

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI: REFLEXÕES  
ACERCA DA RESPONSABILIDADE PENAL E A PROBLEMÁTICA  
QUANTO A REDUÇÃO DA IDADE PENAL**

Nádia Nakano

Presidente Prudente/SP  
2005

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI: REFLEXÕES  
ACERCA DA RESPONSABILIDADE PENAL E A PROBLEMÁTICA  
QUANTO A REDUÇÃO DA IDADE PENAL**

Nádia Nakano

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão de curso para obtenção do grau de Bacharelado em Direito, sob orientação do Professor Andrei Mohr Funes.

Presidente Prudente/SP  
2005

**ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI: REFLEXÕES  
ACERCA DA RESPONSABILIDADE PENAL E A PROBLEMÁTICA  
QUANTO A REDUÇÃO DA IDADE PENAL**

Monografia aprovada como  
requisito parcial para obtenção do  
Grau de Bacharel em Direito

---

Andrei Mohr Funes  
Orientador

---

Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes  
Examinadora

---

Paula Pontalti Marcondes Moreira  
Examinadora

Presidente Prudente, 30 de novembro de 2005.

Toda boa Lei deve ser curta;  
quando longa, transforma-se em  
regulamento.

Napoleão Bonaparte

O progresso do Direito depende  
do diálogo entre o coração e a  
mente.

William J. Brennan

## RESUMO

No presente trabalho, a autora se propôs a discutir sobre a maioria penal, seus critérios de aferição da imputabilidade, bem como o atual sistema de internação (FEBEM) e sua eficácia no atual sistema legal.

Procura também demonstrar a possibilidade de alteração da legislação vigente, inclusive constitucional, para adequar a lei ao interesse atual, qual seja, a redução da criminalidade infanto-juvenil, crescente dia após dia.

Para tanto, foram utilizadas pesquisas doutrinárias, com o objetivo de conhecer os precedentes históricos da imputabilidade penal, as características dos sistemas de assistência à infância e a demonstração do limite máximo da inimputabilidade penal na legislação comparada, que fixa a idade em torno dos quatorze anos, deixando evidente a tendência moderna e a necessidade da redução da maioria penal.

Busca fazer uma sinopse das medidas sócio-educativas, demonstrando sua ineficácia e descaso, tanto do Estado, pela falta de locais para cumprimento das medidas, como da sociedade, que concebe estes pequenos infratores como irremediáveis, não admitindo apoiar e ressocializar o menor.

Propõe, por fim, a modernização do sistema de internação (FEBEM), a alteração do modo de aferição da imputabilidade para um critério que cumpra a necessidade atual, bem como a efetivação das medidas sócio-educativas, na busca dos direitos e garantias individuais da criança e do adolescente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Maioridade Penal. Redução. Medidas Sócio-Educativas. Critério de Aferição da Imputabilidade. FEBEM.

## **ABSTRACT**

On this paper, the author has proposed to debate the criminal minimum age, its criteria for establishing imputability, as well as the current correctional system (FEBEM) and its effectiveness in the current legal system.

It also tries to demonstrate the possibility of change in the current legislation, including the constitutional legislation, to adequate the law to the current interest, that is, the diminishment of the child/juvenile criminality that has been increasing day by day.

For that, doctrinal researches have been used, aiming to find out the historical background of criminal imputability, the characteristics of the systems for assistance of children and youngsters and the demonstration of the maximum limit of criminal inimputability in the foreign legislation been compared, which establishes the age in around fourteen, making it clear the modern tendency and the necessity of the reduction of the criminal minimum age.

It seeks to make a synopsis of the social educational measures, demonstrating its inefficiency and carelessness, from the Government, due to the lack of locations for the measures to be carried out, as well as from the society, which understands these juvenile delinquents as incurable, and doesn't accept to support and resocialize the ones underage.

It proposes, at last, the modernization of the correctional system (FEBEM), the alteration of the way imputability is established to a criterion that fulfills the current need, as well as the effectiveness of the social educational measures, in search of the rights and individual guarantees of the child and of the adolescent.

**KEY-WORDS:** Criminal Age. Reduction. Social Educational Measures. Criterion of Establishment of Imputability. FEBEM.

## SUMÁRIO

|   |          |
|---|----------|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....   | <b>7</b> |
| 1 PRECEDENTES HISTÓRICOS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA COM<br>RELAÇÃO À MAIORIDADE: DESDE A PRIMEIRA SISTEMATIZAÇÃO LEGAL<br>NO BRASIL ATÉ AS ATUAIS. .... | 10       |
| 2 ONDE COMEÇA A DELINQUÊNCIA? .....   | 17       |
| 2.1 Violência, Pobreza, Desigualdade: Há Relação Destes Conceitos com a<br>Criminalidade? .....   | 17       |
| 2.2 Da Prática do Ato Infracional.....  | 21       |
| 2.3 O Comportamento Infrator .....  | 23       |
| 3 ENTENDIMENTOS E REFLEXOS NO DIREITO PENAL DECORRENTE DA<br>REDUÇÃO DA MAIORIDADE CIVIL.....   | 26       |
| 3.1 Opiniões Divergentes Sobre a Redução .....  | 27       |
| 4 DA INIMPUTABILIDADE.....  | 33       |
| 4.1 Critérios para Aferição da Imputabilidade .....   | 35       |
| 4.2 Maioridade Penal na Legislação Comparada.....   | 39       |
| 4.3 Inimputabilidade é Sinônimo de Impunidade?.....   | 40       |
| 5 MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS E SUA EFICÁCIA .....   | 44       |
| 5.1 Advertência .....   | 44       |
| 5.2 Obrigação de Reparar o Dano .....   | 46       |
| 5.3 Prestação de Serviços à Comunidade .....  | 47       |
| 5.4 Liberdade Assistida.....  | 48       |
| 5.5 Regime de Semiliberdade .....   | 49       |
| 5.6 Internação .....  | 51       |
| 6 FEBEM – FUNDAÇÃO ESTADUAL DO BEM ESTAR DO MENOR .....   | 54       |
| 7 REFLEXÕES E SUGESTÕES FINAIS .....  | 58       |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....   | 60       |

## INTRODUÇÃO

Abordando desde a evolução histórica da maioridade penal, seu estágio atual, sua situação na legislação comparada, até a aplicação das medidas sócio-educativas, o presente trabalho procura demonstrar as causas e conseqüências que levaram ao sentimento de impunidade atual, bem como a ineficácia no alcance da real finalidade do Estatuto da Criança e do Adolescente, que é apoiar e ressocializar o menor.

Não se pode negar que a Lei 8.069/90 (ECA) representou um avanço em nosso sistema jurídico, haja vista que, nos primórdios, as crianças e os adolescentes eram tratados como meros objetos de direito, sem quaisquer garantias e apoio do Estado, que tratava somente de alguns e não de todos. Em outras palavras, o Estado se limitava a cuidar dos adolescentes abandonados e se fosse diferente, isto é, se não fosse abandonado, não haveria a proteção legal.

Atualmente, as crianças e adolescentes são considerados sujeitos de direitos, tratando-se do pequeno infrator com medidas sócio-educativas, consubstanciadas na principal resposta educativa-punitiva do Estado.

Acreditou-se que tais medidas seriam um instrumento útil para a recuperação dos menores infratores, preparando-os para o convívio em sociedade. Porém, isso não passa de meia-verdade, pois as principais medidas, que é a medida de semiliberdade e internação, não são cumpridas e não atingem sua função ressocializadora, predominando o entendimento de que os menores mantêm a imunidade ao cumprimento da Lei até os seus dezoito anos de idade.

O agravamento da situação decorre justamente deste sentimento de impunidade. Os pequenos delinqüentes enfrentam a Lei porque sabem que o problema institucional vigente impede que as medidas sócio-educativas sejam cumpridas, autorizando o aumento da criminalidade infanto-juvenil em proporções assustadoras, sendo de uma clareza latente a necessidade do rebaixamento da maioridade penal.

Contudo, por se tratarem de indivíduos em situação peculiar de desenvolvimento, merecedores de todas as garantias preconizadas pelo Estatuto e pela Constituição Federal, luta-se, no presente estudo, que o rebaixamento da idade penal deva estar atrelado à alteração do modo de aferição da



imputabilidade, adotando-se o critério biopsicológico, a fim de atingir um tratamento individual e especializado. Além disso, esse ideal deve ser atingido com a prevenção da criminalidade e recuperação do delinqüente por meio da efetivação das medidas sócio-educativas. Vale dizer, com o Estado vindo a cumprir o seu papel institucional de forma concreta e funcional.

Muitos são os fatores que impedem o alcance do fim precípua das medidas sócio-educativas. A princípio se atribui toda a responsabilidade ao Estado, pela falta de investimento, pelo descaso. Porém, a sociedade também possui parcela do encargo no que tange a ressocialização dos menores, seja infratores ou não, devendo se conscientizar para assumir tal responsabilidade.

Nota-se que o tema ora discutido é de suma importância e atualmente questionado pela mais elogiada doutrina e atuantes do Direito. Trata-se de um dos mais graves problemas que o atual sistema vem enfrentando e que está intimamente ligado ao não alcance do escopo das medidas sócio-educativas.

Verifica-se que o atual sistema de internação (FEBEM) é degradante e decadente em decorrência da superlotação e centralização dos serviços, não alcançando todas as regiões do Estado. Muitos municípios sequer possuem unidades de internação, ficando a mercê da possibilidade de vagas na Capital do Estado.

Enquanto não se resolver esta questão, alterando o sistema de internação vigente, tanto sociedade, como Poder Público, estarão cada vez mais estimulando o crescimento da criminalidade infanto-juvenil. Assim, é indubitável que o atual sistema sócio-educativo passa por profunda crise, encontrando-se falido devido ao fato de não conseguir alcançar a ressocialização dos adolescentes infratores. A falta de infra-estrutura, de unidades menores, e as condições deploráveis em que se encontram os grandes Complexos somente reforçam a idéia de que é um ambiente incapaz de possibilitar a recuperação do menor delinqüente.

Enfim, face às críticas em todo o sistema de internação, denota-se que é merecedor de reformas, assim como o limite da inimputabilidade penal, que deve ser reduzido, acompanhando a tendência geral mundial.

Com relação ao estabelecimento do critério biopsicológico, à luz da realidade atual, a situação pede o abandono do critério simplesmente etário, a fim de proporcionar uma resposta personalizada para cada caso, combatendo os fatores individuais e sociais de cada adolescente de acordo com a

sua capacidade de discernimento entre o bem e o mal, ainda que na prática não seja tarefa difícil de cumprir, mas que deve ser feita como medida justa a possibilitar o alcance do fim precípua da Lei, que é a solução de um dos mais graves problemas sociais, qual seja, a criminalidade infanto-juvenil.

## **1 PRECEDENTES HISTÓRICOS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA COM RELAÇÃO À MAIORIDADE: DESDE A PRIMEIRA SISTEMATIZAÇÃO LEGAL NO BRASIL ATÉ AS ATUAIS.**

A questão da maioria na legislação brasileira esteve presente desde o período imperial com o chamado “golpe da maioria”, que tinha o intuito de restabelecer a monarquia, então abalada com a saída de D. Pedro “I” do poder, em 1831.

D. Pedro “II” subiu ao trono aos seis anos, por motivo de abdicação do pai, D. Pedro “I”, ficando o país sob o governo de uma Regência escolhida pela Assembléia Geral, em vista da pouca idade do novo imperador.

Desta forma, a figura imperial ficou enfraquecida com o governo regencial no poder. O novo monarca teve um reinado assinalado por várias revoluções, como a Farroupilha e a Cabanagem, ambas em 1835, a Sabinada em 1837, a Balaiada, entre outras, em virtude do enorme espaço territorial brasileiro, ocorrendo uma descentralização do poder.

Assim, a maioria do imperador devia ser proclamada com urgência, a fim de restabelecer a autoridade monárquica, trazendo uma solução à crise política vigente na época.

A Constituição de 1824 trazia a maioria ao imperador aos vinte e um anos, sendo necessário um projeto de antecipação da maioria para ser possível a entrega da delegação parlamentar a D. Pedro “II”. Tal projeto, chamado de “Revolução da Maioridade” ou “Golpe da Maioridade” era de autoria do Partido Liberal, tendo encontrado obstáculos por parte dos Conservadores, que adotaram medidas que significaram a disposição de não entregar tão cedo a direção do país.

Contudo, houve a vitória do Partido Liberal, sendo proclamada a maioria do jovem imperador aos quatorze anos, em 23 de julho de 1840, e após, coroado em 18 de julho de 1841, então com quinze anos de idade, passando este a governar, trazendo fortalecimento ao poder central.

Desta forma, o critério de redução da idade para que o imperador pudesse assumir o comando do país foi exclusivamente político, o que não está muito distante do que ocorreu na seara penal. Embora o mencionado “Golpe da Maioridade” estivesse direcionado a capacidade de fato, isto é, a capacidade de

exercício do jovem monarca, para que pudesse exercer todas suas prerrogativas pessoalmente sem intermediação de outrem, com relação à inimputabilidade penal atual, os menores de dezoito anos ficam fora do Direito Penal comum, por conveniência, não porque sejam imaturos, não tenham discernimento ou capacidade de entender os malefícios da conduta criminosa. O critério é exclusivamente político.

Proclamada a Independência, previa a Constituição de 1824 que se elaborasse uma moderna legislação penal, visto que a vigente era um legado das Ordenações Filipinas e refletiam um direito penal da era medieval, onde o crime era confundido com pecado e as penas eram severas e cruéis.

Em 1826 foram devidamente instalados Câmara e Senado e em 16 de dezembro de 1830 era sancionado o primeiro Código Criminal do Império.

De índole liberal, pois inspirado no Código Penal Francês, o Código Criminal foi o primeiro a ser elaborado por iniciativa do Poder Legislativo e Parlamento, trazendo muitas novidades e em particular, o julgamento especial para menores de quatorze anos e tratamento diferenciado de acordo com seu grau de entendimento.

Adotando o critério do discernimento, isto é, o chamado sistema biopsicológico, o Código Penal de 1830 considerava os menores de quatorze anos penalmente responsáveis desde que agissem com discernimento. Demonstrada sua capacidade de entendimento do ilícito da conduta, o menor seria recolhido a uma Casa de Correção, sob determinação do Juiz, não podendo permanecer recolhido após completar dezessete anos de idade.

Quanto aos maiores de quatorze anos até a idade de dezessete anos, a estes eram atribuídas as chamadas “penas de cumplicidade” (dois terços da pena que caberia a um adulto infrator), desde que o julgador assim estabelecesse por entender ser o mais justo e adequado.

Aos maiores de dezessete anos e menores de vinte e um anos caberia somente uma atenuante de menoridade. Porém, tal benefício era uma novidade no novo código que previu, pela primeira vez, dispositivos referentes à existência de situações atenuantes e agravantes.

Com a Proclamação da República, foi editado em 11 de outubro de 1890 um novo código, agora denominado Código Penal, que declarou como sendo plenamente irresponsáveis os menores de nove anos de idade. Com relação aos

maiores de nove anos até a idade de quatorze anos, estes seriam recolhidos em Estabelecimentos Disciplinares Industriais ou em Casas de Correção, desde que, submetidos à análise de discernimento, fosse constatado o grau de entendimento do menor infrator quanto ao caráter ilícito do fato.

Quanto aos maiores de quatorze anos até a idade de vinte e um anos a legislação permaneceu inalterada, continuando a serem aplicadas às penas de cumplicidade e atenuantes. Contudo, denota-se que não havia grande preocupação entre o tratamento dado aos condenados adultos e menores, visto que, na ausência de tais instituições acima mencionadas, os menores deveriam ser encaminhados às prisões comuns, sendo tratados de acordo com a lei dos adultos. Porém, é importante observar que havia um interesse crescente em relação à criança, em especial no que diz respeito à intenção de reprimir a delinqüência, como indicam as leis penais da época do Brasil Império até a República velha.

Em 1º de janeiro de 1942, entrou em vigor o Código Penal de 1940 (Decreto-Lei n. 2848 de 07 de dezembro de 1940), que ainda é nossa atual legislação penal. Nela, o legislador adotou o critério biológico, isto é, o critério que leva em conta apenas a idade do autor do fato, estabelecendo como penalmente irresponsáveis os menores de dezoito anos, não levando em conta o grau de desenvolvimento mental do menor. Trata-se de evidente presunção absoluta de inimputabilidade penal.

Ao entrar em vigor, o Código Penal de 1940 utilizava a terminologia “irresponsável”, sendo posteriormente substituída por “inimputável” pela Lei n. 7.209 de 1984, que introduziu modificações na Parte Geral do referido Código, o qual continua a vigorar até a atualidade, como preceitua o artigo 27 do Código Penal.

Em relação aos maiores de dezoito anos e menores de vinte e um anos, estes são beneficiados com a circunstância atenuante da pena, em vista da chamada menoridade relativa, como preceitua o artigo 65, I, do Código Penal vigente.

Saliente-se a existência de um Código Penal que sobreveio ao de 1940, qual seja, Decreto-Lei n. 1.004/69, que em seu artigo 33 trazia a possibilidade de imposição de pena ao maior de dezesseis anos e menor de dezoito, desde que revelasse discernimento ou capacidade de entender o ilícito da conduta

criminosa, adotando o legislador o critério biopsicológico. A inimputabilidade absoluta persistia aos menores de dezesseis anos, restando a presunção relativa de inimputabilidade para os que se encontrassem na faixa de idade compreendida entre dezesseis a dezoito anos.

Porém, o Código Penal de 1969, que estabeleceu o critério do discernimento, veio a ser modificado através da Lei 6.016 de 31.12.73, sendo elevado novamente o limite de inimputabilidade para dezoito anos, em vista da significativa parcela de estudiosos que destacaram a impossibilidade de se aferir à capacidade de entendimento de cada adolescente infrator que esteja na faixa dos dezesseis a dezoito anos de idade.

Importante mencionar a evolução histórica da legislação de proteção da criança e do adolescente, mesmo que de maneira sucinta, pois ambas legislações trataram (e ainda tratam) de dispositivos referentes aos menores de idade.

De 1906 a 1927 diversos projetos de lei foram debatidos, com o objetivo de regulamentar a proteção e a assistência à infância. Dentre estes projetos, a lei 4.242/1921 se destacou pela autorização que conferia ao governo brasileiro de implantar serviços de assistência e proteção aos menores e a construção de abrigos de recolhimento provisório para menores infratores e abandonados.

Em 1923 foi criado o 1º Juízo de Menores na capital da República, situada no Rio de Janeiro, sob comando do Juiz Mello Mattos, conhecido como o primeiro juiz de menores da América Latina. Sua criação se deve ao Decreto n. 16.272/1923.

Posteriormente surgiu o SAM - Serviço de Assistência ao Menor - que era espécie de presídio de menores, de caráter repressivo e humilhante. É bom lembrar que a FEBEM herdou do SAM os equipamentos e as práticas repressivas, advindo daí a necessidade de uma reformulação na atualidade.

Em 1927, o Decreto n. 17.943-A consolidou as “Leis de Assistência e Proteção aos Menores”, marcando o início da ação jurídica sobre a infância. Este código, chamado Código Mello Mattos, classificava os menores em delinquentes e abandonados, tratando somente de alguns e não de todos. Se fosse diferente, isto é, não fosse delinquentes ou abandonados, não havia a proteção legal. O único mérito do código foi o de reunir as várias legislações esparsas existentes para a proteção do menor.

Após a promulgação do Código Mello Mattos, sabidamente conhecido como Código de Menores, a criminalidade infantil continuava a incomodar. Setores da sociedade exerciam pressão para que se instituíssem leis mais duras, como o encarceramento precoce de menores infratores. De outra banda, havia a necessidade de se amparar à infância com a devida assistência, fosse social ou jurídica, exigindo-se a participação Estatal.

A reformulação do papel do Estado teve repercussão direta na legislação infantil, passando a se bifurcar em dois pontos distintos: por um lado havia o alvo do menor infrator e de outro a do menor necessitado, forçando uma ação assistencial do Estado. Por causa desta necessidade assistencial, embora houvesse o apelo de endurecimento da lei penal, prevaleceu o contrário, havendo um prolongamento da inimputabilidade penal para a idade de dezoito anos.

Havendo a necessidade de se amparar o menor, surgiram leis de assistência à infância, com programas de educação e saúde a fim de serem estruturadas as políticas sociais básicas e leis de recuperação dos menores abandonados e delinqüentes, através de internação e repressão à criminalidade, como forma de se firmar políticas especiais ao menor, posto que *“o que havia anteriormente era a assistência prestada por instituições religiosas, como a Roda dos Expostos da Santa Casa de Misericórdia”* (QUEIROZ, 1987, p. 32), considerada a fase pré-histórica da política social no Brasil.

O Decreto-Lei n. 6.026/1943 estabeleceu que menores sem grande periculosidade poderiam permanecer na companhia dos pais ou responsáveis, por determinação do juiz, devendo ser internados somente na ausência destes. Quanto aos menores considerados de periculosidade elevada, estes seriam encaminhados a estabelecimentos adequados de reeducação até a cessação da periculosidade.

No ano de 1959 houve um grande movimento em relação aos direitos da criança e do adolescente que levou a elaboração da Declaração Universal dos Direitos da Criança, reconhecendo os direitos especiais dos menores e descrevendo todos os direitos indispensáveis para a sua dignidade e livre desenvolvimento de sua personalidade, além de trazer um apelo quanto ao problema da infância marginalizada no âmbito global.

Embora a Declaração fosse um grande passo aos direitos da criança e do adolescente, os anos 60 não foram dos melhores para o Brasil, havendo uma falta

de incentivo para continuação dos debates com relação à infância, devido à instituição de uma política repressiva instaurada por militares a partir do Golpe de 64.

Chama a atenção uma importante lei, de n. 4.513/64, que criou a Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor, subordinada à Presidência da República, mas com autonomia administrativa e financeira, com a finalidade de orientar, estabelecer e executar a política nacional de assistência a menores. Nos dizeres do aclamado autor José J. Queiroz, tais alterações são *as exigências da nova sociedade brasileira resultantes da industrialização, nos anos 30, que vão exigir uma atualização ou criação de novas instituições entre as quais a de bem-estar (1987, p. 32).*

Em 1967, a Lei n. 5.258 dispôs que, à partir de quatorze anos, os menores ficariam sujeitos a medida de proteção de acordo com o grau de discernimento. A época era de repressão, que vinha por meio de leis de censura, rebaixamento da imputabilidade penal para dezesseis anos, dentre outras.

Contudo, em 1968 sobreveio nova lei, de n. 5.439, dispondo que os menores de dezoito anos ficariam sujeitos às normas estabelecidas por esta lei, e não a de n. 5258/67, acirrando a antiga luta entre o tratamento jurídico conferido ao problema social do menor e o entendimento do menor enquanto sujeito de direitos.

O fato é que, ao invés de uma efetiva reformulação da lei, ocorreram inúmeras modificações de caráter provisório, sendo necessária a revisão do Código de 1927, que já não abarcava as necessidades da época. Após quase sessenta anos de tentativas de reformulação, dentre eles vinte anos de Ditadura, foi promulgada a lei n. 6.697 de 1979, ano internacional da criança, que instituiu o novo Código de Menores, adotando como princípio o da situação irregular.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 havia a necessidade de uma nova lei para a infância, sendo curta a vigência do código de 79 em vista de sua índole repressiva e contrária aos princípios da Magna Carta, que em seu artigo 227 adotou o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, constituindo o marco principal da proteção da infância e juventude no Brasil.

Em 1990 foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), que tem como pressuposto a concepção da criança e adolescente como sujeitos de direitos, dando garantia ampla aos seus direitos sociais e



personais. Tal Estatuto, baseado na Convenção das Nações Unidas Sobre Direitos da Criança de 1989, está em vigor até a atualidade, sendo considerado a lei mais moderna no mundo e copiado por vários países da América Latina. Atribui-se este avanço pelo fato de ser um código deliberativo, isto é, delibera a política do problema da criança e do adolescente, tornando-o como problema municipal, havendo uma descentralização das ações, com a participação da comunidade atuando como instrumento de desenvolvimento social.

Antes a política era centralizada em Brasília, com poderes unicamente nas mãos de juízes de direito, que ao declararem o menor como em situação irregular, seriam submetidos a medidas de entendimento subjetivo de cada juiz, não havendo uma garantia processual aos menores. *Em São Paulo, a assistência ao menor dividia-se em atendimento ao menor desvalido através da Secretaria de Justiça e do menor infrator por meio do Juizado de Menores (QUEIROZ, 1987, p. 32).*

Hoje existe a garantia dos menores, efetuada pelo Conselho Tutelar (art. 131 do ECA)<sup>1</sup>, que vai apurar, investigar e eventualmente punir o menor, desempenhando a mesma função dos juízes, com a existência do contraditório, da possibilidade de remissão (instituto da lei 9.099/95) e de transação penal, negociando ou aplicando a medida sócio-educativa.

---

<sup>1</sup> Artigo 131 do Estatuto da Criança e do Adolescente: "O Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta Lei".

## 2 ONDE COMEÇA A DELINQUÊNCIA?

Diante do aumento da criminalidade, sobretudo a infanto-juvenil, o problema da delinquência entre menores de dezoito anos passou a assumir a posição de problema social exigindo por parte do Estado uma postura ativa, com a devida modernização nos modelos de tratamento e da legislação atual, no tocante ao menor, principalmente o infrator.

Portanto, este capítulo trará algumas reflexões sobre a delinquência e a criminalidade infanto-juvenil, as posições de estudiosos do assunto e as vozes populares sobre a problemática, sem querer pretender desvendar os fatores que conduzem a delinquência, visto que o objeto de interesse, que é o menor infrator, tem uma característica muito versátil, ora aparecendo como vítima, ora como réu, de acordo com a sensibilidade da sociedade.

Dizer que a condição do menor oscila de réu à vítima vem da premissa de que parte da sociedade entende o pequeno infrator como uma ameaça e outra parte o concebem como uma criança ou adolescente que necessita de cuidados especiais, isto é, uma verdadeira vítima do infortúnio.

Assim sendo, por causa desta versatilidade, os discursos sobre este menor contém uma ambigüidade inevitável e oscilam, não havendo como chegar ao cerne da questão.

### 2.1 Violência, Pobreza, Desigualdade: Há Relação Destes Conceitos com a Criminalidade?

Ao se tratar da delinquência infantil, a pobreza e as desigualdades sociais são os fatores principais utilizados por autores para uma explicação lógica ao caso. Para muitos, o problema da delinquência do menor é um problema de classe, ou seja, a classe dominante sobre o proletariado. Esse conjunto supõe que os agentes da criminalidade advêm das classes populares, logo, *as causas da criminalidade situam--se nas distorções da estrutura socioeconômica da sociedade (ADORNO, 1999, p. 66).*

Na teoria da desigualdade social leva-se em conta o índice do desenvolvimento para explicar a delinquência, que está em relação direta com o grau de desorganização social. Melhor dizendo, com o desenvolvimento

capitalista, aumenta-se o oferecimento de mão de obra para o trabalho, ocasionando na redução do preço da jornada de trabalho e conseqüente queda no nível de vida da classe trabalhadora. Além disso, com a oferta maior que a procura, há uma repulsão maior, crescendo a parcela de trabalhadores sem emprego. O mesmo ocorre com o emprego da tecnologia, que acaba por dispensar o operário, liberando parte da mão de obra.

Para os que sustentam tal teoria, o motor do desenvolvimento traz matéria-prima para a criminalidade, e é por isso que em grandes centros, a exemplo de São Paulo, há a contradição entre riqueza e miséria, abrindo espaço para a delinqüência e a criminalidade.

Isso significa que onde há maior concentração de capital, abre-se a possibilidade de emprego, o que é o chamariz de pessoas a procura de uma vida melhor. Porém, essa aglomeração de força de trabalho não é de todo absorvida, fazendo com que as excedentes, isto é, a população sobranete, fique na massa marginal, abrindo espaço para a delinqüência.

Essa condição faz com que grande parte da classe trabalhadora resida nas periferias dos grandes centros urbanos, geralmente em cortiços ou favelas, submetendo a família a uma vida precária, que acaba forçando a entrada de seus filhos menores no mercado de trabalho, decorrente da necessidade e carência familiar e, neste contexto, a contrapartida do trabalho, na idéia do menor, acaba sendo a delinqüência. Em outras palavras, em virtude das condições precárias em que a família vive, a saída é a inserção dos filhos menores no mercado de trabalho e, na impossibilidade de se conseguir um emprego, esses menores acabam adentrando na delinqüência juvenil para sobrevivência.

Contudo, existem muitas pessoas, em especial os menores, que passam por todas estas dificuldades, como crises, fome, desespero e exclusão social, mas mesmo assim não caem na criminalidade. Ao contrário, tais contratempos servem de estímulos para uma vida digna e honesta. Este é o chamado fenômeno da resiliência e os portadores deste elemento resistem aos estímulos criminógenos do meio em que vivem, não fazendo diferença o desenvolvimento e expansão urbana. Por tal razão que se chega à conclusão de que tal teoria, sozinha, é inconsistente, caso contrário, todos aqueles que estivessem em situação precária seriam delinqüentes, o que não condiz com a realidade.

Quanto à pobreza, dizer que há uma relação direta entre pobreza e criminalidade não é verdade e sim, um enorme preconceito. Já foi visto que nem sempre o pauperismo é fenômeno criminógeno, como o caso daqueles que são portadores de resiliência, que vivem nas mesmas circunstâncias sociais, mas não são criminosos. Também, muitas vezes percebe-se que a fartura de recursos produz o crime, como podemos citar casos de organizações criminosas que demandam enormes recursos, ou os crimes cometidos pela máfia, que têm uma condição socioeconômica alta, utilizando-se do crime e em especial de menores, como estratégia de vida.

Vários menores são atraídos por este império do crime organizado, às vezes não pela necessidade, mas pela suposta magia que o envolve ao participar desta sociedade marginal. A este respeito Waldyr de Abreu acrescenta: *Vivemos a gravíssima realidade de um paralelo e afrontoso império do crime organizado, quer na Itália, como no Brasil e outros países notadamente do Terceiro Mundo (1995, p.62).*

Embora a realidade brasileira seja em sua maioria uma violência oriunda da desordem econômica e social, como desempregos, carência na educação e impunidade, no Brasil existem os que não fazem parte deste descompasso negativo e ainda assim, engrossam o nível de delinqüência, banalizando a vida humana, desrespeitando regras legais, representando uma força antagônica ao Estado e maior nocividade social.

Desta forma, discorrer sobre a delinqüência é muito mais complexo do que parece. Todo delito é produto de fatores individuais e do meio, alterando de caso a caso. Existem aqueles que são delinqüentes por pura ocasião do meio em que vive, onde os jovens se vêem forçados a caminharem na marginalidade para conseguirem se destacar, visto que compõem a classe desfavorecida e em desvantagem, não conseguindo competir em igualdade de condições.

Também há casos onde a delinqüência ocorre porque a ligação entre indivíduo e sociedade é frágil, se rompendo com o cometimento da infração penal, que constitui uma resposta de oposição à ordem social. Tais pessoas simplesmente têm valores diversos ao da sociedade dominante, não tendo uma formação moral suficientemente forte para o exercício da vida em sociedade.

Enfim, autores trazem a idéia de que a delinqüência passa pelo problema da falta de policiamento adequado. Sandra Mári Córdova D`Agostini é enfática em

afirmar que *tal visão é simplista, reacionária e reducionista para o enfrentamento da delinquência e da criminalidade, porque sozinha não dá conta de explicar o fenômeno da violência, tampouco resolvê-lo* (2004, p. 49).

O tema em discussão, acentuadamente abrangente, não tem uma essência definida em vista dos múltiplos fatores que conduzem à delinquência, sejam biológicos, sociais ou morais. As convicções apontadas, embora antagônicas, se complementam, porque a vida em sociedade é complexa não sendo possível formar uma teoria geral da delinquência. Dizer que violência, pobreza e desigualdade social são bases estruturadoras da criminalidade é um pensamento demasiado simples, mas algo é importante ressaltar, que é a sensibilidade existente em maior quantidade na infância e na adolescência às influências corruptoras do meio. Sem medo de errar, autores e juristas afirmam que a criminalidade é um problema da juventude, tendo sido Leda Schneider<sup>2</sup> uma das mais enfáticas em tal afirmação, no sentido de que:

No que se refere ao fator idade, vários autores têm afirmado que nas idades mais jovens há maior tendência à conduta criminal do que nos anos posteriores de vida. A atividade criminal começa na meninice, alcança sua florescência total na adolescência tardia ou maturidade precoce, e declina com a idade (1987, p. 102-103).

Desta forma, importante os dizeres de José Frederico Marques a questão:

O problema do menor delinqüente é fundamental na luta contra o crime. Nas crianças mal encaminhadas e que da sociedade nada têm recebido a não ser a sorte madrasta reservada aos parias, é que a delinquência recruta o grande contingente de criminosos incorrigíveis e dos infratores perigosos que tanto perturbam a vida em comunhão. É de se esperar, por isso, que as leis existentes para regular tão importante matéria, encontrem a ressonância devida, através de medidas complementares que estão sendo exigidas para que possam ter aplicação adequada e eficaz (1997, p 228).

Assim, todas estas questões impõem providências, inclusive quanto à prevenção da criminalidade geral e a infante-juvenil, como será demonstrado adiante, porém, delimitá-las é tarefa difícil, senão impossível.

---

<sup>2</sup> A autora *Leda Schneider* foi uma das maiores militantes na luta para a formação de uma teoria geral da delinquência, o que se constatou ser impossível, tanto pela própria autora, como por vários outros autores, em virtude dos múltiplos fatores que compõem a delinquência. Dizemos que "foi" uma das mais enfáticas militantes pelo fato de que a autora comentada deixou prematuramente a sua vida, falecendo logo após ter concluído este brilhante estudo.

## 2.2 Da Prática do Ato Infracional

Considera-se “ato infracional”, nos termos do artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

Por ser entendido como ato infracional, as sanções aplicáveis aos menores delinqüentes são diversas das aplicáveis em adultos infratores.

Verificada a prática de um ato infracional, é importante verificar a idade do menor infrator, visto que o legislador adotou o critério cronológico simples de aferição da inimputabilidade. Além disso, sendo o ato infracional cometido por criança, a esta será aplicada medida diversa da aplicada ao adolescente infrator, com diferenças significativas que merecem ser demonstradas.

Para as crianças infratoras cabem medidas de proteção, consubstanciadas no artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não lhe sendo endereçadas as medidas sócio-educativas, como traz expressamente o artigo 105 do comentado Estatuto.

A Lei 8.069/90 andou bem a respeito da criança, protegendo-a em razão da tenra idade, evitando a aplicação de medidas mais severas. Não em vão, a Lei trouxe em seu artigo 2º a diferenciação entre criança e adolescente, estipulando a idade de até doze anos incompletos para considerar o indivíduo como criança e de doze a dezoito anos para considerá-la como adolescente.

Contudo a Constituição Federal não traz um critério etário para distinguir criança de adolescente como o faz a Lei 8069/90. Com isso, cabe indagarmos se é correta tal distinção.

A fixação de um critério etário para distinção entre criança e adolescente é temerosa, porque um adolescente de quinze anos pode ter um desenvolvimento psicológico de um indivíduo de dez anos e expressão corporal de um adulto de vinte anos. Nesta esteira, temos o entendimento do ilustre Desembargador Napoleão X. do Amarante:

[...] A Biologia e a Medicina não terão elementos para justificar, do ponto de vista científico, a passagem abrupta para este último estágio e o conseqüente desaparecimento do anterior [...]. É que os indivíduos, vivendo em ambientes os mais diversos, com desigual acesso à educação, à cultura, ao trabalho e às demais necessidades indispensáveis ao seu desenvolvimento físico, psíquico e espiritual, e, se não por isto, por outras razões, com

níveis diferentes de discernimento, não poderiam, à luz desta realidade, merecer igual tratamento no plano da inimputabilidade.(CURY, Munir (Org.) et al. Estatuto da criança e do adolescente comentado. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 330)

Assim, embora exista o problema para diagnosticar se o indivíduo considerado é uma criança ou um adolescente, sendo necessário, na realidade, um estudo multidisciplinar, a distinção realizada pela Lei entre criança e adolescente é correta (somente a forma de como é realizada tal distinção é que se encontra equivocada).

Entende-se por correta a distinção porque ela corrobora o princípio fundamental de proteção desses menores infratores, em especial as crianças, que não podem ser presas em flagrante devendo ser conduzidas ao Conselho Tutelar, não sendo submetidas a processo na Vara da Infância e Juventude, entre outros, tudo em virtude de sua pouca idade.

Porém, trazer um critério etário para a separação do que seja criança e adolescente é uma forma simplista de diferenciação, sendo ideal, na realidade, um estudo dos aspectos psico-sociais (biológicos, psicológicos, sociais), isto é, um estudo multidisciplinar, envolvendo vários profissionais como psicólogos, sociólogos, médicos, entre outros, para diagnosticar se determinado indivíduo será considerado criança ou adolescente.

Embora seria desejável que o legislador tivesse previsto tal forma de distinção, isso é difícil de ser instrumentalizado na realidade atual, conformando-se, a sociedade, com o critério introduzido pela Lei vigente.

É criticável a forma etária de diferenciação entre crianças e adolescentes, mas a distinção entre criança e adolescente é louvável em seu conteúdo. Vale dizer, à criança não se aplicam as medidas sócio-educativas do artigo 112 do ECA, já que estas medidas são mais severas. Porém, há entendimento de que a admoestação verbal inclusa no inciso I do artigo citado é passível de aplicação em criança, desde que com cautelas.

Sem embargo, seria desejável que o legislador tivesse previsto a aplicação à criança infratora da medida de advertência, de que cuida o inciso I do artigo citado, que constitui medida muito positiva, capaz, inclusive, de produzir melhores frutos quando aplicada a uma criança do que a um adolescente. Poder-se-ia alegar ser a advertência situada na seara educativa, ao passo que as medidas específicas de proteção possuem outro âmbito, de natureza preventiva. Contra- argumentando, entendemos não ferir

a área de prevenção a possível aplicação da admoestação (CURY, 2002, p. 308).

Já com relação aos adolescentes infratores, além das medidas sócio-educativas é possível a cumulação de tais medidas com as de proteção de acordo com as condições do adolescente. Isso é possível por causa da necessidade de conferir ao inimputável uma garantia especial, buscando a proteção integral, conferindo um regime educativo e não somente repressivo.

Ademais, ao adolescente cabem as garantias processuais que estão elencadas no artigo 111 do ECA, como pleno conhecimento do processo mediante citação, igualdade processual, assistência judiciária gratuita, entre outras, o que é plausível, tendo em vista a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento que se encontra submetida a uma representação (ação sócio-educativa).

De qualquer maneira, como já discutido, a diferenciação entre criança, adolescente e adulto infrator é um aprimoramento na esfera jurídica, estando perfeito quanto ao seu conteúdo, mas discutível quanto à forma de aplicação. As lacunas e ambigüidades existentes devem ser discutidas para que sejam implementados mecanismos melhores para aplicação do conteúdo legal, seja na forma de aferição, seja na sua concreção. Em outras palavras, embora a letra da lei esteja em seu apogeu, é necessário abandonar o critério etário, que não está de acordo com as condições sociais vigentes, alterando-o para o critério multidisciplinar (biopsicológico), fazendo com que os direitos das crianças e adolescentes sejam concretizados, evitando discrepâncias.

### **2.3 O Comportamento Infrator**

A falta de uma melhor política social básica remete a criança e o adolescente à criminalidade como meio de sobrevivência. Mas o cometimento de um ato infracional não decorre simplesmente da índole má ou de um desvio moral. O que ocorre é uma luta contra as inúmeras carências, seja econômica, social, educacional ou moral.

Como já debatido no item 2.1 deste estudo, o crime é predominantemente um fenômeno da adolescência e por este motivo voltar-se-ão os olhos ao problema com maior intensidade ao adolescente, inclusive infrator.



É importante observar que embora sejam infratores, são pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. O tratamento extremista de vítima e agressor devem ser evitados. O que se busca é a melhor forma de garantir um tratamento consistente o suficiente para canalizar a energia vital dos jovens, atribuindo-lhes um papel fundamental na continuidade e reconstrução da sociedade.

O comportamento infrator, isto é, a sua essência, é dependente de inúmeros fatores, seja o meio em que vive ou sua índole moral, devendo ser identificado o problema caso a caso. Mário Volpi descreve em seu livro, fruto de um encontro promovido pelo UNICEF em Brasília, que:

[...] A inexistência de parâmetros objetivos para medir a dimensão quantitativa real da chamada delinquência juvenil é, por vezes, substituída por avaliações e opiniões impressionistas inadequadas. Isto não significa negar a importância e a existência real de problemas sociais graves. Significa admitir que os distintos aspectos da problemática social podem ser percebidos de ângulos completamente diferentes. Dimensões como a da saúde física e emocional, conflitos inerentes à condição de pessoa em desenvolvimento e aspectos estruturais da personalidade precisam ser considerados. Por isso, é importante reafirmar que a delinquência não pode ser considerada uma categoria homogênea [...] (2002, p. 16).

Embora seja necessário o estudo da essência, do cerne do problema, como já explicitado em linhas pretéritas, conhecer a base ideal que leva a delinquência é difícil, senão impossível, isso porque a sua definição não é simplesmente legal, envolvendo também a ciência natural. Jason Albergaria, assevera que:

Realmente, a criminalidade juvenil pode ser encarada como objeto de ciência normativa e de ciência natural. Como ente normativo é objeto do Direito Penal, Direito Processual, Direito Penitenciário. Como fenômeno natural é objeto da Criminologia, de natureza multidisciplinar, compreendendo a Antropologia Criminal, a Psicologia Criminal, a Psicopatologia Criminal, a Sociologia Criminal e a Penologia (1999, p. 224-225).

Desta forma, difícil será, em tão breve trabalho, trazer uma solução ao problema (o que não se pretende), mas espera-se que o esforço traga algum conforto ou possa contribuir para novos estudos, a bem da sociedade.

O que importa é saber como tratar o adolescente infrator após o cometimento do ato infracional, bem como um meio de prevenção para evitar que isso aconteça.

A política de prevenção da delinquência juvenil deve ser maior que a repressão e a correção, englobando ambos, passando a ser entendida em seu sentido amplo. Isso quer dizer que *a prevenção assumirá amplo significado: em primeiro lugar, prevenir completamente os crimes; depois, uma vez cometidos, agir corretivamente com reeducação e recuperação, a fim de preveni-los no futuro* (BRAIDO, 2004, p.37).

Já em 1764, em seu livro “Dos Delitos e Das Penas”, Beccaria escrevia a respeito da importância da prevenção: *É melhor prevenir os crimes do que puni-los. Esta é a finalidade precípua de toda boa legislação, arte de conduzir os homens ao máximo da felicidade, ou ao mínimo de infelicidade possível [...]* (1999, p.128).

O autor citado (1999) traz como forma de prevenção à necessidade de leis claras e simples, fazer com que os cidadãos temam somente a lei e não os homens, combater a ignorância, recompensar as virtudes e, por fim, a educação.

Com relação ao trabalho educativo, Beccaria o traz no sentido de que é necessária uma boa educação para evitar o comportamento infrator, isto é, *impelir esses jovens à virtude pela fácil estrada do sentimento, afastando-os do mal [...]* (1999, p.135).

Na situação atual, o trabalho educativo deve ir além, visando a educação para o exercício da cidadania, envolvendo os fins sociais a que o ECA se dirige, as exigências do bem comum e os direitos e deveres individuais e coletivos, obedecendo a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, com vistas a evitar que cada vez mais jovens venham a ter um comportamento infrator.

### **3 ENTENDIMENTOS E REFLEXOS NO DIREITO PENAL DECORRENTE DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE CIVIL.**

A questão da maioridade está presente na vida do cidadão desde o período imperial, seja a maioridade penal ou a civil, visto que o bem-estar social sempre foi uma necessidade para possibilitar a vida em sociedade.

Com a redução da maioridade civil para dezoito anos, aumentou-se a polêmica quanto ao rebaixamento da imputabilidade penal como forma de solução política ao desenvolvimento social e a crescente criminalidade. A discussão sobre tal assunto surge porque a sociedade humana é dotada de insatisfação e mobilidade.

A insatisfação é inerente ao ser humano e a mobilidade é uma característica de toda sociedade com certo grau de desenvolvimento, pois sujeita a mudanças e transformações. A vida social é mutável, assemelhando-se a um organismo vivo com alterações de acordo com o tempo. Por isso, entender que uma norma é adaptável para as situações presentes e futuras é um erro, que advém da própria natureza do legislador, isto é, do homem.

A estagnação do Direito é uma nota intrínseca. Vincula-se, na verdade, com a forma em que se manifesta historicamente o Direito positivo nos países de legislação escrita. [...] Poderíamos admiti-lo como um defeito inerente ao próprio Direito positivo, em si. Há um afã de perenidade que anima os legisladores. Estão eles tão convencidos da bondade da norma que promulgam e de sua adaptabilidade às necessidades sociais, atuais e futuras, que, geralmente, dizem “para sempre”. [...] Se a vida social fosse imutável, nada teríamos que objetar (MONREAL, 1988, p.27 e 28).

O legislador formula seus preceitos para o futuro, desejando que sejam cumpridos de modo permanente. Ocorre que a lei passa a ser cada vez mais inadequada às necessidades sociais, vez que tem uma projeção rígida no tempo, ao passo que a sociedade se movimenta, jamais estando cristalizada, porquanto formada de seres humanos pensantes e suscitantes de diversas correntes de opiniões, sejam concorrentes ou divergentes e em graus diversos, sobre determinada questão ou insatisfação.

Por isso, importante é a realização de debates, seja por parte de juristas ou da população em geral, com vistas a tornar a reflexão sobre o tema em um dado objetivo e transformá-lo em regra emergente da vontade geral atual.

O desajuste da lei escrita pelo transcurso do tempo fez com que o legislador reduzisse a maioria civil de vinte e um para dezoito anos, levando em conta os níveis de conhecimento e de comunicação, bem como o grau de desenvolvimento dos jovens desta época. Idêntica implicação se observa em relação à maioria penal, pois se a mesma pessoa é considerada pelo legislador plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil, incluindo a permissão para dirigir automóveis, para votar e trabalhar, não estaria o adolescente, com dezesseis anos de idade, com o grau de compreensão mínimo para entender o que significa matar alguém, subtrair coisa alheia móvel, entre outros, e de determinar-se de acordo com tal entendimento?

Evidente o reflexo que tal alteração traz ao âmbito penal. Admitir que o jovem de dezoito anos se encontra apto para o exercício de sua vida civil, afasta qualquer possibilidade de descompasso na redefinição do novo piso etário penal. A melhoria nos padrões de cultura, expansão dos meios de comunicação, a participação dos jovens na sociedade, seja na vida eleitoral ou no trabalho, faz com que estejam cada vez mais capacitados ao amadurecimento e a assunção de responsabilidades.

Já dizia o professor e jurista Miguel Reale (1999), em meados de 1990, quanto à necessidade da mudança na área penal no que diz respeito à redução aqui comentada, relacionando-a com a redução do Código Civil de 2002 e a abreviação da idade eleitoral inserida pelo legislador constituinte na Magna Carta de 1988.

Assim, a luta que se trava é a redução da maioria penal, havendo opiniões divergentes, como não poderia deixar de ser, os quais serão demonstrados no próximo item.

### **3.1 Opiniões Divergentes Sobre a Redução**

Existem duas vertentes a respeito. Uma daquelas favoráveis e outra daquelas que são contrárias à redução da maioria penal.

Os adeptos que são contrários à redução da imputabilidade penal trazem como apoio maior à justificativa de que seja impossível a alteração na idade para possibilitar a imputação penal a menores de dezoito anos, vez que o artigo 27 do Código Penal é abarcado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 228,

bem como o artigo 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente, lei n. 8.069/90, que também fixa a idade de dezoito anos como limite para imputabilidade do menor<sup>3</sup>.

Apreendem os adeptos a esta corrente que, embora o artigo 228 não esteja incluso no artigo 5º da Magna Carta, é entendido como um direito e garantia fundamental por sua característica intrínseca no tocante a liberdade individual da pessoa humana, desta forma considerada cláusula pétrea com fundamento no artigo 60, § 4º, IV da Constituição Federal, não permitindo emendas que busquem abolir tais direitos e garantias individuais, pois inconstitucionais.

Entende-se como garantia individual, nos dizeres de José Afonso da Silva (1996, p.188), aquele direito que reconhece autonomia ao particular em relação aos demais membros da sociedade e face ao próprio Estado. Ao analisar a natureza da norma contida no artigo 228 da Carta Maior, verifica-se que a mesma se consubstancia em uma liberdade negativa, isto é, uma liberdade conferida ao cidadão menor de dezoito anos, no sentido de não se permitir que o Estado venha puní-lo. Este é o entendimento contido nas palavras trabalhadas por Fernando Cordeiro Sátilo Júnior:

Analisando a natureza da norma insculpida no artigo 228 da Constituição Federal, podemos verificar que o mesmo se consubstancia em uma liberdade negativa em face do Estado. Em outras palavras, o legislador constituinte originário quis afastar qualquer possibilidade de que o Estado possa vir a punir criminalmente os menores de 18 (dezoito) anos (2005, p. 02).

Tal corrente que luta em desfavor da redução da maioria penal é contraditória, não conseguindo definir se o artigo 228 é a extensão do seu artigo 5º ou se é a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, consubstanciado no artigo 1º, III, da Magna Carta.

Certo é que o artigo 1º, III, da Constituição Federal traz o princípio fundamental geral no que diz respeito à dignidade da pessoa humana. Porém, ousar dizer que o artigo 228 da Constituição Federal é insuscetível de alteração por fazer parte do núcleo material mínimo, chamado de bloco de

---

<sup>3</sup> Diz o artigo 27 do Código penal: “Os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. A seu turno traz a Constituição Federal em seu artigo 228: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. Já o artigo 104 da Lei 8.069/90 diz que: “São penalmente inimputáveis os menores de 18 (dezoito) anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei”.

constitucionalidade<sup>4</sup> é um erro, pois é sabido que o homem pode fazer tudo aquilo que queira, desde que não prejudique a outrem, isto é, o homem tem o pleno exercício de seus direitos, estando estes limitados pela linha imaginária que o separa do próximo, não podendo ultrapassá-la, ou estaria ferindo a boa convivência em sociedade. José Cretella Júnior, comentando a atual Constituição, traz que o direito à liberdade é:

[...] a conduta do homem, que consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem, como, por exemplo, o exercício dos direitos naturais de cada homem, que tem por limites apenas àqueles que asseguram aos outros membros da sociedade e gozo desses mesmos direitos [...] (1995, p. 181).

No entendimento de Cretella Júnior, a liberdade está contida no preâmbulo da Constituição de 88, visualizada como meta a ser alcançada pelo Estado Democrático de Direito e também em vários dispositivos concernentes a liberdade (de pensamento, de reunião e associação, etc), bem como implicitamente, por meio dos instrumentos processuais como o *habeas corpus* e mandado de segurança, caso a liberdade seja ameaçada.

Este direito de liberdade comentado até então diz respeito ao direito de liberdade *lato sensu*, que são os direitos civis e políticos, não tendo relação, ao menos de primeiro momento, com os direitos individuais da pessoa humana, que traz como conceito à “liberdade-autonomia”, sendo o artigo 228 da CF/88 o exemplo de liberdade negativa conferida ao cidadão em face do Estado. Em outras palavras, não há concretização de tal direito em princípio fundamental geral de respeito à dignidade humana, pelo simples motivo de que não diz respeito à garantia ampla, como o direito à vida e sim, a um direito de liberdade resguardado a crianças e adolescentes, que embora inserido na CF/88, deva ser revisto, pois a liberdade negativa do Estado deve se conservar até onde não prejudique os demais membros da sociedade.

---

<sup>4</sup> Para os radicais, o artigo 5º, § 2º da CF/88 traz três vertentes dos direitos e garantias fundamentais: os primeiros são os direitos expressos na CF/88, os segundos são os direitos decorrentes ou implícitos (a exemplo do duplo grau de jurisdição) e os terceiros que são decorrentes de tratados internacionais em que o Brasil faça parte. O direito de liberdade é decorrente do artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1791, novamente trazido na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 em sua 1ª parte (direitos civis e políticos que se subentendem direitos de liberdade) e, portanto, faz parte da terceira vertente de direito e garantia fundamental, isto é, decorrente de tratados, e estes são incluídos no chamado núcleo material mínimo, formando o bloco de constitucionalidade, passando a ter status de norma supra constitucional, não podendo de forma alguma ser modificados, porque são tratados de proteção de direitos humanos.

Portanto, cabível emenda constitucional a fim de atualizar o reflexo dos valores dominantes em determinado momento histórico. Sendo assim, a *concepção dominante no Estado condiciona o tratamento dispensado aos direitos e garantias do indivíduo* (FERNANDES, 2002, p. 15).

Embora seja um preceito contido na Magna Carta representando a ideologia de uma época, perfeito é o entendimento no sentido de que o pensamento atual, isto é, a opinião pública, demonstra uma crescente insatisfação quanto ao crime realizado por crianças e adolescentes. É sabido que a maior parte dos cidadãos possuem uma imagem parcial sobre o sistema jurídico, mas seria desejável que os anseios do público fossem levados em consideração pelos legisladores quando da instituição das leis, garantindo assim a eficácia do direito, ligando as aspirações do povo de uma determinada época com as regras prescritas pelas normas jurídicas.

É contraditório dizer que o Estado deva se manter afastado para garantir a liberdade dos menores de dezoito anos. A chamada liberdade negativa, onde o Estado se mantém inerte constitui fato ultrapassado, necessário de reformas. O mesmo Estado deve buscar reverter esta situação tomando uma postura ativa, fazendo alterações em todo o corpo de leis, evitando esta idéia de impunidade.

Haverá um verdadeiro respeito à liberdade da criança e do adolescente quando o Estado eliminar a sedução contida na norma do artigo 228 da Constituição Federal e correspondente, que trazem a idéia errada de impunidade. Muitos menores entram no crime pela simples consciência de que jamais serão punidos até completarem dezoito anos, sendo verdadeiramente seduzidos pela pecha da imunidade.

Constitui exercício de lógica simples a concepção de que as leis não estão de acordo com a realidade e não são eficazes, devendo haver mudanças substanciais para que passem a ter correspondência com a realidade social atual. A partir do momento em que o legislador assentiu quanto à plena capacidade para todos os atos da vida civil, que são muito mais complexos, a contar da idade de dezoito anos, caberia a redução da maioridade penal para menos, pois muito mais simples e de fácil compreensão. O Código Penal traz, em sua maioria, condutas negativas, bem menos complexas que as implicações da área cível, que envolve reflexos patrimoniais, alimentos, responsabilidade civil, entre outros.

Outro ponto de divergência está centrado no direito de voto. Aos defensores da redução da idade penal cabe a indagação de que, se o legislador constituinte aceitou a maturidade do jovem para escolher um Presidente da República, por exemplo, como deixar de considerar este mesmo jovem como destituído de discernimento necessário à prática de crimes, que é de entendimento muito mais simples que o processo eleitoral?

De outra banda, os opositores informam que embora tenha sido abreviada a idade eleitoral, a mesma é facultativa. Melhor dizendo, dos dezesseis aos dezoito anos o exercício ao direito de voto é facultativo, ao passo que a redução da maioria penal seria compulsória aos jovens, que não têm maturidade suficiente para tanto.

Fazendo contraponto às opiniões mencionadas, percebe-se que a caracterização da idade penal é de cunho político. Evidente que é muito mais interessante angariar votos de jovens na faixa etária dos dezesseis anos do que se esforçar a levar a efeito propostas de emendas à Constituição, prevendo a responsabilização penal de jovens a partir desta mesma idade.

Dizer que a questão da maioria eleitoral é diversa, pois facultativa, é argumento demasiado simples e que pode ser facilmente rechaçado. A questão que se propõe é a seguinte: a imputabilidade penal a partir dos dezesseis anos também seria facultativa. Isso porque, os menores a partir dessa idade somente responderiam pelo delito praticado desde que, após serem submetidos a uma perícia multidisciplinar, fosse constatado o entendimento quanto ao caráter ilícito do fato, se equiparando a maiores do ponto de vista psíquico-emocional. Logo, não seria compulsória a responsabilização, sendo dependente do grau de desenvolvimento do indivíduo. O enquadramento penal estaria dependente da aferição da capacidade intelectual e emocional do menor, como tentou o Decreto-Lei n. 1.004/69, que em seu artigo 33 trazia a possibilidade de imposição de pena a partir da idade de dezesseis anos desde que revelasse discernimento ou capacidade de entender o ilícito da conduta.

Atualmente encontram-se em tramitação no Congresso Nacional diversas propostas de emendas à Constituição. O pedido de redução da maioria penal varia dos onze aos dezesseis anos de idade, mas em todos eles se busca o critério biopsicológico. Vale dizer, seriam responsabilizados penalmente somente



se estivessem com o grau de amadurecimento necessário para tanto. Diz a proposta de emenda à Constituição número 20 de 1999:

Altera o artigo 228 da Constituição Federal, reduzindo para dezesseis anos a idade da imputabilidade penal.

As mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do parágrafo 3º artigo 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda constitucional.

Art. 1º - O art. 228 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezesseis anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Parágrafo único. Os menores de dezoito anos e maiores de dezesseis anos são penalmente imputáveis quando constatado seu amadurecimento intelectual e emocional, na forma da lei”.

Como se vê, o parágrafo único da emenda está ligado ao subjetivismo, condicionando a imputabilidade penal ao amadurecimento intelectual e emocional, não sendo imposto de imediato.

A defesa de tal posicionamento se apega ao fato de que o jovem atual é diferente daquele do século XX. O Código Penal está ultrapassado, bem como a Constituição Federal, que já conta com quase vinte anos. Os avanços e as transformações sócio-políticas exigem uma alteração, mas claro, desde que observadas as devidas cautelas.

## 4 DA INIMPUTABILIDADE

Para definirmos a inimputabilidade, faz-se necessário trazer a definição do que seja imputabilidade. Maria Stella Rodrigues, com propriedade, traz em sua obra o seguinte conceito:

A imputabilidade não é senão a reunião de condições necessárias para que um fato seja atribuído a uma pessoa. Como aqui se trata de imputabilidade penal, sabe-se que esse fato é um crime e que tais condições são reunidas sob três títulos: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. (1993, p. 91).

Desta forma, tipicidade nada mais é do que a adequação de um fato, provocado por um comportamento humano positivo ou negativo, que resulta em ação ou omissão prevista na lei como ilícito penal. Assim, fato típico é a própria conduta humana que se ajusta no tipo penal.

Antijuridicidade é a contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico. Assim sendo, nas palavras de Hans Welzel<sup>5</sup>, antijurídico é o fato criminoso realizado em condições contrárias ao direito, sendo *um juízo de desvalor que recai sobre a conduta típica, no sentido de que assim o considera o ordenamento jurídico.* (1997, p.60).

Já a culpabilidade é a reprovabilidade da conduta tida como típica e antijurídica. Em outras palavras, que o sujeito tenha certa capacidade que lhe permita ter consciência e vontade acerca da sua conduta tipificada pela lei penal como crime, saiba que a realização de tal conduta é contra o ordenamento jurídico e mesmo assim tenha querido, ou assumido o risco de produzi-lo.

A esta capacidade dá-se o nome de imputabilidade, que é a condição de maturidade psicológica necessária para imputar a alguém o fato típico cometido. Melhor dizendo, *imputabilidade é, assim, a aptidão para ser culpável* (MIRABETE, 1995, p. 211).

A imputabilidade, então, é pressuposto da culpabilidade e perfazendo as condições descritas, a regra é que o agente seja responsabilizado por seus atos.

Contudo, é necessário que se verifique esta capacidade de entendimento e de determinação para que haja culpabilidade e posterior imposição de pena, caso

---

<sup>5</sup> “Dado que el ordenamiento jurídico quiere establecer, con sus normas y preceptos permisivos, un orden valioso de la vida social, la realización antijurídica del tipo es una conducta que contraría este orden valioso. Por ello, se caracteriza frecuentemente a la antijuridicidad como un “juicio negativo de valor” o como “un juicio de desvalor” sobre la conducta típica.

contrário, haverá a exclusão da reprovabilidade da conduta, como é o caso da inimputabilidade prevista no artigo 27 do Código Penal, que traz o desenvolvimento mental incompleto, por presunção legal, do menor de dezoito anos. Nesta esteira de entendimento:

“Adotando o critério, o CP estabelece, neste artigo 27, a presunção absoluta de inimputabilidade para menores de 18 anos. Tal presunção obedece o critério puramente biológico, nele não interferindo o maior ou menor grau de discernimento [...]” (DELMANTO, Celso [et. al.].2002, p.55).

No caso supramencionado, presume-se que o pequeno agente tenha desenvolvimento mental incompleto por não ter alcançado a idade limite e conseqüente maturidade de caráter. Além de ser presumida, tal presunção é *iuris et de iure*, isto é, uma presunção absoluta de que o menor não tem capacidade de entender o caráter ilícito do fato tido como criminoso, retirando a possibilidade do Estado aplicar-lhe uma sanção penal, salvo medidas sócio-educativas que são aplicáveis de acordo com a Legislação especial.

Insta salientar que além da inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos, existe a previsão do artigo 26 do mesmo *Codex*, que prevê a inimputabilidade para os portadores de doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado, trazendo o interesse do legislador em isentar de pena aqueles que são incapazes de entender o caráter ilícito do ato praticado ou de determinar-se de acordo com este entendimento.

Então, pode-se concluir que inimputável é aquele que não tem a capacidade de entendimento e de determinação acerca da censurabilidade de sua conduta, não tendo aptidão para ser culpável. Do conceito exposto extrai-se que a imputabilidade é a regra e a inimputabilidade é a exceção. Todo indivíduo é considerável imputável, salvo em caso de exclusão.

#### 4.1 Critérios para Aferição da Imputabilidade

Hoje a maioridade penal se dá quando a pessoa completa dezoito anos, isto porque o critério adotado pelo legislador nacional foi o critério etário (critério biológico ou etiológico), o qual estabelece, nos dizeres do jurista Luiz Flávio Borges D' Urso (1999), uma idade definida como sendo um marco, na verdade uma ficção jurídica, convencionando-se que exatamente à zero hora do dia em que o indivíduo completará 18 anos, passará a compreender tudo o que faz, ao contrário do minuto anterior, quando ainda não havia completado a maioridade e seria como se não entendesse o caráter criminoso de sua conduta, o que é um raciocínio equivocado, pois poderão haver pessoas com a mesma idade cronológica, mas com capacidade de entendimento diversa.

Porém, nem sempre foi este o critério adotado pelo legislador pátrio, como ocorreu no Decreto-Lei 1.004/69, que em seu artigo 33 trazia a possibilidade de imposição de pena ao maior de dezesseis anos e menor de dezoito, desde que revelasse discernimento ou capacidade de entender o ilícito da conduta criminosa, adotando-se, desta forma, o critério biopsicológico (critério biopsicológico normativo ou misto).

Portanto, existem vários critérios nas legislações para aferição da imputabilidade. Além dos critérios mencionados, quais sejam, critério etário e o biopsicológico, existe o critério psicológico, em que se verifica a personalidade do menor no momento do fato, analisando se o mesmo tinha capacidade de discernimento sobre o ilícito da conduta, afastada a preocupação a respeito da existência de qualquer perturbação mental. A irresponsabilidade resulta da incapacidade de entendimento do ilícito no momento do fato tido como criminoso, e não de perturbação mental mórbida.

Tal critério foi utilizado pelo Código Penal de 1890 que trazia, em seu artigo 30, como sendo plenamente irresponsáveis os menores de nove anos de idade, mas com relação aos maiores de nove anos até a idade de quatorze anos, estes seriam recolhidos em Estabelecimentos Disciplinares Industriais ou em Casas de Correção, desde que, submetidos à análise de discernimento, fosse constatado o grau de entendimento do menor infrator quanto ao caráter ilícito do fato, deixando evidente a adoção do critério psicológico pelo legislador da época.

Muitos adeptos à corrente contrária da redução da idade penal, justificam o critério biológico utilizado atualmente como um avanço, representando a aferição do aspecto psicológico como um retrocesso. Podemos citar trabalhos voltados ao assunto, como as monografias de conclusão de curso dos autores Abiúde C. Alves (2000), Mariléia B. T. Napolitano (2002) e Natanael C. de Araújo Júnior (2003)<sup>6</sup>, que defendem o posicionamento de que *a política criminal evoluiu ao dissociar-se da idéia de discernimento*, citando, os dois primeiros autores, a Inglaterra como adepta do critério psicológico, onde *não há nenhum limite de idade previsto para imputabilidade penal, verificando-se, apenas, se o infrator tinha capacidade para entender o seu ato* (ALVES, 2000, p. 18; NAPOLITANO, 2002, p. 15)

Em que pese tal entendimento, analisando o direito comparado verifica-se que as maiorias dos países adotam legislações específicas, não havendo uniformidade de procedimentos. Porém, saliente-se que na Inglaterra a maioria penal é de vinte e um anos para crimes comuns e somente em caso de crimes hediondos é que o infrator poderá ser penalizado a partir dos dez anos, sendo equívoco afirmar que não haja limite de idade para a imputabilidade penal inglesa.

O quadro seguinte mostra os parâmetros para determinação da idade penal em alguns países do mundo no caso de crimes mais graves:

---

<sup>6</sup> Nesse sentido, vide as páginas 16, 14 e 27 das obras dos autores mencionados, respectivamente. Impressionante como todos mantêm a mesma linha de raciocínio, inserindo o Código Penal de 1890 como adepto do critério psicológico. Saliente-se que o critério adotado por tal código se ajustava mais precisamente no critério biopsicológico, vez que o sistema psicológico verifica somente as condições psíquicas do autor no momento do fato, afastando qualquer preocupação a respeito da existência ou não de doença mental. A crítica que se faz ao referido Código Republicano é a falha com relação aos perturbados dos sentidos e não com relação aos menores.

| IDADE INICIAL PARA RESPONSABILIZAÇÃO POR CRIMES <b>GRAVES</b> |         |
|---|---------|
| MÉXICO  | 06 ANOS |
| ÁFRICA DO SUL   | 07 ANOS |
| ESCÓCIA   | 08 ANOS |
| INGLATERRA  | 10 ANOS |
| FRANÇA  | 13 ANOS |
| ITÁLIA  | 14 ANOS |
| JAPÃO   | 14 ANOS |
| ALEMANHA  | 14 ANOS |
| EGITO   | 15 ANOS |
| ARGENTINA   | 16 ANOS |
| BRASIL  | 18 ANOS |
| COLÔMBIA  | 18 ANOS |

Analisando o quadro exposto pode-se perceber que os países mais desenvolvidos têm um grau de tolerância menor no que diz respeito à determinação da idade penal em crimes mais graves. Dizer que a redução do limite etário da imputabilidade seja um retrocesso é um pensamento simplista, visto que o direito é moldável de acordo com ao desenvolvimento da sociedade, sendo inegável que o adolescente atual tem uma enorme quantidade de informações, seja por meio de televisão, internet ou mesmo do meio social em que vive, mostrando-se perfeitamente capaz de entender a natureza ilícita de determinados atos desde a mais remota idade.

Embora a legislação vigente tenha adotado o critério biológico no tocante a inimputabilidade penal do menor, levando em conta tão somente à idade cronológica do agente, é importante lembrar que se aplica o critério biopsicológico no próprio artigo 26 do código atual, quando considera inimputável aquele que [...] *por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado* [...]<sup>7</sup>, trazendo nesta parte do artigo o critério biológico, que se preocupa exclusivamente com a causa, estando aqui a causa que por si só não é suficiente, dado o que o artigo acrescenta: [...] *era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento* (Decreto-Lei n. 2.848/40, art. 26).

<sup>7</sup> Artigo 26 do Código Penal em forma literal: “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardamento, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Nesta parte final do artigo há o traço do critério psicológico, que cuida somente do efeito. O efeito, neste caso, é ter a inteira capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com este entendimento, caso contrário, embora tenha praticado ato tipificado como crime e tenha querido o resultado, se não tiver condições de entender a ilicitude do ato, a esta pessoa não se pode imputar-lhe a prática do crime, vez que inimputável.

Também já se tentou um avanço na legislação, como é o caso do Decreto-Lei 1.004/69 (já mencionado na parte histórica do presente trabalho) que adotava o critério biopsicológico, mas que não chegou a vigor em vista da dificuldade de implementação desse sistema.

A impraticabilidade da alteração de sistema foi, e ainda é, de cunho eminentemente político, alegando-se o fato de que alterar o critério vigente redundaria em acúmulo ainda maior de processos, tendo em vista o congestionamento que haveria pela necessidade de realização de exames para aferir o grau de capacidade psíquica do menor infrator.

Outras vozes trazem o estabelecimento prisional como o maior obstáculo, como os dizeres de Luiz Flávio Borges D'Urso:

Essa questão da maioria penal no Brasil, ainda será muito discutida, mas não se pode esquecer que o rebaixamento dessa idade implica no envio de seus contemplados para o sistema penitenciário, que certamente está tão necrosado, senão pior que o sistema FEBEM. Qualquer alteração na maioria penal haverá de ser conjugada com uma nova concepção de unidade de reeducação, pois caso contrário, estaremos varrendo sujeira para debaixo do tapete. (1999, p. 49).

Em vista do revelado acima, dizer que a dificuldade na alteração da legislação vigente é de cunho eminentemente político é fato notório. Note-se que o próprio legislador reconhece aos maiores de dezesseis anos a lucidez e discernimento para fazerem sua escolha política, mas não admitem a capacidade de discernimento destes mesmos jovens com relação a crimes. Evidente que muito mais importante na vida política seja angariar votos do que alterar toda uma sistematização para a resolução da criminalidade infanto-juvenil. Em outras palavras, gastar-se-ia com o infrator o que não se gasta com o menor que não delinqüiu, e a criação de uma casa de internação, isto é, uma unidade da FEBEM, não traz melhor impressão do que a construção de uma escola pública.

Aliás, mesmo que houvesse interesse, sabe-se que os municípios lutam para conseguir, no mínimo, atender o mandamento constitucional, preocupando-se com a construção de creches entre outras, não sobrando quaisquer recursos para as entidades assistenciais necessárias, deixando claro que a solução de tal problema parece depender exclusivamente da vontade política dos governantes brasileiros.

Embora demande maiores recursos, é necessária a alteração imediata do limite da idade penal para uma idade inferior a vigente, acompanhando a opinião dominante da sociedade atual, bastando interesse do legislador-constituente em remanejar o sentimento de justiça, interagindo a norma jurídica com a opinião pública, trazendo uma solução ao problema da delinquência juvenil. Também é necessária a mudança de critério para aferição de imputabilidade, adotando-se o critério biopsicológico (ou bioetário) para verificação do grau de entendimento de cada menor infrator, a fim de ensejar uma responsabilização diferenciada, abandonando a maioria cronológica, que os iguala injustamente.

#### **4.2 Maioridade Penal na Legislação Comparada**

No direito comparado, a maioria é alvo de variadas características. Em seu Manual de Direito Penal, Júlio Fabbrini Mirabete (1996, p. 217), traz os limites mínimos de idade para a imputabilidade penal de vários países. Na Itália, o menor de dezoito anos somente seria inimputável se provasse a falta de discernimento, fixando a inimputabilidade absoluta em quatorze anos. O Código Penal Italiano anterior trazia a inimputabilidade absoluta na idade de nove anos e a relativa a partir dos quatorze, como era o nosso Código Penal de 1890.

Na França, o tempo máximo de inimputabilidade é de treze anos (inimputabilidade absoluta), sendo relativa dos treze aos dezoito anos, devendo ser verificada a personalidade e as circunstâncias para a imputação do ato criminoso. Saliente-se que a maioria penal é de dezoito anos, mas a partir dos treze já podem ser penalizados, excepcionalmente.

O Japão fixou a idade da inimputabilidade em quatorze anos (artigo 41 do Código Penal Japonês).

A Noruega também fixou em quatorze anos, assim como a Alemanha e o Haiti.



Na Inglaterra, a maioria penal não é de dez anos como muitos autores comentam. Na realidade é de vinte e um anos para crimes comuns. Somente em caso de crime hediondo é que o infrator poderá ser responsabilizado a partir dos dez anos.

Nos Estados Unidos existe uma enorme divergência entre as legislações dos estados. São cinquenta estados, sendo que em dezoito deles os jovens que cometem crimes graves podem ser responsabilizados a partir dos quatorze anos.

Por fim, as leis portuguesa, espanhola, argentina, belga e israelense, admitem a condenação a partir dos dezesseis anos.

Observe-se que não há uma uniformidade quanto à idade para a maioria penal nos vários países, sendo a idade fixada de acordo com o grau de tolerância de cada nação. Embora a idade de dezoito anos seja o limite razoável de tolerância recomendado pelo Seminário Europeu de Assistência Social das Nações Unidas, realizado na França em 1949, tal recomendação não foi adotada pela maioria dos países, havendo variações para menos, como ficou demonstrado.

Os únicos países que continuam com o mesmo limite de idade que o nosso é a Colômbia, Peru, Uruguai, Equador e Cuba, deixando claro que somente os países sul-americanos mantêm esta faixa etária para maioria penal.

Embora Mirabete, baseado no quadro publicado pelas Nações Unidas em 1955, traga que sobre 40 países, 22 fixaram em dezoito anos a idade para a imputabilidade penal, é importante salientar que este número foi reduzido, estando França, Noruega, Holanda, Bélgica, entre outros, fora deste quadro, como já demonstrado.

De qualquer forma, o aumento da criminalidade infanto-juvenil brasileira faz com que a maioria penal continue sendo foco de discussões, havendo uma tendência moderna em se rebaixar o limite de idade, acompanhando assim as legislações modernas e a sociedade atual.

### **4.3 Inimputabilidade é Sinônimo de Impunidade?**

Embora altas vozes digam que o conceito de inimputabilidade é totalmente diverso do conceito de impunidade, um não se dissocia do outro, como restará demonstrado.

Os defensores do posicionamento contrário a redução da maioridade penal preconizam que há grande distinção entre inimizabilidade, que é a causa de exclusão da responsabilidade, e impunidade, que é a irresponsabilidade pessoal ou social. Em outras palavras, enquanto os maiores de dezoito anos têm responsabilidade penal, os adolescentes têm responsabilidade estatutária juvenil, sujeitando-se a medidas sócio-educativas, que vão desde obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, regime de semiliberdade até a privação de liberdade.

O argumento apontado se consubstancia na premissa de que o menor infrator não está impune, isto é, não está totalmente irresponsável por seus atos, estando sujeito as medidas de proteção e sócio-educativas do Estatuto da Criança e do Adolescente, se diferenciando do maior de dezoito anos pelo fato de não estar submetido ao procedimento comum, não lhe sendo imposta a pena propriamente dita e sim, a medida aplicável ao caso.

Desta forma, induzem o leitor no sentido de que, embora inimputáveis, não estão impunes, não sendo subtraídos da lei penal, estando apenas “banhados” por legislação especial, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Érika Menezes pondera:

A imputatio facti não deixa de existir por causa da menoridade. O que difere a menoridade penal da inimputabilidade penal é única e exclusivamente a consequência jurídica do descumprimento da norma ou de um dever típico: se o agente for maior de dezoito anos, ser-lhe-á imposta pena, se menor, uma medida sócio-educativa. Na realidade, por mais que se aspire ao contrário, as diferenças entre uma (pena) e outra (medida) não são notadas na prática e pode-se dizer que são meramente terminológicas. (2003, p.26).

Embora louvável tal entendimento, infelizmente a realidade é diversa. É de conhecimento geral que o menor infrator adquiriu a consciência de impunidade em virtude de sua inimputabilidade penal e da falta de estrutura necessária, por parte do Estado, para a aplicação das medidas de proteção e medidas sócio-educativas (previstas nos artigos 101 e 112 do ECA respectivamente).

Considerando que nos Municípios, via de regra, não existem estabelecimentos especiais, e o menor não pode ser recolhido em estabelecimentos prisionais, costuma-se efetuar a soltura do menor infrator, mediante termo de compromisso, ficando a população indignada com a “Justiça”

enquanto que na idéia do adolescente arraiga-se o sentimento de impunidade, incitando-o à prática de atos infracionais.

Esta é a chamada “impunidade institucionalizada”, isto é, embora a Lei esteja além das expectativas, trazendo boas garantias aos menores, o Estado está aquém da necessidade atual, não possuindo a estrutura necessária para dar cumprimento a Lei, inexistindo unidades de abrigo e de internação na quantidade adequada para a demanda crescente de criminalidade infanto-juvenil atual.

Desta forma, urge a criação de entidades de internação municipais, havendo uma descentralização das atribuições, que hoje é realizada pelo Estado por meio da FEBEM, bem como entidades de abrigo e proteção, denominadas pelo Estatuto de entidades de atendimento.

Aliás, o ECA prescreve que compete ao Conselho da Comunidade o registro de tais entidades de atendimento (artigo 91), mas em muitas cidades sequer possuem entidades de abrigo, quanto mais Conselho de Comunidade, para não falar da inexistência de Conselho Tutelar, deixando evidente a precariedade do sistema.

Em virtude de todo o exposto chega-se a conclusão de que, por causa das distorções no sistema, arraiga-se o sentimento de impunidade, tanto na sociedade, como no menor, o que o incita à prática do ato infracional. Por ser inimputável, cabem as medidas protetivas constantes na legislação especial (ECA), mas tais medidas não são eficientemente cumpridas, sendo ineficazes, culminando na impunidade.

Em suma, inimputabilidade e impunidade andam juntas, como irmãs siamesas que não podem ser dissociadas por falta de estrutura. No caso em questão, enquanto não houver a estrutura necessária para o cumprimento efetivo da Lei, o binômio inimputabilidade-impunidade prevalecerá, sendo um equívoco, e um retrocesso, conceber o contrário.

Entende-se como um retrocesso porque é muito mais cômodo dizer que os menores, embora inimputáveis, recebem sua “pena” não estando impunes. Tal pensamento é simplista e foge do confronto principal. A verdade é que a consciência da impunidade está arraigada na sociedade, inclusive nos menores infratores, fazendo com que o número de atos infracionais aumentem assustadoramente. É necessário utilizar o Direito, não como obstáculo à transformação social, mas como fim social a que ele se destina, cabendo aos

estudiosos no assunto deixarem de lado a simples idéia de que a Lei é boa e o problema está na sociedade. Embora não se discuta a bondade da Lei, o problema vai além, atingindo o Estado como um todo.

## **5 MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS E SUA EFICÁCIA**

As medidas sócio-educativas estão elencadas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente e são aplicáveis somente aos adolescentes. À criança que comete ato infracional aplica-se uma medida de proteção (artigo 101). Porém, o inverso não é verdadeiro. Aos adolescentes é possível a aplicação da medida sócio-educativa cumulada com as medidas protetivas, ou somente esta última, dado o conteúdo pedagógico das mesmas. A finalidade é a de levar o adolescente a participar de programas educacionais, tratamento médico, psiquiátrico, entre outros.

O rol das medidas sócio-educativas é taxativo, sendo vedada à imposição de medidas diversas das prescritas no Estatuto. Sendo o ato infracional cometido de natureza grave, a medida a ser aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, circunstâncias e gravidade, que serão apuradas pelo Juiz (artigo 112, § 1º).

Serão analisadas, com detalhes, cada umas das medidas e ao final de cada tópico será realizado um comentário a respeito da eficácia de cada uma delas.

### **5.1 Advertência**

A mais leve das medidas sócio-educativas é a advertência (artigo 112, inc.I).

A advertência é aplicada ao adolescente que não é reincidente, que nunca cometeu ato infracional mas acabou realizando em razão da juventude. Consiste em uma admoestação verbal que deve ser reduzida a termo e assinada (artigo 115).

Nesta admoestação, isto é, na censura verbal, não há o contraditório em virtude de não haver tal necessidade expressa na Lei, embora existam aqueles que são de entendimento contrário, achando necessária tal medida (contraditório) em obediência as garantias processuais voltadas ao adolescente (artigo 111).

Mesmo sendo uma medida amena, a advertência se fará constar na certidão do adolescente, advindo daí a discussão quanto à necessidade de defesa.

Quanto à competência para aplicação de tal medida, pela Súmula 108 do Superior Tribunal de Justiça à competência é exclusiva do Juiz. Há quem entenda que é possível a aplicação da medida pelo Delegado de Polícia porque o artigo 115 do Estatuto é silente a respeito. Porém, se aplicarmos o que foi dito anteriormente (Súmula 108 STJ), a advertência somente poderá ser aplicada pelo Juiz, salvo quando cumulada com o benefício da remissão, onde poderá ser aplicada pelo membro do Ministério Público (Promotor da Infância e Juventude). Assim:

Constituem-se na autoridade competente, referida em tal norma, o juiz e o promotor de justiça da infância e da juventude (este último somente no pertinente às medidas previstas nos incs. I, II, III, IV e VII, quando se tratar de concessão de remissão com aplicação de medida) (CURY, 2002, p. 362).

Por ser uma medida que se esgota em si mesma, se concedida pelo representante do Ministério Público juntamente com a remissão, ocorrerá a exclusão do processo.

Para melhor entendimento, é importante conhecer o procedimento. Ao cometer o ato infracional, sendo leve e sem antecedentes, cabem aos pais ou responsáveis assinarem o termo de compromisso de que vão apresentar o menor posteriormente perante o Promotor da Infância e Juventude em audiência informal, como preceitua os artigos 106, 107 e seu § único e artigo 174, tendo o menor a liberação imediata.

Somente será privado de sua liberdade em caso de flagrante em ato infracional de natureza grave ou em caso de ordem escrita e fundamentada pelo Juiz (artigo 106).

Em audiência informal, presentes os pais ou representantes legais e o menor, o promotor vai indagar a respeito do ato infracional e verificar a possibilidade de conceder ou não a remissão e a necessidade de aplicação de outra medida cumulada à remissão. Porém, jamais poderá cumular remissão com a medida de semiliberdade ou internação por causa da total incompatibilidade e vedação legal (artigo 127).

Entendendo pela remissão como perdão puro e simples ou a sua cumulação com a advertência, que é uma medida que se esgota em si mesma, os autos serão conclusos à autoridade judiciária competente para sua homologação (artigo 181), ocorrendo a exclusão do processo.

Sendo cumulada com outra medida (obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida ou medidas do artigo 101, I a IV), o processo ficará suspenso até que se cumpra a medida eventualmente cumulada com a remissão.

De qualquer forma, a medida de advertência indica a prevalência do caráter educativo ao punitivo, buscando a intimidação e reafirmação dos valores éticos-morais, com o intuito de informar ao menor e aos seus pais ou responsáveis, que o comportamento demonstrado não é o querido pela sociedade.

## **5.2 Obrigação de Reparar o Dano**

A medida sócio-educativa de reparação do dano consiste em uma medida coercitiva e educativa, que busca levar o adolescente a reconhecer o erro e repará-lo. É cabível em caso de cometimento de ato infracional com reflexos patrimoniais, havendo três formas de se reparar o dano:

- a) reparação do dano com a restituição da coisa;
- b) reparação do dano com o ressarcimento do prejuízo ou
- c) com a compensação do prejuízo da vítima por qualquer outro meio.

Como o artigo 116 deixa expresso a necessidade de compensar o prejuízo da vítima, existe entendimento de que se admite a responsabilização dos pais subsidiariamente. Esta corrente adota o fundamento de que a vítima não pode ficar com o prejuízo a que não deu causa, isto é, favorece e pensa única e simplesmente na vítima, não sendo o mais adequado.

Embora o artigo 116 do ECA remeta à leitura do artigo 932, incisos I e II do Código Civil, indicando a responsabilidade dos pais ou responsáveis pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e companhia, o artigo 116, § único deixa claro que, na impossibilidade de se reparar o dano, o Juiz deve substituir a medida por outra mais adequada, a exemplo da prestação de serviços à comunidade.

Por esta razão, o posicionamento majoritário é no sentido de que os pais não podem ser chamados para arcar com o prejuízo. Mário Volpi é enfático nesta questão:

A responsabilidade pela reparação do dano é do adolescente, sendo intransferível e personalíssima. [...] Havendo manifesta impossibilidade de aplicação neste sentido, a medida poderá ser substituída por outra mais adequada (2002, p. 23).

Assim, o intuito de tal medida é demonstrar ao adolescente que em caso de envolvimento com atos infracionais dessa natureza deverá ele mesmo restituir. Tal restituição não é somente pecuniária, envolvendo qualquer forma, desde que seja realizada pessoalmente pelo adolescente como meio de reeducá-lo ao convívio em sociedade, ensinando moralmente o menor infrator, fortalecendo os vínculos familiares e comunitários.

### **5.3 Prestação de Serviços à Comunidade**

A medida de prestação de serviços à comunidade consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a 06 (seis) meses, em entidades assistenciais, hospitais, escolas, entre outros (artigo 117 do ECA).

Dentro deste prazo estipulado pelo Estatuto (seis meses), a jornada máxima será de oito horas semanais, podendo ser cumpridos nos domingos e feriados.

Sendo nos dias úteis, o cumprimento da medida não poderá prejudicar a frequência à escola e a jornada normal de trabalho (§ único do artigo 117).

Esta medida tem um alto apelo comunitário e educativo. *O educar para a vida social visa, na essência, ao alcance de realização pessoal e de participação comunitária, predicados inerentes à cidadania (CURY, 2002, p. 365).*

A proposta é buscar a integração social do menor infrator com a experiência da vida comunitária, que por sua vez poderá responsabilizar-se pelo desenvolvimento integral desse adolescente. Em outras palavras, o que pretende é o envolvimento da comunidade por intermédio das entidades e órgãos governamentais ou não-governamentais, conferindo adequado acompanhamento e apoio ao adolescente, dando utilidade real ao trabalho por ele realizado, a fim de que se sinta útil em sociedade, culminando numa verdadeira integração social.



#### 5.4 Liberdade Assistida

A finalidade da medida de liberdade assistida é de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente. O prazo mínimo para cumprimento desta medida é de 06 (seis) meses, podendo ser prorrogada, revogada e até substituída por outra medida sempre que necessário. Por causa de sua finalidade (acompanhar, auxiliar e orientar), não há prazo máximo para cumprimento, sendo cabível enquanto o Juiz entender necessário ao adolescente.

Constitui-se numa medida diferente das anteriores, porque não é simplesmente educativa, sendo também coercitiva quando se verifica a necessidade de acompanhamento da vida social do adolescente (frequência escolar, trabalho, família).

Esta característica se encontra nas incumbências do orientador, previstas no artigo 119 do Estatuto. São quatro aspectos:

- a) orientar o adolescente, inserindo-o, quando necessário, em programas de auxílio e assistência social;
- b) promover a inserção do adolescente no mercado de trabalho e profissionalização;
- c) supervisionar sua frequência escolar, seu aproveitamento e realizar sua matrícula;
- d) realizar relatórios e apresenta-los à autoridade competente, que vai supervisionar o caso.

O menor infrator será acompanhado de um orientador, nomeado pelo Juiz, que deverá acompanhar o desenvolvimento psicológico, moral, educacional do adolescente, verificando se o mesmo está cumprindo com os encargos e realizando, ao final, o relatório.

Tal medida se tornará efetiva na medida em que houver o adequado acompanhamento do adolescente, de forma personalizada, tornando o orientador uma referência permanente para o adolescente e sua família.

Desta forma, os programas de liberdade assistida devem ser estruturados em nível municipal, em vários pontos da comunidade (bairros), a fim de que o adolescente fique em contato direto com a família e orientador, sem alteração em seu cotidiano, proporcionando oportunidade para que este adolescente,

devidamente orientado, deixe a vida criminosa e volte à convivência em sociedade.

Em nosso Município (Pres. Prudente), temos como exemplo a Casa do Pequeno Trabalhador, que embora não seja somente para pequenos infratores, abrangendo todos os adolescentes que necessitam de ajuda, tal grupo comunitário conta com orientadores que buscam inserir o menor na escola e no mercado de trabalho, conferindo-lhes lazer, aprendizado multidisciplinar (aulas de comportamento, oficina de pintura, trabalhos manuais) e orientação, propiciando aos adolescentes um acompanhamento, auxílio e orientação para a efetiva integração social.

### **5.5 Regime de Semiliberdade**

Neste regime, o adolescente vai conservar a sua vida social durante o dia (trabalho e estudo) e à noite se recolherá na instituição.

O recolhimento na instituição à noite é a característica que torna a medida coercitiva. Isso porque afasta o adolescente do convívio familiar, privando-o de sua liberdade, ainda que de forma parcial.

Embora vários estudiosos no assunto (Mário Volpi, José J. Queiroz, Jason Albergaria) entendam que esta é a melhor medida, capaz de ser utilizada em substituição as medidas de internação (que são ineficazes), encontramos uma barreira intransponível, que é a falta de unidades nos municípios. Em várias localidades não há sequer uma unidade de abrigo, tornando impossível a concretização de tal medida. O resultado é a permanência do menor em liberdade, à noite, muitas vezes sem ter onde pernoitar, acabando por cometer novamente atos infracionais.

O menor retorna às ruas porque sem a necessária orientação de trabalho técnico, no sentido de ajudar o retorno do abrigado à família de origem, torna impossível, na maioria das vezes, o convívio familiar.

Olhando desta forma, a medida de semiliberdade é a medida sócio-educativa com as piores condições para produzir efeitos positivos, perdendo somente para a medida de internação, que é ainda mais extrema. Tudo isso se deve a falta de local para cumprimento da medida, não havendo como tutelar o

comportamento desviante dos adolescentes, levando ao descrédito da população, sobretudo quanto ao sentimento de impunidade.

Atentando para matéria publicada em jornal local (*O Imparcial*, ano 2005, p. 3), a Vice-presidente do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente acredita que, embora existam melhoras na forma como a criança e o adolescente têm sido vistos atualmente, faltam alguns avanços, principalmente no tocante aos adolescentes que precisam cumprir as medidas de semiliberdade e internação, em virtude de não existir, no município, um local para cumprimento dessas medidas.

Não restam dúvidas de que é necessário um processo de implementação das medidas sócio-educativas, principalmente as relacionadas com medida de semiliberdade e internação, para a potencialização dessa abordagem. A falta de locais para cumprimento de tais medidas torna a letra da Lei morta, sem aplicabilidade.

Ademais, um dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, que é o direito social (direito à assistência social, educação, etc.) preconizado no Estatuto, diz respeito às entidades de atendimento, expressamente previstos no artigo 90 e incisos. Tal artigo traz a política de atendimento do município, prevendo a existência de sete regimes de atendimento, dentre eles a semiliberdade e internação, que devem ser instalados em todos os municípios, a fim de garantir os direitos constitucionais dessas crianças e adolescentes cujos direitos foram violados ou ameaçados (artigo 98).

Além de todo o problema exposto, constata-se a existência de duas modalidades de aplicação da medida: pode ser ela aplicada desde o início, no caso onde o adolescente infrator não é considerado indivíduo de maior periculosidade, sendo obrigatória a escolarização desde o começo; ou, pode ser transformado em regime de semiliberdade, quando há uma transição da internação para o meio aberto. Como são realidades distintas, na primeira o adolescente não demonstra periculosidade e na segunda ele realizou a progressão, é interessante atentar para novas regras legais referentes a semiliberdade, devendo fixar grupos separados quando do cumprimento do regime, para não piorar a situação, proporcionando um maior desenvolvimento.

Convém lembrar que, como atualmente não há sequer local para cumprimento da medida, quanto menos haverá alguém que se disponha a lutar

por melhores condições para aplicação desta medida, ficando a observação aqui realizada somente no consignada no papel, sem qualquer perspectiva de avanço.

## 5.6 Internação

A medida de internação é a mais grave, porque restringe a liberdade de ir e vir do adolescente e por esta razão deve ser aplicada em última hipótese.

As hipóteses para cabimento da internação estão no artigo 122 do Estatuto e são taxativas, cabendo quando:

- a) o ato infracional é cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa;
- b) reiteração no cometimento de infrações graves;
- c) descumprimento reiterado da medida anteriormente imposta.

Neste último caso (item c), se imposta qualquer outra medida e o adolescente não cumprir, pode o Juiz aplicar-lhe a medida de internação, mas tal medida não poderá ultrapassar o prazo de três meses, em obediência a previsão legal (artigo 122, §1º).

Nos outros casos, a internação poderá perdurar no prazo máximo de três anos, ou até o adolescente completar vinte e um anos, onde haverá a sua liberação compulsória obrigatória.

Não há prazo mínimo determinado, devendo de seis em seis meses ser o menor reavaliado, com decisão fundamentada. A manutenção do menor na medida de internação depende de tal reavaliação.

Em caso de não haver mais a necessidade da internação, o adolescente será liberado mediante autorização judicial, com oitiva do membro do Ministério Público.

Entendendo ser conveniente, o Juiz poderá aplicar ao adolescente uma outra medida, como o regime de semiliberdade ou liberdade assistida, levando em conta a sua situação de pessoa em desenvolvimento.

Fora isso, é possível a internação provisória do menor infrator, decretada de ofício pelo Juiz ou a requerimento do Ministério Público, no prazo máximo de 45 dias, prazo em que deve ser encerrada a ação sócio-educativa e deve ser contado quando do cumprimento da internação definitiva.

Com todo o exposto, denota-se a conotação coercitiva da medida de internação, sendo considerada a medida com piores possibilidades de gerar efeitos positivos no menor infrator. Porém, tais efeitos negativos não têm relação com a privação de liberdade, como muitos entendem, e sim, com a forma como está sendo realizada tal medida de internação.

A superlotação das unidades é fato notório. As saídas não autorizadas (fugas) são constantes, talvez uma forma de denunciar o frio modelo de atendimento; talvez o gesto desesperado daqueles a buscar na rua, que lhes parecia amiga, a segurança que não encontravam na instituição (MARICONDI, 1997, p. 15).

Os Complexos contam com número insuficientes de pessoal de apoio e os poucos que têm muitas vezes encontram-se incapacitados para a função ressocializadora. A equipe técnica funciona de forma estanque, recrutando o menor na medida de sua necessidade ou da instituição. Se ele precisar de atendimento médico, por exemplo, será remetido a determinado compartimento; se precisar de um psiquiatra será remetido a outro compartimento e assim sucessivamente. Quando for necessário processar o exame interno, que é a necessidade da instituição em apresentar a situação do menor recolhido, esta equipe atua em conjunto, não para o bem do adolescente e sim, para assessorar a direção da casa.

A função primordial é a garantia com a segurança, isto é, a garantia de que não haja rebeliões, que abalam a posição do Diretor perante seus superiores hierárquicos e a visão da instituição perante a mídia.

Não existe contato dinâmico entre os técnicos e o menor, como nós, de fora da instituição, poderíamos imaginar. O Diretor vive em função direta e exclusiva de apresentar a situação da casa para seus superiores hierárquicos e isso garante a sua posição e ascensão da instituição. [...] A coisa primordial para a instituição são as garantias de segurança (QUEIROZ, 1985, P. 100-101).

Esse é o problema da medida sócio-educativa de internação. A instituição é totalitária, fundada especialmente na disciplina e na manutenção da segurança. A contrapartida de tal problema institucional é a fuga, fazendo com que a instituição fique com a fama de ineficaz perante a sociedade e o adolescente seja considerado um indivíduo anti-institucional além de anti-social.

A privação de liberdade é necessária, seja num delinqüente juvenil ou em um adulto, não havendo como extinguir este sistema de recuperação. A razão para se tratar diferentemente os delinqüentes juvenis, de acordo com Giles Playfair e Derrick Sington é que:

Primeiro, se os jovens são em geral mais suscetíveis de reforma que os adultos, talvez seja razoável dar-lhes prioridade; segundo, o fator referente aos pais e à criação, seja negativo ou positivo, é imediatamente acessível a tratamento no caso de infratores jovens, o que não acontece no caso da maioria dos adultos. Daí a necessidade de restrição da liberdade a fim de proporcionar o tratamento e cura, ou uma criação substituta para o menor delinqüente (1969, p. 188).

É a maneira de como vem sendo feita esta recuperação que está equivocada, principalmente no tocante ao menor infrator. Cabe aos governos estaduais extinguir esses velhos padrões de atendimento, que seguem a velha política nacional do bem-estar do menor, substituindo-os por programas pedagógicos e atendimento formulado de acordo com o tipo de adolescente e seu grau de deformação moral (periculosidade), levando em conta os princípios da excepcionalidade da medida, sua brevidade e o respeito da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

## 6 FEBEM – FUNDAÇÃO ESTADUAL DO BEM ESTAR DO MENOR

Em primeiro, os menores eram de responsabilidade de instituições privadas e de alguns organismos governamentais. Após, em 1964, passou a ser entendido como um problema nacional, de responsabilidade da Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor. Mas somente em 1976 foi estruturada a FEBEM – Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor – que tem por finalidade de atender a criança e o adolescente, infrator ou não, nos moldes do que preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Contudo, a FEBEM herdou, além dos prédios e equipamentos da antiga SAM (Serviço de Assistência ao Menor), também as suas práticas repressivas, abrindo os olhos da opinião pública. Seu funcionamento com relação à medida de internação é semelhante ao sistema penitenciário entrando para a história como a “Universidade do Crime”:

[...] A probabilidade (quase absoluta) é de que os adolescentes acabem absorvendo a chamada identidade do infrator, passando a se reconhecerem, sim, como de má índole, natureza perversa, alta periculosidade [...]. Desta forma, quando do desinternamento, certamente estaremos diante de cidadãos com categoria piorada, ainda mais predisposto a condutas violentas e anti-sociais. (CURY, 2002, p.365).

Assim, o primeiro dos problemas a ser resolvido para o combate à criminalidade-juvenil é a própria infra-estrutura da FEBEM, desvinculando-a do seu estilo totalitário e repressivo. A arquitetura reflete uma concepção de mundo e de organização social e o espaço deve ser adaptado para que os jovens tenham estes predicados. Atualmente, a estrutura arquitetônica da FEBEM não traz o mínimo dos direitos humanos preconizados pelo ECA, tais como direito ao respeito, dignidade, lazer. O artigo 17 do ECA, por exemplo, traz expressa a importância de se observar o direito ao respeito:

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, das idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. (Grifou-se).

Enquanto os alojamentos não forem individuais, os banheiros fechados e em número suficiente e não houver uma descentralização dos grandes Complexo

para a formação de pequenos grupos, a FEBEM não estará realizando os princípios estabelecidos pelo Estatuto, sendo uma verdadeira penitenciária de menores.

Internamente, o espaço físico deve trazer dependências adequadas para que o programa pedagógico comece desde o quarto. O menor infrator deve aprender a ter zelo por seus pertences, ter certa liberdade dentro da privação em que forçosamente se colocou e espaço para reflexão. Atualmente, dada à superlotação, a instituição não passa de um amontoado de jovens, alojamentos escuros, sem espaço para a guarda dos objetos pessoais com segurança e banheiros à meia-porta, “encardidos”.

Desta forma, o sistema de internação não tem dado muitas alegrias, consistindo no pior dos sistemas para a recuperação do menor infrator. A primeira das medidas a serem tomadas é a alteração do modelo arquitetônico da FEBEM, proporcionando a individualização necessária e evitar o desgaste das relações.

A segunda medida necessária diz respeito à capacidade interna. Assim, descentralização a que se refere tem duplo significado: é a descentralização no sentido de criação de entidades de internação municipais, e descentralização no sentido de desativar os grandes Complexos, criando pequenas unidades com capacidade de até quarenta menores, permitindo um acompanhamento personalizado do grupo.

Na primeira das hipóteses, o Estado cresceu e não dispõe de estrutura suficiente para a aplicação das medidas sócio-educativas. Poucas são as cidades que contam com tais estabelecimentos, sendo crucial a descentralização da atribuição para a internação de menores infratores, que hoje é cabível somente a FEBEM, sob responsabilidade do Estado (unidade de Federação).

A descentralização que se propõe é a criação de entidades da FEBEM conveniadas com os municípios, visto que a competência do Estado não pode ser alterada porque ditada por Lei Federal. Continuará sendo a medida realizada pela FEBEM, mas em parceria com o município, sob supervisão do Estado.

O Poder Público Municipal deve acordar para a necessidade urgente de criação dessas entidades, percebendo que elas visam, além de conferir abrigo aos menores infratores, também diminuir a criminalidade, aumentando a segurança no município, diminuindo a sensação de impunidade que se firmou nos jovens e na sociedade.



O sentimento de que um jovem passa a sua juventude imune à “justiça” está arraigado tanto na sociedade, como nos adolescentes. Tal sensação se tornou um sentimento perigoso, culminando no aumento da criminalidade infanto-juvenil. O menor infrator adquiriu a consciência da impunidade por causa da falta de estrutura necessária para a demanda. Na prática, considerando que os municípios não têm, via de regra, estabelecimentos para internação, oficia-se ao Tribunal pedindo vaga na FEBEM, o que é sem êxito, em virtude da superlotação. Como o ECA exige estabelecimento adequado à condição do menor e não há vaga na FEBEM, solta-se o menor, que permanece em liberdade até o fim de sua ação sócio-educativa e ao final, a medida não pode ser cumprida, porque a FEBEM não possui vaga. É aqui que consiste a ineficácia da medida.

Já a descentralização no que diz respeito à extinção dos grandes Complexos, mora na necessidade de conferir aos menores um atendimento especial e integral. Mário Volpi foi um dos primeiros a tratar da questão, defendendo no Fórum Nacional de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente a necessidade de pequenas unidades:

De acordo com o espírito do ECA, fortemente centrado no aspecto pedagógico e avaliação contrária aos grandes internatos do passado, que já demonstraram a sua ineficácia, recomenda-se que o internamento seja feito em pequenas unidades, com capacidade para 40 adolescentes infratores. Isso permite a individualização e a personalização necessária ao tipo de adolescentes com a qual se trabalha (2002, p. 39)

Em 1995 foi elaborado o projeto Casas de Convivência, com a transferência de adolescentes do Complexo Imigrantes para casas, de porte comum, com sala, copa, cozinha e demais dependências, possibilitando aos abrigados o convívio em sociedade:

[..] os resultados positivos passaram a aparecer. Os índices de frequência e aprovação escolares superaram as expectativas. As saídas não autorizadas praticamente desapareceram. Os cuidados com a aparência física e sinais de vaidade eram visíveis, mostrando a recuperação e o fortalecimento da auto-estima.(MARICONDI, 1997, p. 18).

Mas infelizmente a realidade é madrastra e tal Projeto ficou sem apoio e recursos, resultando no fechamento das Casas de Convivência, todas da Capital do Estado. Resistem uma ou outra, que foram repassadas em convênio para organizações não-governamentais, mas o Estado em si não está atendendo o

princípio básico do ECA, que é o princípio da absoluta prioridade (artigo 4º do ECA).

O princípio da absoluta prioridade significa, em poucas palavras, que é dever da sociedade em geral e do Poder Público a efetivação de todos os direitos preconizados no Estatuto. De maneira indireta, estamos tratando de pessoas em situação peculiar de desenvolvimento e dar absoluta prioridade significa proteger os indivíduos que se encontram nesta situação, através de ações, tanto da família, como da sociedade, bem como, e inclusive, do Estado.

Desta forma, embora seja preferível uma alteração no sistema de internamento atual e já tenha havido esforços neste sentido, quando se fala em criação de uma casa de internação, não se pode olvidar a necessidade de incentivo (verba, dinheiro). A alteração no sistema se esbarra no problema crucial que é a politicagem. Gastar-se-ia mais com um infrator do que com um menor que não delinqüiu e para um político é muito mais vistosa a edificação de uma escola do que uma entidade de internamento. A idéia da descentralização dos grandes Complexos é boa, mas difícil de ser concluída, porque depende da vontade do Poder Público, que fecha os olhos para a necessidade urgente de criação de tais entidades, que visam não apenas conferir abrigo, como também diminuir a criminalidade.

Em recente debate sobre a extinção da FEBEM, o ex-secretário da Justiça do Estado de São Paulo e ex-presidente da FEBEM, Sr. Alexandre de Moraes, defendeu esta mesma linha de posicionamento. Para ele, *não cabe a discussão sobre a continuidade ou não da instituição, mas em que modelo e com qual mentalidade (2005, p.11).*

O que se pretende nesta parte do estudo é demonstrar que a redução da maioria penal é viável e deve ser levada a efeito. Porém, antes é necessária a alteração no modelo da FEBEM, que deve continuar, desde que observados os objetivos iniciais do ECA, que é dar o devido cumprimento à Lei, evitando o sentimento de impunidade e ressocializar os jovens para o convívio em sociedade.

## 7 REFLEXÕES E SUGESTÕES FINAIS

No que se refere à delinquência infanto-juvenil, a discussão do problema da idade penal é fundamental na luta contra o crime. As Leis existentes para regular tal matéria devem encontrar a ressonância devida a fim de atingir o seu fim precípuo, que é a inserção do menor infrator no convívio com a sociedade.

Nota-se que as medidas sócio-educativas não estão sendo aplicadas de forma adequada e eficaz, conduzindo a todos ao sentimento de impunidade atual.

Como já estudado, inimputabilidade e impunidade andam juntas. As distorções no sistema levam a este sentimento de impunidade, que está arraigado tanto na sociedade, como no menor, incitando-o à prática do ato infracional. Em outras palavras, as medidas sócio-educativas não são eficientemente cumpridas, resultando na sensação de impunidade e conseqüentemente, no aumento da criminalidade infanto-juvenil, chegando aos níveis alarmantes da atualidade.

A falta de estrutura necessária, infra-estrutura repressiva, superlotação e descaso, leva-se à conclusão de que o sistema está em crise, sendo uma medida vazia, impossível de ressocializar o menor e afastando-o cada vez mais do convívio social. Desta forma, é necessária uma nova concepção de unidade de reeducação a fim de extinguir esses velhos padrões de atendimento, que seguem a velha política nacional do bem-estar do menor, substituindo-os por programas pedagógicos e atendimento formulado de acordo com o tipo de adolescente e seu grau de deformação moral (periculosidade), levando em conta os princípios da excepcionalidade da medida, sua brevidade e o respeito da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

No estudo do fator que leva à criminalidade entre menores chega-se a conclusão que há uma maior tendência a tal conduta nos jovens, declinando com a idade. Embora seja um estudo abrangente que não tenha sua natureza definida, os vários aspectos apontados no presente trabalho demonstram que, quando crianças, cometem pequenos crimes como forma de sobrevivência. Já na adolescência, um período por si só difícil, cometem atos infracionais como resposta à falta de apoio por parte dos pais ou da sociedade. Assim, há uma sensibilidade maior nestas idades para as influências corruptoras, culminando na crescente criminalidade.

Dizer que tal assunto não tem sua essência definida resulta da conclusão de que inexistem parâmetros objetivos para medir o tamanho da delinquência juvenil. Esta problemática pode ser analisada de vários ângulos diferentes, seja social, de condição de pessoa em desenvolvimento, desordem econômica e aspectos da personalidade. Por isso, é importante afirmar que a delinquência não pode ser considerada uma categoria homogênea, tornando a situação muito mais complexa do que parece, sendo abrangida pelo Direito Penal e Processual Penal, Criminologia, Psicologia e Sociologia Criminal e a Penologia.

Com isso, o que se busca para a diminuição dessa crise vigente é a redução da maioria penal, desde que haja a devida alteração no critério de aferição da imputabilidade, adotando-se o critério biopsicológico (ou bioetário), visto que a delinquência infanto-juvenil é uma situação complexa e como tal merece ter um tratamento diferenciado. O que se pretendeu chegar neste breve estudo é demonstrar que a redução da maioria penal é viável e deve ser levada a efeito. Mas para isso, também é necessária a alteração no modelo da FEBEM, que deve continuar, desde que observados os objetivos iniciais do ECA, que é dar o devido cumprimento à Lei, evitando o sentimento de impunidade, ressocializando os jovens para o convívio em sociedade.

Por fim, há de se recordar que a política de prevenção da delinquência juvenil deve ser aprimorada, superando a repressão e a correção. A questão que se propõe é a redução da imputabilidade penal nos moldes da Emenda Constitucional nº 20 de 1999 (em anexo), a fim de se prevenir os crimes e, uma vez cometidos, que se aja corretivamente com reeducação e recuperação na forma devida, evitando novas condutas desta mesma espécie no futuro, diminuindo a criminalidade. É favorável que se aplique maior rigor na elaboração das Leis, desde que sejam devidamente cumpridas e que haja fiscalização desse cumprimento. O problema atual não está somente na legislação e sim, na ausência de seriedade no combate ao ato infracional, ocasionando na impunidade. Com todo o exposto, concluímos trazendo a seguinte reflexão: embora a redução da imputabilidade penal seja importante, será que reduzindo a **impunidade** não estaríamos, por si só, reduzindo a criminalidade?

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Waldyr de. ***A Corrupção Penal Infanto-Juvenil***. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ADORNO, Sergio. ***A Experiência Precoce da Punição***. In: Caderno de Pesquisa. São Paulo, n. 79, nov. 1991, p. 66-80.

ALBERGARIA, Jason. ***Direito Penitenciário e Direito do Menor***. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999. p. 224-225.

ALVES, Abiude Camilo. ***A Redução do Limite Superior da Menoridade Penal***. Monografia (graduação em Direito). Presidente Prudente: Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2000.

ARAÚJO JÚNIOR, Natanael Claudino de. ***A Questão da Redução da Maioridade Penal***. Monografia (graduação em Direito). Presidente Prudente: Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2003.

ASCÊNCIO, Mônica Stavela Silva. ***Estatuto recebe elogios e críticas***. Violação de Direitos. O Imparcial. Presidente Prudente, 31 jul. 2005. Local. Caderno 2, 3-B2.

BECCARIA, Cesare. ***Dos Delitos e das Penas***. Tradução por J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: RT, 1999, p. 128.

BRAIDO, Pietro. ***Prevenir, não reprimir***. Tradução de Jacy Cogo. São Paulo: Editora Salesiana, 2004, p.37;

BRASIL. Código Penal. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

COSTA, Paulo Sérgio de Oliveira e. Palestra na Instituição Educacional Toledo. Tema: ***Febem e problemas atuais***. Mês agosto, 2004.

COSTA, Tailson Pires. ***Penas alternativas - Reeducação adequada ou estímulo à impunidade?*** São Paulo: Max Lemonade, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. ***Elementos de Direito Constitucional***. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p.181.

CURY, Munir (Org.) et al. ***Estatuto da criança e do adolescente comentado***. São Paulo: Malheiros, 2002.

D`AGOSTINI, Sandra Mári Córdova. ***Adolescente em Conflito com a Lei... & a Realidade!***. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

D' URSO, Luiz Flávio Borges. **A Questão da maioria penal e a FEBEM**. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1653>. Acesso em 12 jan. 2005.

\_\_\_\_\_. **Maioridade penal**. Revista Consulex, ano III, nº 35, nov. p. 49, 1999.

DELMANTO, Celso [et al]. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 55.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 15.

LIMA, Vivian. **PP registra 747 denúncias em seis meses**. O Imparcial. Presidente Prudente, 31 de jul.2005. Folha Local, Caderno 3-B2, p.3.

MARICONDI, Maria Angela (Org.) et al. **Falando de Abrigo**. São Paulo: FEBEM, 1997.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Editora Bookseller, 1997, p. 228.

MENEZES, Érika. **Redução Etária da Responsabilidade Penal e seus Riscos**. Monografia (graduação em Direito). Presidente Prudente: Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2003.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 1996. p. 217.

MONREAL, Eduardo Nova. **O Direito Como Obstáculo à Transformação Social**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1988.

MORAES, Alexandre de; PASSETTI, Edson. **A FEBEM deve ser extinta?** Jornal do Advogado, ano XXX, nº 294, mai. p. 11, 2005.

NAPOLITANO, Mariléia Braga Torres. **Redução da Menoridade Penal na Legislação Brasileira**. Monografia (graduação em Direito).Presidente Prudente: Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2002.

PLAYFAIR, Giles e SINGTON, Derrick. **Prisão não cura, corrompe**. Tradução de Aydano Arruda. São Paulo: Imbrasa, 1969.

QUEIROZ, José J. (Org.) et al. **As prisões, os jovens e o povo**. São Paulo: Coleção Puc- Estudos e Edições Paulinas, 1985.

QUEIROZ, José J. (Org.) et al. **O Mundo do Menor Infrator**. São Paulo: Cortez Editora Autores Associados, 1987.

REALE, Miguel. **O Projeto do Novo Código Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SÁTIRO JÚNIOR, Fernando Cordeiro. “**O artigo 228 da Constituição Federal e a impossibilidade jurídica de se reduzir à menoridade penal por meio de emenda constitucional**”. Disponível em: <<http://www.datavenia.net/opiniao/artigo228constituicaofederal.htm>>. Acesso em 13 jan. de 2005.

SCHNEIDER, Leda. ***Marginalidade e delinquência juvenil***. São Paulo: Cortez Editora, 1987, p. 102/103.

SILVA, José Afonso da. ***Curso de Direito Constitucional Positivo***, 12ª ed. Malheiros, 1996, p. 188.

THOMPSON, Augusto. ***A Questão Penitenciária***. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VALENCIANO, Maria Cristina Menezes. ***O pensamento, valores e expectativas de adolescentes institucionalizados***. Franca: UNESP, 2001.

VOLPI, Mário. (Org.) et al. ***O adolescente e o ato infracional***. São Paulo: Cortez Editora, 2002.

WELZEL, Hans. ***Derecho penal alemán: parte general***. 11 ed. Santiago del Chile: Editora Jurídica de Chile, 1997, p.76.