em 2008, de 70%. Já nos atos infracionais contra a vida, em Curitiba, por exemplo, a taxa é de 3,2%. Um nível tolerável, se considerado o da ONU, que é de 0,5% (índice incluso aos crimes – praticados pelos adultos), segundo o Ministério da Justiça⁵⁰. Daí decorre que, apesar de suas falhas, como a superlotação ou sua inaplicabilidade em alguns casos pelas autoridades, ainda, sim, o ECA é mais eficiente do que o Direito Penal e deve permanecer como regra.

Além disso, o ECA é uma legislação que segue parâmetros internacionais. Países, com sistema atual de referência da ONU, semelhante ao do Brasil, que adotaram anteriormente a redução da maioridade penal para 16 anos e posteriormente a revogaram (um exemplo de como a redução da imputabilidade penal é um controle social ineficaz) foram a Espanha e a Alemanha, de modo que na primeira a idade passou para 18 e a na segunda, para 21 anos.

Conforme divulgado na Espanha, Enrique Múgica⁵¹, provedor de justiça espanhol, também compactua da ideia de que o endurecimento da legislação espanhola não protegerá integralmente as vítimas nem castigará eficazmente os culpados.

Na América Latina, em contrapartida, sustenta-se ainda a ideia majoritária de que vivemos regidos sob o direito penal do autor, ou seja, o direito penal de periculosidade, pois, numa cultura de extremas desigualdades sociais como a nossa, não se condena tanto o roubo como o “ser ladrão”. Nesse ponto, tornando-se mais próximo do pensamento do *labelling approach* (etiquetamento), observamos o elemento da criminalização e do direito penal diferenciado (direito penal para quem), que, conforme Andrade (2009, p.16), tem um caráter eminentemente patrimonialista, sexista e cristã, subsidiado por uma ideologia capitalista.

No outro polo se encontra o direito penal de culpabilidade, que, em virtude do grau culpa, poderá ser do autor ou de ato, que é o seu oposto. (ZAFFARONI, 2011, p.110).

Percebe-se, portanto, que a redução da maioridade penal se alicerça no pensamento em voga na América Latina: o perigosismo, uma ideologia que surge das classes dominantes, como a de reacionários e racistas, forjada na ditadura positivista, no ideal de “fazer justiça”. No entanto, pouco diferente do que ocorre nos países mais desenvolvidos, esse tipo de direito penal

América, pela Universidade do Estado de Michigan, nos Estados Unidos. Conforme o curso do site do EDX: *Incarceration's Witnesses: American Prison Writing* (Testemunhas do Encarceramento: Escrita da Prisão Norte-americana).

⁴⁸ Ver o vídeo *O Grito das Prisões* – o qual mostra a superlotação, a desumanização e a falência das prisões brasileiras.

⁴⁹ REINCIDÊNCIA CRIMINAL NO BRASIL. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>> Acesso em 25 MAR 2016.

⁵⁰ MELO, Karine. **18 Razões para não Redução da Maioridade Penal** <<https://18razoes.wordpress.com/tag/pec-17193/>> Acesso em 17 JUN 2015.

⁵¹ Maioridade penal gera polêmica na Espanha. <http://www.dn.pt/globo/interior/majoridade_penal_gera_polemica_em_espanha_1322951.html> Acesso em 18 OUT 2015.

não alcança redução dos índices de criminalidade, obviamente por questões sociais e financeiras (ZAFFARONI, 2011, p.316).

Em contrapartida, países europeus, de democracias “maduras”, com a finalidade de despenalizar condutas, de empregar um direito penal de intervenção mínima, estão descriminalizando vários delitos, por exemplo, furtos em fábricas por empregados (ZAFFARONI, 2011, p.314).

CONCLUSÃO

O tratamento dispensado aos adolescentes em conflito com a Lei em diversos países tem se pautado no sentido de prevenção à conduta antissocial juvenil e na ressocialização do adolescente.

Ao dispor sobre a proteção integral ao jovem, trazendo com isso inovações, tanto em nível terminológico quanto Institucional, o Estatuto lançou-se como protetor dos interesses da criança e do adolescente, lançando diretrizes de política nacional de atendimento, estabelecendo funções para entidades governamentais. E em virtude dos diversos dispositivos interligados (tratados internacionais, princípios específicos explícitos na Constituição, criação do ECA e implementação de leis que promovem a infância e a juventude, como o SINASE e o SINAJUVE) reforçam ainda mais o compromisso do Estado de manter políticas neste rumo, o que corrobora com a Teoria da Culpabilidade e do Efeito *Cliquet*. Não sendo, portanto, possível uma emenda constitucional (como as PECs 37 e 171) que vise a reduzir a maioria penal.

Cumpra-se salientar, também, que a redução da maioria penal seria ineficiente por não controlar de maneira efetiva a violência e a criminalidade, pois a taxa de reincidência penal de adultos é de 70%, por ser o Sistema Penal seletivo e estigmatizante (seleciona pessoas, por exemplo, com baixa escolaridade) através do *labelling approach* (etiquetamento) e por desempenhar uma função muito mais simbólica do que real (com a finalidade de acalmar a comoção social).

No Brasil, a eficácia das medidas empregadas ao adolescente em conflito com a Lei depara-se com a dificuldade que não é peculiar somente a esta área, pois o País, como um todo, encontra dificuldades para solucionar seus problemas básicos, principalmente os socioeconômicos.

Ao adentrar nessa discussão, tem-se que a análise sobre a legitimidade de um Direito Penal Juvenil, para aqueles que acreditam numa imputabilidade interna ao ECA, não se pode passar pelo prisma da Política Jurídica, visto que esse tema é multidisciplinar, englobando formação, interpretação e aplicação de conceitos jurídicos, que normalmente refletem o pensar de uma sociedade, mas não contribuem necessariamente para a formação, para a operacionalização da norma e do apaziguamento social.

As incursões ao Direito Penal, como forma de resolver o problema da criminalidade não são raras nem novas. Elas decorrem de um processo histórico de exclusão das classes que não interessam ao sistema dominante. Em relação à questão do adolescente em conflito com a lei tal cultura de exclusão e punição já vem de séculos. Foi justamente contra todo este processo de criminalização dos atos infracionais, de cultura penalista, de confusões conceituais, que se lutou até hoje, de modo que não se pode voltar atrás.

Não é difícil, portanto, admitir a autonomia do Direito da Criança e do Adolescente, como disciplina própria que encontra na Constituição da República e no Estatuto da Criança e do Adolescente todas as ferramentas necessárias para promover a Doutrina da Proteção Integral, sem precisar se valer de matérias ultrapassadas ou reservadas aos adultos, que já trazem em seu bojo estigmas de punição, segregação e dominação.

Punir adolescentes a partir dos 16 anos e segregá-los em prisões, como as existentes em nosso país, somente agravará o problema da reinserção na sociedade de um contingente populacional, que aumenta cada vez mais nas periferias dos grandes centros urbanos, à mercê da influência do ciclo social marginalidade/marginalização e criminalidade/criminalização.

Ao apresentar argumentos pró e contra a diminuição da idade para a imputabilidade penal, aparentemente – e só aparentemente – podemos até julgar pertinentes as propostas dos implacáveis defensores do recrudescimento das sanções tais quais as fundamentadas pelo Efeito Flynn e pela Teoria das Janelas Quebradas.

Todavia, na realidade social do nosso país, a expressiva desigualdade social e a superlotação das cadeias apontam que a redução da maioridade penal iria agravar o quantitativo carcerário e a taxa de reincidência. Além do mais, doutrinadores americanos como Doran Larson se posicionam contra ambas teorias, visto que os Estados Unidos possuem a maior população carcerária do mundo e pelo fato de, conforme Andrade, o Direito Penal se evidenciar um instituto de eficácia invertida (Sistema Penal Máximo conduz a uma Cidadania Mínima) e pelo fato de essas duas teorias – de Flynn e de Kelling – conduzirem a resultados duvidosos ou paradoxais. Com o intuito de seguirem a tendência mundial e por reconhecerem a falácia da redução da maioridade penal, Espanha e Alemanha aumentaram, conforme Anexo A, a idade de imputabilidade penal.

Ainda sim, do exposto, conclui-se que pela inimputabilidade relativa, ou melhor, que os adolescentes de 16 a 18 anos tenham considerável discernimento de suas condutas, conforme o Efeito Flynn, haja vista que é inimaginável inquirir que alguém de 16 ou 17 anos não entenda a ilicitude e gravidade da prática de um ato ilícito. No entanto, há que se considerar também que o Brasil não viabiliza condições para que as crianças e os adolescentes se desenvolvam em condições saudáveis, expondo-os desde cedo à vulnerabilidade social, esta que é a principal causa da prática infracional juvenil.

Além disso, o Efeito Flynn, embora demonstre estatisticamente avanços intelectuais das presentes gerações em relação às anteriores em vários países do mundo, ao mesmo tempo levanta controvérsias a respeito do alcance limitado do campo dos testes de QI, visto que, como já diz Flynn, o aumento significativo da pontuação nesses testes pelas gerações presentes não coincide necessariamente com o aumento nos recursos intelectuais brutos, o que permite confirmar, com os argumentos de especialistas em psicologia, cientistas políticos e juristas

(como Mirabete e em contraposição Costa Júnior) que a formação da personalidade é multiforme, ou seja, está condicionada a fatores sociais, educacionais, etc. Restando, portanto, controverso o argumento dos reducionistas de que os jovens de hoje tenham imputabilidade plena.

Insistimos que, enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente não for aplicado de forma efetiva, nenhuma lei substituta vai alterar o quadro atual, nem mesmo pela disseminação da intimidação consistente na aplicação de penas mais severas, como, de resto, ocorre, para citar mais um exemplo da inocuidade de leis “exemplares”, nos países que adotam a pena de morte, nos quais não foram extirpados, como consequência lógica, os crimes que podem ser cominados com aquela impiedosa sanção.

No entanto, apesar de seus entraves, o ECA cumpre sua função institucional, a de ressocializar jovens, pois a taxa de reincidência por atos infracionais é de 25% – se comparada com a de adultos que é de 70% –, a taxa de atos infracionais contra a vida, em Curitiba, por exemplo, é de aproximadamente 3% (o percentual global extraído pela ONU é 0,5%), um percentual pouco significativo (não é um argumento forte para que se reduza a maioria penal).

Porém, há duas alternativas imediatas: Na primeira: o Estado pode elaborar políticas públicas e sociais que visem retirar jovens abandonados das ruas e, conseqüentemente, dos focos de criminalização/criminalidade.

Na segunda: tentar-se corrigir as leis do Estatuto da Criança e do Adolescente e não se ater a legislar de modo redundante com leis que contrariem direitos e garantias fundamentais, ou seja, de normas que apenas atuem punitivamente e não promovam a construção social.

Diante de todo o exposto, são essas as considerações que julgamos serem mais relevantes – e óbvio, a redução da maioria penal não será um método eficiente de controle de violência devido à nossa realidade social e por ser inconstitucional – com relação ao tema tratado, diante da polêmica trazida por cada capítulo aqui escrito, podemos concluir que, se por um lado a lei penal clama por atualizações, de outro, a legislação especial precisa contar com modificações efetivas, pois a situação vigente quanto às medidas socioeducativas em instituições reformatórias, por haver superlotações, não são as mais desejáveis.

Assim, necessário se faz atribuir ao Estado – que alicia de forma indireta crianças e adolescentes à violência – a corresponsabilidade, além, é claro, como não pode ser reduzida a maioria penal, torna-se indispensável revisão quanto às atividades, aos prazos de internação e de liberação compulsória com vistas à melhor ressocialização destes jovens.

REFERÊNCIAS:

ANDRADE, Lédio Rosa de. **Direito Penal Diferenciado**. Florianópolis, SC: Conceito Editorial, 2ª edição, 2009.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas Mãos da Criminologia: O Controle Penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: Códigos da Violência na Era da Globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ALBERGARIA, Jason. **Direito Penitenciário e o Direito do Menor**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica y Crítica del Derecho Penal: Introducción a la sociología jurídico-penal**. Trad. Alvaro Bunster. México: Siglo Veintiuno, 1991, p. 193-208.

BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAYS, Ingrid. **Redução da maioria penal: uma reflexão além do direito**. <http://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/222928837/reducao-da-maioridade-penal-uma-reflexao-alem-do-direito?utm_campaign=newsletter-daily_20150826_1752&utm_medium=email&utm_source=newsletter> Acesso em 04 Out. 2015.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Ética, Educação, Cidadania e Direitos humanos: Estudos filosóficos entre cosmopolitismo e responsabilidade social**. São Paulo. Manole, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Senado. **Lei nº 8.069/90**. Ementa. Publicada no Diário Oficial da União de 13 de julho de 1990.

BRASIL. **Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BRASIL. **Decreto 678/92**. São Paulo: Editora Rideel, 2014, 18ª Edição.

BRASIL. **Decreto-lei 2.848/40**. São Paulo: Editora Rideel, 2014, 18ª Edição.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. **Lei Nº 7.209/84**. São Paulo: Editora Rideel, 2014, 18ª Edição.

BRITO LOPES, Ana Christina e DA ROSA, Alexandre Morais. **Redução da Idade Penal diminuirá a impunidade?** <<http://emporiododireito.com.br/?s=ana+christina+alexandre>> Acesso em 29 Set. 2015.

CABRERA, Carlos Cabral. **Direitos da Criança, do Adolescente e do Idoso: Doutrina e Legislação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CAPRIGLIONE, Laura. **Psicólogos contra redução da maioridade penal: 'Estado deve promover direitos de crianças e adolescentes, não criminalizá-los'**. <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/samuel/39959/psicologos+contra+reducao+da+maioridade+penal+estado+deve+promover+direitos+de+criancas+e+adolescentes+nao+criminaliza-los.shtml>> Acesso em 18 Out. 2015.

CARDOSO, Franciele Silva. **Penas e Medidas Alternativas – Análise da efetividade de sua aplicação**. 4 ed. São Paulo: Método, 2004.

CORDEIRO, J. C. Dias. **Psiquiatria Forense: A Pessoa como Sujeito Ético em Medicina e em Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Maioridade Penal**. Notáveis do Direito Penal. Teses Modernas e Avançadas. Brasília: Editora Consulex, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

CURY, Munir. **Temas de Direito do Menor: Coordenação das Curadorias de Menores do Ministério Público do Estado de São Paulo**. São Paulo: RT, 1987.

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários Jurídicos e Sociais**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DERECHO AL DÍA. Boletim Informativo de la Facultad de Derecho de Buenos Aires. Junio de 2012, año 11/número 195.

DIMENSTEIN, Gilberto. **O Cidadão de Papel: a infância, a adolescência e os Direitos Humanos no Brasil**. 21^a. ed. São Paulo: Ática, 2006.

ELIAS, Roberto João. **Comentários Ao Estatuto da Criança e do Adolescente - 1^a Ed.** São Paulo: Saraiva, 1994.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathia Ragazzoni. **Psicologia Jurídica. 7^a Edição**. São Paulo: Atlas, 2016.

FLÁVIO GOMES, Luiz. **Direito Penal: Parte Geral: Introdução, v.1**. São Paulo: RT, 2003.

FLÁVIO GOMES, Luiz. **Suécia e Holanda fecham prisões. Brasil fecha escolas e abre presídios**. <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121932808/suecia-e-holanda-fecham-prisoos-brasil-fecha-escolas-e-abre-presidios>> Acesso em 16 Mar 2016.

FLYNN, James R. **O que é Inteligência: Além do Efeito Flynn**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

FONTES GODOY, Edvania Fátima. **Máquina penal: perspectivas a partir da criminologia crítica, da intervenção mínima e do garantismo penal**. <<http://jus.com.br/artigos/18222/maquina-penal-perspectivas-a-partir-da-criminologia-critica-da-intervencao-minima-e-do-garantismo-penal#ixzz3nKmCxVPu>> Acesso em 02 Out. 2015.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 16 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

GLOBO. **Maioridade penal gera polêmica na Espanha**. <http://www.dn.pt/globo/interior/maioridade_penal_gera_polemica_em_espanha_1322951.htm> Acesso em 18 Out. 2015

HAMOY, Ana C.B. **Medidas Socioeducativas e Direitos Humanos**. Em: Hamoy, Ana Celina Bentes(Org.), **Direitos Humanos e medidas socioeducativas: uma abordagem jurídico-social**.(pp.37-56). Belém: Movimento República do Emaús; Centro de Defesa da Criança e do Adolescente, 2007.

KELLING, George L. & WILSON, James Q. **BROKEN WINDOWS: The Police and Neighborhood Safety**. The Atlantic Monthly, 1982.

LARSON, Doran. **Incarceration's Witnesses: American Prison Writing**. <https://courses.edx.org/courses/HamiltonX/ENG142x/2015_T1/courseware/940a87b764b74a9eb591e9ecc68b82f7/> Acesso em 18 Out. 2015

LEAL, César Barros. O ato infracional e a justiça da infância e da juventude. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, n. 62, p.11, jan./jun. 1996.

LEAL, Gláucia. **Biblioteca Mente e Cérebro: Para ser mais inteligente, v.6**. São Paulo: Duetto Editorial, 2014.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELO, Karine. **18 Razões para não Redução da Maioridade Penal** <<https://18razoes.wordpress.com/tag/pec-17193/>> Acesso em 17 Jun. 2015

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo Penal**. 18ª Edição. São Paulo: Atlas, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2004.

MOLLION, Gregory. Les garanties légales des exigences constitutionnelles. Revue française de droit constitutionnel, Aix-en-Provence, n. 62, p. 257-289, 2005. Disponível em: <<http://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2005-2-page-257.htm>>. Acesso em 19 Out. 2015

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Direito Constitucional Atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MOURA, Grégore. **Do Princípio da Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

MPPR. **Tabela Comparativa em Diferentes Países: Idade Comparativa Penal Juvenil e Penal de Adultos**. <www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=323> Acesso em 30 Set. 2015

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PASCUIM, Luiz Eduardo. **Menoridade penal**. Curitiba: Juruá, 2007.

PELLEGRINI, Luís. **Janelas Quebradas: Uma teoria do crime que merece reflexão**. <http://www.brasil247.com/pt/247/revista_oasis/116409/Janelas-Quebradas-Uma-teoria-do-crime-que-mercede-reflex%C3%A3o.htm> Acesso em 25 Mai.2015.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PEDREIRA, Pedro & TRENTIN, Melisanda. **A Internação: Medida Socioeducativa Excepcional**. Em: Hamoy, Ana C.B.(Org.), Direitos Humanos e medidas socioeducativas: uma abordagem jurídico-social.(pp.71-86). Belém: Movimento República do Emaús; Centro de Defesa da Criança e do Adolescente, 2007.

RAPOSO LOPES, Pedro Câmara. **“Redução da maioria penal” na visão humanística de um juiz**. <<http://territoriopress.com.br/7130/reducao-da-maioridade-penal-na-visao-humanistica-de-um-juiz>> Acesso em 23 Out. 2015

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. São Paulo: Saraiva. 2ª edição. 2011

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

REGRAS MÍNIMAS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE, REGRAS DE BEIJING – UNICEF. Disponível em <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/documentos_internacionais/id103.htm> Acesso em 28 de setembro de 2015.

REINCIDÊNCIA CRIMINAL NO BRASIL. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>> Acesso em 25 de março de 2016.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Direito Infracional: garantismo, psicanálise e movimento anti-terror**. Florianópolis: Habitus, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **O Adolescente Infrator e os Direitos Humanos**. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Verso e Reverso do Controle Penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis. Fundação Boiteux, 2003.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e Ato Infracional: Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O Estado Social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 17, 1999.

SENNA CONSENTINO, Luís Cláudio. **A Teoria da Culpabilidade na Perspectiva do Estado Democrático de Direito**. <<http://jus.com.br/artigos/9206/a-teoria-da-co-culpabilidade-na-perspectiva-do-estado-democratico-de-direito#ixzz3nLIfN29I>> Acesso em 25 Mai.2015

SILVA, Daniel; MERCURIO, Ezequiel; LÓPEZ, Florencia. **Imputabilidad Penal y Neurociências**. Buenos aires: Ad Hoc, 2012.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. **Redução da maioria penal: questão irrelevante**. Disponível em: <<http://terraeconomico.com.br/reducao-da-maioridade-penal-questao-irrelevante>> Acesso em 11 Nov. 2015

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito Penal Juvenil e Responsabilização Estatutária: Elementos Aproximativos e/ou Distanciadores? – o que diz a Lei do SINASE – a Inimputabilidade em Debate**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

VOLPI, Mario (Org.). **O Adolescente e o Ato Infracional**. 3 ed. São Paulo: Cortez, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Parte geral**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ANEXOS:

ANEXO A – COMPARAÇÃO EM DIFERENTES PAÍSES: IDADE DE RESPONSABILIDADE INFRACIONAL JUVENIL E PENAL DE ADULTOS:

Países	Responsabilidade Infracional Juvenil	Responsabilidade Penal de Adultos	Observações
Alemanha	14	18/21	De 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 podem ser aplicadas as regras do Sistema de justiça juvenil. Após os 21 anos a competência é exclusiva da jurisdição penal tradicional.
Argentina	16	18	O Sistema Argentino é Tutelar. A Lei N° 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. ***
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.
Áustria	14	19	O Sistema Austríaco prevê até os 19 anos a aplicação da Lei de Justiça Juvenil (JGG). Dos 19 aos 21 anos as penas são atenuadas.
Bélgica	16/18	16/18	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.
Bolívia	12	16/18/21	O artigo 2° da lei 2026 de 1999 prevê que a responsabilidade de adolescentes incidirá entre os 12 e os 18 anos. Entretanto outro artigo (222) estabelece que a responsabilidade se aplicará a pessoas entre os 12 e 16 anos. Sendo que na faixa etária de 16 a 21 anos serão também aplicadas as normas da legislação.
Brasil	12	18	O Art. 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às medidas socioeducativas previstas na Lei. ***
Bulgária	14	18	-
Canadá	12	14/18	A legislação canadense (<i>Youth Criminal Justice Act/2002</i>) admite que a partir dos 14 anos, nos casos de delitos de extrema gravidade, o adolescente seja julgado pela Justiça comum e venha a receber sanções previstas no Código Criminal, porém estabelece que nenhuma sanção aplicada a um adolescente poderá ser mais severa do que aquela aplicada a um adulto pela prática do mesmo crime.
Colômbia	14	18	A nova lei colombiana 1098 de 2006, regula um sistema de responsabilidade penal de adolescentes a partir dos 14 anos, no entanto a privação de liberdade somente é admitida aos maiores de 16 anos, exceto nos casos de homicídio doloso, seqüestro e extorsão.

Chile	14/16	18	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.
China	14/16	18	A Lei chinesa admite a responsabilidade de adolescentes de 14 anos nos casos de crimes violentos como homicídios, lesões graves intencionais, estupro, roubo, tráfico de drogas, incêndio, explosão, envenenamento, etc. Nos crimes cometidos sem violências, a responsabilidade somente se dará aos 16 anos.
Costa Rica	12	18	-
Croácia	14/16	18	No regime croata, o adolescente entre 14 e dezesseis anos é considerado <i>Junior minor</i> , não podendo ser submetido a medidas institucionais/correcionais. Estas somente são impostas na faixa de 16 a 18 anos, quando os adolescentes já são considerados <i>Senior Minor</i> .
Dinamarca	15	15/18	-
El Salvador	12	18	-
Escócia	8/16	16/21	Também se adota, como na Alemanha, o sistema de jovens adultos. Até os 21 anos de idade podem ser aplicadas as regras da justiça juvenil.
Eslováquia	15	18	
Eslovênia	14	18	
Espanha	12	18/21	A Espanha também adota um Sistema de Jovens Adultos com a aplicação da Lei Orgânica 5/2000 para a faixa dos 18 aos 21 anos.
Estados Unidos	10 *	12/16	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. O país não ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.
Estônia	13	17	Sistema de Jovens Adultos até os 20 anos de idade.
Equador	12	18	-
Finlândia	15	18	-
França	13	18	Os adolescentes 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 (<i>Jeune</i>) haverá uma diminuição obrigatória. Na faixa de idade seguinte (16 a 18) a diminuição fica a critério do juiz.
Grécia	13	18/21	Sistema de jovens adultos dos 18 aos 21 anos, nos mesmos moldes alemães.
Guatemala	13	18	-
Holanda	12	18	-
Honduras	13	18	-
Hungria	14	18	-
Inglaterra e Países de	10/15 *	18/21	Embora a idade de início da responsabilidade penal na Inglaterra esteja fixada aos 10 anos, a privação de

Gales			liberdade somente é admitida após os 15 anos de idade. Isto porque entre 10 e 14 anos existe a categoria <i>Child</i> , e de 14 a 18 <i>Young Person</i> , para a qual há a presunção de plena capacidade e a imposição de penas em quantidade diferenciada das penas aplicadas aos adultos. De 18 a 21 anos, há também atenuação das penas aplicadas.
Irlanda	12	18	A idade de início da responsabilidade está fixada aos 12 anos porém a privação de liberdade somente é aplicada a partir dos 15 anos.
Itália	14	18/21	Sistema de Jovens Adultos até 21 anos.
Japão	14	21	A Lei Juvenil Japonesa embora possua uma definição de prática infracional juvenil mais ampla que a maioria dos países, fixa a maioridade penal aos 21 anos.
Lituânia	14	18	-
México	11 **	18	A idade de início da responsabilidade juvenil mexicana é em sua maioria aos 11 anos, porém os estados do país possuem legislações próprias, e o sistema ainda é tutelar.
Nicarágua	13	18	-
Noruega	15	18	-
Países Baixos	12	18/21	Sistema de Jovens Adultos até 21 anos.
Panamá	14	18	-
Paraguai	14	18	A Lei 2.169 define como "adolescente" o indivíduo entre 14 e 17 anos. O Código de La Niñez afirma que os adolescentes são penalmente responsáveis, de acordo com as normas de seu Livro V. ***
Peru	12	18	-
Polônia	13	17/18	Sistema de Jovens Adultos até 18 anos.
Portugal	12	16/21	Sistema de Jovens Adultos até 21 anos.
República Dominicana	13	18	-
República Checa	15	18	-
Romênia	16/18	16/18/21	Sistema de Jovens Adultos.
Rússia	14 * /16	14/16	A responsabilidade fixada aos 14 anos somente incide na prática de delitos graves, para os demais delitos, a idade de início é aos 16 anos.
Suécia	15	15/18	Sistema de Jovens Adultos até 18 anos.
Suíça	7/15	15/18	Sistema de Jovens Adultos até 18 anos.
Turquia	11	15	Sistema de Jovens Adultos até os 20 anos de idade.
Uruguai	13	18	-
Venezuela	12/14	18	A Lei 5266/98 incide sobre adolescentes de 12 a 18 anos, porém estabelece diferenciações quanto às sanções aplicáveis para as faixas de 12 a 14 e de 14 a 18 anos. Para a primeira, as medidas privativas de liberdade não poderão exceder 2 anos, e para a segunda não será superior a 5 anos.

* Somente para delitos graves.

** Legislações diferenciadas em cada estado.

*** Complemento adicional

(Fonte: MPPR. <www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=323> Acesso em 30 Set. 2015)

ANEXO B – FREQUÊNCIA DE MAIORIDADE PENAL PELA ONU ATRAVÉS DE CRIME TRENDS (TENDÊNCIAS AO CRIME):

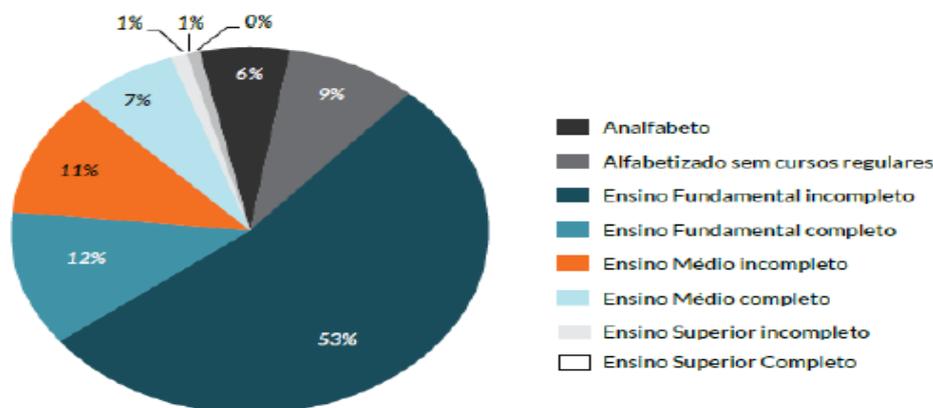
DEFINIÇÃO DE ADULTO	FREQUÊNCIA	PORCENTAGEM
Homem Idade 16 ou acima, Mulher Idade 18 ou acima	1	1,7
Pessoa Idade 15 ou acima	3	5,2
Pessoa Idade 16 ou acima	4	7,0
Pessoa Idade 17 ou acima	2	3,5
Pessoa Idade 18 ou acima	35	61,4
Pessoa Idade 19 ou acima	3	5,2
Pessoa Idade 20 ou acima	3	5,2
Pessoa Idade 21 ou acima	4	7,0
Pessoa Idade 21 ou acima, ou Pessoa Casada	1	1,7
Pessoa Responsável Idade 18 ou acima	1	1,7
Total	57	100,0

(Fonte: Crime Trends / ONU <<http://www.nossacasa.net/recomeco/0069.htm>> Acesso em 03 Mar.2016)

ANEXO C – FAIXA DE ESCOLARIDADE DA POPULAÇÃO PRISIONAL BRASILEIRA:

Escolaridade

Figura 42. Escolaridade da população prisional



Fonte: Infopen, junho/2014

ANEXO D – TAXA DE REINCIDÊNCIA INFRACIONAL EM ADOLESCENTES:

REINCIDÊNCIA

Um em cada quatro adolescentes encaminhados em 2012 para medidas socioeducativas* em Curitiba era reincidente:



* Liberdade assistida, serviços comunitários, semiliberdade e internação.

Fonte: Redação.
Infografia: Gazeta do Povo.

Perfil dos adolescentes

Entre os adolescentes encaminhados para medidas socioeducativas em Curitiba:

Por sexo**Faixa etária em %**

* Os maiores de idade desta relação cometeram o delito quando ainda não tinham completado 18 anos.

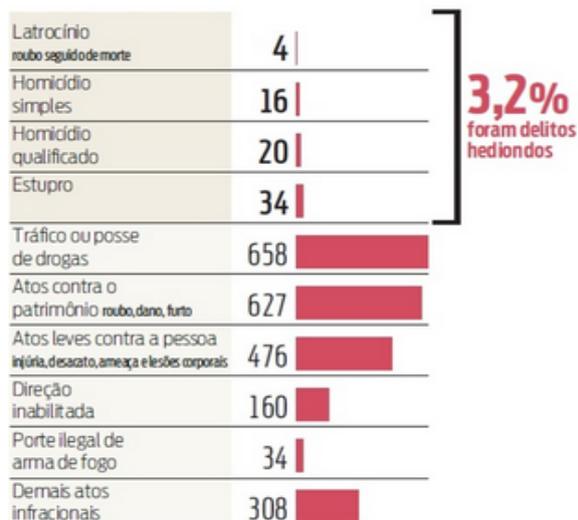
Fonte: Gazeta do Povo, 11 de maio de 2013, com dados da 3ª Vara da Infância e Juventude, em Curitiba.

ANEXO E: PERCENTUAL DOS TIPOS DE INFRACIONAIS PRATICADOS POR ADOLESCENTES:

A vulnerabilidade dos jovens também se traduz em números. De acordo com o Mapa da Violência, divulgado em 2012, o número de adolescentes assassinados no Paraná aumentou 101% na última década. O avanço aqui foi imensamente maior que a média nacional, que teve alta de 6,8%. “Neste processo, todos são vítimas. Por isso, é preciso tratar o tema com muita parcimônia”, recomenda o conselheiro da OAB, Wadih Damous.

ADOLESCÊNCIA E VIOLÊNCIA

Em Curitiba, uma pequena parcela dos 2.337 atos infracionais cometidos por menores de idade corresponde a delitos considerados graves. A maioria diz respeito a desvios de menor monta:



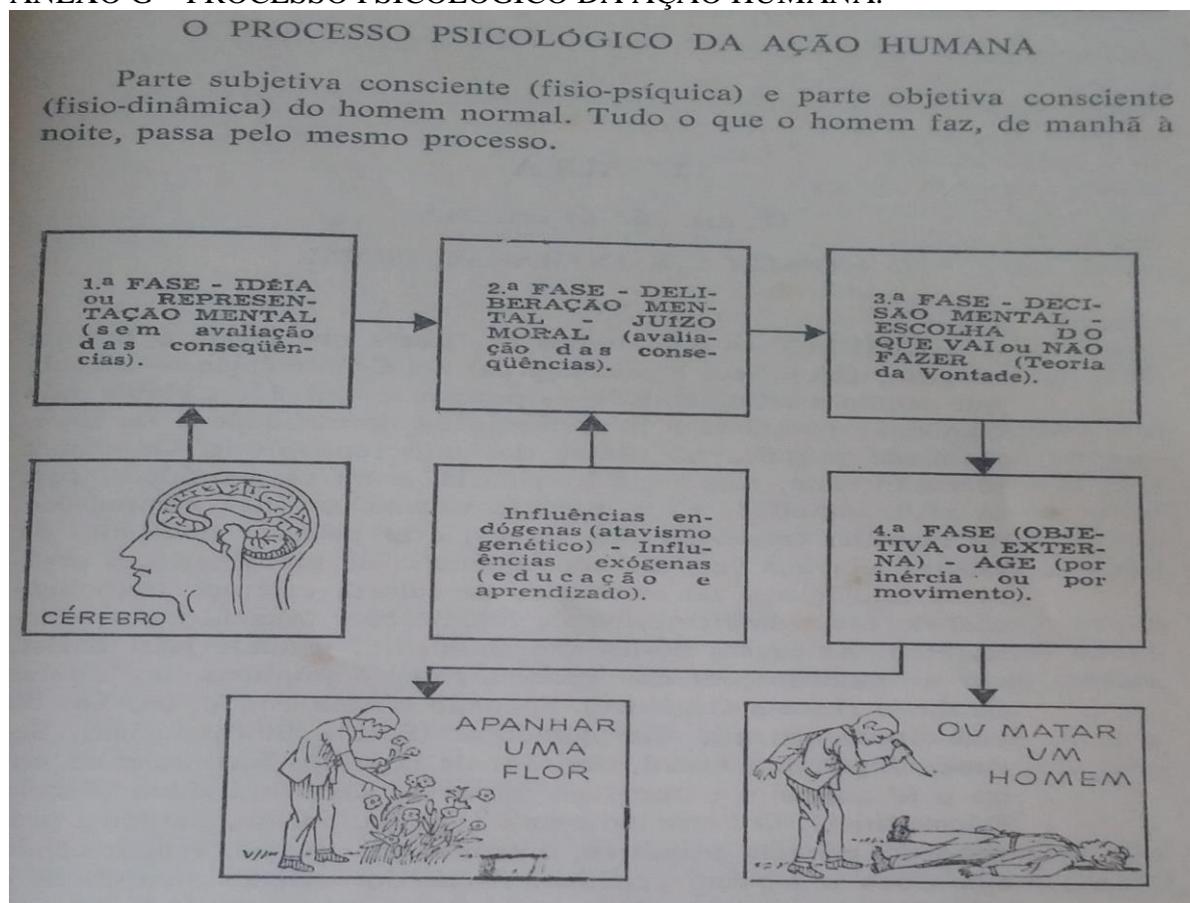
Fonte: Gazeta do Povo, 11 de maio de 2013, com dados da 3ª Vara da Infância e Juventude, em Curitiba.

ANEXO F – POSITIVISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO:

Tema	Como é tratado pelas teorias tradicionais do direito	Como é tratado pelo neoconstitucionalismo
Sociedade	Homogênea	Plural e global
Moral	Monista, (sem correlação com o direito no positivismo jurídico) ou dos valores (absoluta no jusnaturalismo).	Construtivista, com parâmetros de racionalidade prática e pretensão de correção, que vai guiar todo o discurso jurídico e romper com a ordem daquilo que é.
Política	Estado de Direito (com especial atenção à coerção exercida pelo Poder Judiciário e aos atos do poder público).	Estado Constitucional (acrescenta uma especial atenção para as emanações do poder constituinte e constituído – reformas constitucionais – e para o papel desempenhado pelo Tribunal Constitucional. Em primeiro plano, aparece a constante vigilância em torno dos direitos fundamentais, que permitem ao direito como um todo o alcance de um novo status).
Desenho Institucional das Fontes do Direito	Lei em primeiro plano e demais fontes tidas como secundárias.	Primazia da Constituição e da jurisprudência emanada pelo Tribunal Constitucional.
Teoria da Norma	Conjunto de normas com configurações de regras.	Primazia dos princípios preenchidos pela argumentação jurídica. Existência das normas políticas e dos critérios jurídico-procedimentais, além de regras e princípios com morfologia peculiar.
Teoria da Interpretação	Regras para interpretação e, quando elas não existirem, o intérprete é livre para julgar.	Metodologia constitucional apurada, considerando valores e criando conceitos como a derrotabilidade. Toda interpretação jurídica é interpretação constitucional.
Teoria do Direito	Positivismo (exclusivo ou inclusivo)	Neoconstitucionalismo

Fonte: Moreira (2012, p.96)

ANEXO G – PROCESSO PSICOLÓGICO DA AÇÃO HUMANA:



Fonte: CASTELO BRANCO, Vitorino Prata. Aulas de Direito Penal, 2ª Edição, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos. Rio de Janeiro, 1986.

ANEXO H – COMPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ENTRE DIREITO PENAL E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE:

Diferenças entre o Sistema Estatutário (sociopedagógico) e o Direito Penal	
<ul style="list-style-type: none">■ Estatuto da Criança e do Adolescente:<ul style="list-style-type: none">■ Educar■ Regra: não privação da liberdade■ Exceção: privação (brevidade e excepcionalidade)■ Medidas determinadas pela necessidade pedagógica art. 100, ECA• Resgate social	<ul style="list-style-type: none">■ Direito Penal:<ul style="list-style-type: none">■ Punir, isolar■ Regra: privação da liberdade■ Exceção: penas alternativas – substitutas■ Relação direta entre ato e consequência: ameaça<ul style="list-style-type: none">■ Ex: art. 155, CP• Retributividade

Fonte: VERONESE (2015, p.265)