

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

A QUESTÃO DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Mayara Yamada Dias Fonseca

Presidente Prudente/SP

2006

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

A QUESTÃO DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Mayara Yamada Dias Fonseca

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Dr. Cláudio José Palma Sanchez

Presidente Prudente/SP

2006

A QUESTÃO DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em Direito

Cláudio José Palma Sanchez

Flávia Santos Garcia

Moacir Alves Martins

Presidente Prudente, 27 de novembro de 2006.

Nada na vida pode substituir a persistência: nem o talento, pois o mundo está cheio de homens de talento fracassados, nem a genialidade, nem o conhecimento, pois encontramos muitos diplomados medíocres. Só a persistência e a determinação são onipotentes.

Calvin Coolidge

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que, incomparável e inconfundível na sua infinita bondade, compreendeu os meus anseios, e me deu a necessária coragem para alcançar meus objetivos.

Aos meus pais e irmão que, ao longo desses anos, ofereceram toda dedicação, renúncia, esforço, que me deram apoio incondicional para seguir esta jornada, enfrentando os obstáculos e lutando junto comigo.

Agradeço, também, ao nobre professor e mestre Cláudio José Palma Sanchez, que não exitou em aceitar o convite para ser meu orientador, agindo como amigo, guia e companheiro, e que soube, além de transmitir seus conhecimentos, apoiar-me nas dificuldades.

À todos aqueles que, direta ou indiretamente, cooperaram comigo para a realização e conclusão deste trabalho.

RESUMO

No presente trabalho a autora visa discutir a possibilidade ou não de redução da maioridade penal, foco de grandes polêmicas no mundo jurídico e social, posto que o número crescente de crimes que aterrorizam a sociedade são praticados por menores de 18 (dezoito) anos, considerados penalmente inimputáveis. Primeiramente se faz um breve estudo acerca da evolução histórica da legislação brasileira no tocante à maioridade penal. Em seguida, analisa-se a imputabilidade e seus aspectos constitucionais e penais, bem como os obstáculos inerentes a possibilidade de alteração do texto constitucional. Neste contexto, o tema é estudado diante da lei especial de proteção ao menor, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente, principalmente as medidas sócio-educativas. Posteriormente, são apresentados os argumentos favoráveis e desfavoráveis à redução da maioridade penal e as legislações internacionais. E, por fim, os possíveis reflexos em sede de direito penal e processual penal trazidos pelo advento do novo Código Civil que reduziu a maioridade civil para 18 (dezoito) anos.

PALAVRAS - CHAVE: imputabilidade, redução da maioridade penal, princípios constitucionais, medidas sócio-educativas.

ABSTRACT

In the present work the author aims to argue the possibility or not of the reduction of the criminal majority, which is the focus of great controversies in the legal and social world, as the increasing number of crimes that frighten the society are practised by the minors of eighteen years, considered criminally imputable. First, a briefing study concerning the historical evolution of the Brazilian legislation in regarding to the criminal majority is done. After that, the criminal imputability and its aspects constitutional and legal, as well as the inherent obstacles of the possibility of alteration of the constitutional text are analysed. In this context, the subject is studied a head of the special law of protection of the minor, which is, the Statute of the Child and the Adolescent, mainly the social and educative measures. Later, the favorable and unfavorable arguments to the reduction of the criminal majority and the international legislation are presented. And finally, the possible consequences in the criminal law brought by the advent of the new Civil Code that reduced the civil majority for eighteen years.

KEY-WORDS: imputability, reduction of the criminal majority, principles constitutional, measured partner-educative.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA COM RELAÇÃO À MAIORIDADE PENAL.....	10
2. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E PENAS SOBRE A IMPUTABILIDADE PENAL.....	15
2.1 Aspectos Constitucionais.....	15
2.2 Do Artigo 27 do Código Penal.....	18
3. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI 8.069/1990.....	20
3.1 Do Ato Infracional.....	22
3.2 Das Medidas de Proteção.....	23
3.3 Das Medidas Sócio-Educativas.....	25
3.3.1 Da Advertência.....	26
3.3.2 Da Obrigação de Reparar o Dano.....	28
3.3.3 Da Prestação de Serviços à Comunidade.....	28
3.3.4 Da Liberdade Assistida.....	29
3.3.5 Do Regime de Semiliberdade.....	30
3.3.6 Da Internação.....	31
3.4 Da Remissão.....	33
4. POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS À REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL.....	36
5. MAIORIDADE PENAL NO DIREITO COMPARADO.....	42
6. MAIORIDADE PENAL À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: ASPECTOS RELEVANTES.....	44
6.1 Repercussões no Direito Penal.....	45
6.2 Repercussões no Direito Processual Penal.....	47
7. CONCLUSÃO.....	51
BIBLIOGRAFIA.....	53

INTRODUÇÃO

Segundo o sistema jurídico vigente, a maioria penal se dá aos 18 (dezoito) anos de idade. Essa norma encontra-se inscrita em três Diplomas Legais: 1) artigo 27 do Código Penal; 2) artigo 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente; 3) e artigo 228 da Constituição Federal. O critério adotado pelo legislador foi o etário ou sistema biológico, em que é considerado tão-somente a idade do agente, independentemente da sua capacidade psíquica.

Ocorre que a criminalidade crescente que a cada dia recruta maior número de jovens e o impacto de algumas infrações penais gravíssimas, até os crimes mais hediondos, praticados ultimamente por esses menores, voltou a agitar o mundo jurídico e social acerca da questão da redução da maioria penal.

Não se pode desconsiderar que o jovem deste novo milênio não é mais aquele ingênuo de meados do século XX. Ocorreram transformações de ordem política, tecno-científica, social e econômica. Atualmente, o acesso à informação é quase compulsivo. Novas tecnologias fazem parte do dia-a-dia das pessoas, inclusive dos jovens, como telefone celular, internet, rádio, televisão, etc. Com tantos meios de comunicação se torna impossível manter-se alheio aos acontecimentos. Não há espaço para a ingenuidade, e com maior razão no que concerne aos adolescentes que são os que estão mais afetos a essas inovações.

Todavia, a Constituição Federal de 1988 expressamente em seu artigo 228, prevê, entre os vários direitos e garantias específicos das crianças e dos adolescentes, a regra de que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, ficando sujeitos às normas da legislação especial. Igualmente estabelece o artigo 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente, determinando que os menores de dezoito anos ficam sujeitos às medidas previstas nesta Lei.

Neste sentido, o que se discute no presente trabalho, é se seria conveniente a redução da maioria penal e se isso resolveria o problema da violência. Ademais, o que causa grande divergência também, é se seria

possível eventual Emenda Constitucional ao artigo 228 da Constituição Federal, uma vez que de acordo com o artigo 5º, §2º, trata-se de direito individual que é imune à mudança por Emenda nos termos do artigo 60, §4º, inciso IV.

Assim, a autora discutirá a necessidade ou não de redução da maioria penal, bem como a imputabilidade comparada às garantias individuais previstas na Constituição Federal e ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA COM RELAÇÃO À MAIORIDADE PENAL

Sobre a questão da maioridade penal, nossa legislação não adotou, desde o princípio, o limite de 18 (dezoito) anos para a imputabilidade penal e nem o critério puramente biológico para determiná-la.

No início do século XIX, quando Dom João VI aportou no Brasil, a imputabilidade penal iniciava-se aos sete anos, eximindo-se o menor da pena de morte e concedendo-lhe redução da pena. Entre dezessete e vinte e um anos havia um sistema de “jovem adulto”, o qual poderia ser até mesmo condenado à morte, ou, dependendo de certas circunstâncias, ter sua pena diminuída. A imputabilidade penal plena ficava para os maiores de vinte e um anos, a quem se cominava, inclusive, a morte em certos delitos.

Com a Proclamação da Independência em 1822, foi em 1830 que surgiu primeiro Código Penal brasileiro, o chamado Código Criminal do Império. Neste adotou-se o sistema do discernimento, determinando a maioridade penal absoluta a partir dos 14 (quatorze) anos, salvo se tivesse atuado com discernimento, devendo, então, ser recolhido às casas de correção, pelo tempo determinado pelo juiz, contanto que o recolhimento não excedesse a idade de dezessete anos. Por este critério, o discernimento poderia ser aplicado até mesmo em uma criança de oito anos e um adolescente de quinze anos poderia ser condenado à prisão perpétua.

Com o advento da República, em 1889, o Código Penal do Império deu lugar ao Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890.

A imputabilidade penal que no início do século se dava aos sete anos, e pelo Código Penal do Império de 1830 passou para um critério biopsicológico baseado no discernimento entre sete e quatorze anos, evoluiu no Código Republicano de 1890: “Irresponsável penalmente seria o menor com idade até nove anos” (art. 27,§ 1º).

A imputabilidade plena, com caráter objetivo, permanecia, como no Código do Império, fixada em quatorze anos (art. 30).

Pelo Código Penal de 1890, adotando o critério biopsicológico fundado na idéia do “discernimento”, o maior de nove anos e menor de quatorze anos submeter-se-ia à avaliação do magistrado (art. 27, § 2º) sobre “a sua aptidão para distinguir o bem do mal, o reconhecimento de possuir ele relativa lucidez para orientar-se em face das alternativas do justo e do injusto, da moralidade e da imoralidade, do lícito e do ilícito”.

“Ao final do século XIX [...], a imputabilidade penal era alcançada aos quatorze anos, podendo retroagir aos nove anos, de acordo com o ‘discernimento’ do infrator”. (SARAIVA, 2003, p.29)

Paralelamente se veio construindo a Doutrina do Direito do Menor, fundada no binômio carência/delinquência. Se não mais se confundiam adultos com crianças, desta nova concepção resulta um outro mal: a conseqüente criminalização da pobreza.

Entre 1921 e 1927, importantes inovações legislativas foram introduzidas na ordem jurídica brasileira.

A Lei 4.242, de 5 de janeiro de 1921, abandonando o sistema biopsicológico vigente desde o Código Penal da República, em 1890, que afirma, em seu artigo 3º, § 16, “a exclusão de qualquer processo penal de menores que não tivessem completado quatorze anos de idade”. Adotava um critério objetivo de imputabilidade penal, fixando-a em quatorze anos.

Contemporaneamente a isso, o Decreto n. 16.272, de 20 de dezembro de 1923, criava as primeiras normas de Assistência Social visando a “proteger os menores abandonados e delinqüentes”.

Em seguida, com o Decreto 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, estabelecia-se o Código de Menores (Código Mello Mattos), definindo que com idade maior de 14 anos e inferior a 18 anos, submeter-se-ia o menor abandonado ou delinqüente ao regime estabelecido neste Código, explicitando situações de incidência da norma, que cinquenta anos depois seriam praticamente reproduzidas no artigo 2º do Código de Menores de 1979.

Três projetos para um Novo Código Penal Brasileiro, se destacaram, em substituição à Consolidação das Leis Penais de 1922, que apenas reformara o Código Penal de 1890.

Pelo projeto de Galdino Siqueira, artigo 13, I, a imputabilidade penal era fixada aos 14 (quatorze) anos, retomando a idéia do Código Penal de 1890. No projeto Sá Pereira, em seu artigo 20, a idade era fixada em 16 anos; enquanto a Proposta de Alcântara Machado, que acabou prevalecendo neste aspecto quando do advento do Código Penal de 1940, a imputabilidade penal era fixada aos 18 (dezoito) anos (art. 16, n.1).

Na linha do direito de caráter tutelar vigente, o tema da responsabilidade juvenil no Código Penal de 1940 fundou-se na condição de imaturidade do menor.

É expressa a exposição de motivos do Código Penal de 1940 ao afirmar que “Não cuida o projeto dos imaturos (menores de 18 anos) senão para declara-los inteira e irrestritamente fora do direito penal (art. 23), sujeitos apenas à pedagogia corretiva da legislação especial”.

A legislação especial a que alude mantinha como objeto de sua atuação, sem distinção, os delinqüentes e os abandonados.

No governo de Getúlio Vargas, para atendimento desta clientela, em 1942, foi criado o SAM – Serviço de Assistência aos Menores.

Tratava-se o SAM, segundo Costa (1991) apud Saraiva (2003, pág. 38), “de um órgão de Ministério da Justiça que funcionava como um equivalente do Sistema Penitenciário para a população menor de idade”.

A idéia de irresponsabilidade absoluta do menor (que até hoje confunde a muitos, mesmo com a vigência do ECA- Estatuto da Criança e do Adolescente- Lei 8069/90), resulta da cultura tutelar, fundamento da Doutrina da Situação Irregular.

A Doutrina da Situação Irregular foi a ideologia inspiradora do Código de Menores, Lei 6.697, de 10.10.1979.

Esta Doutrina pode ser sucintamente definida como sendo aquela em que os menores passam a ser objeto da norma quando se encontrarem em estado de patologia social.

A declaração de situação irregular tanto pode derivar de sua conduta pessoal (caso de infrações por ele praticadas ou de “desvio de conduta”),

como da família (maus-tratos) ou da própria sociedade (abandono). Haveria uma situação irregular, uma “moléstia social”, sem distinguir, com clareza, situações decorrentes da conduta do jovem ou daqueles que o cercam.

Do ponto de vista do Direito Penal, até a efetivação da reforma de 1984, que deu nova redação à Parte Geral do Código Penal, houve diversas tentativas de alteração da legislação penal brasileira.

No chamado Projeto Hungria, de 1963, era mantida a idade de imputabilidade penal aos dezoito anos, facultando, porém, a possibilidade de submissão dos jovens a partir dos dezesseis anos à legislação penal quando comprovada maturidade. Retomaria o país, nesta proposta, o sistema biopsicológico, abandonado em 1940.

Em 1969, pelo Decreto-Lei 1.004, de 21.10.1969, foi proposto um Novo Código Penal brasileiro. Esta Lei de 1969, que nunca vigorou, adotando a proposta de Hungria, que incorporava o sistema biopsicológico, eis que o menor entre dezesseis e dezoito anos responderia criminalmente pelo fato praticado se apresentasse “suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade”, consoante o disposto na exposição de motivos.

A Exposição de Motivos da Lei 7.209/84 afirma que a imputabilidade penal aos dezoito anos é fixada por um critério de política criminal.

Entretanto, durante o Regime Militar, por conta do Código Penal Militar- Decreto-Lei nº 1.001, de 21.10.1969, a imputabilidade penal, frente a crimes militares, foi fixada, excepcionalmente, em dezesseis anos (art. 50). Este dispositivo do texto somente veio a ser revogado, por inconstitucional frente ao artigo 228, pela Constituição Federal de 1988.

A reforma penal de 1984, através da Lei 7.209, de 11.07.1984, deu nova redação à Parte Geral do Código Penal, introduzindo importantes alterações no direito penal brasileiro. Manteve, em seu artigo 27, a imputabilidade penal aos dezoito anos.

A Constituição Federal de 1988, antecipando-se à Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, incorporou ao ordenamento jurídico nacional, em sede de norma constitucional, os princípios fundantes da

Doutrina da Proteção Integral, expressos especialmente em seus artigos 227 e 228.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 havia 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.

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 pessoais. 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.

Hoje existe a garantia dos menores, efetuada pelo Conselho Tutelar (artigo 131 do ECA)¹, 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.

Feito um breve estudo acerca da evolução da maioria penal na legislação brasileira, passaremos a estudar no próximo capítulo a imputabilidade face à Constituição Federal, bem como seus aspectos no âmbito do Código Penal.

¹ Art. 131. 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. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E PENAIS SOBRE A IMPUTABILIDADE PENAL

2.1. Aspectos constitucionais

A questão acerca da redução da maioria penal há de passar primeiramente, pelo nível constitucional, uma vez que o artigo 228 da Constituição Federal elevou à condição de princípio constitucional a inimputabilidade dos menores de 18 (dezoito) anos.

Podemos definir princípios como o elemento central da ordem jurídica, por representarem aqueles valores supremos eleitos pela sociedade que a adota, sendo que a característica mais marcante que hoje se lhes atribui é o caráter de normatividade, de modo que eles são tidos, pela teoria constitucional contemporânea, como sendo uma espécie do gênero norma jurídica, ao lado das assim denominadas regras jurídicas.

Pode-se afirmar, então, que os princípios são os elementos que expressam os fins que devem ser perseguidos pelo Estado (em sua acepção mais ampla), vinculando a todos os entes e valendo como um impositivo para o presente e como um projeto para o futuro que se renova cotidianamente [...] (LEAL, 2003, p.50)

De início, se faz necessário, definir que imputável é o agente mentalmente capaz de entender o caráter ilícito do fato e possuidor de condições intelectuais para determinar sua conduta, ou seja, podemos conceituar a imputabilidade como sendo a capacidade de a pessoa entender que o fato é ilícito e de agir de acordo com esse entendimento.

Com o advento da Magna Carta, viabilizado pelo momento de abertura política que caracterizou o Estado Democrático de Direito, foi instituída no ordenamento jurídico pátrio a Doutrina da Proteção Integral criada pela Convenção Internacional de Direitos da Criança. Apesar de ser, reconhecidamente, o Estatuto da Criança e do Adolescente uma das leis mais avançadas do mundo na matéria, encontra-se várias dificuldades

práticas para a tutela dos direitos atinentes à crianças e adolescentes em situação de risco.

Nenhuma Constituição do Brasil havia incorporado no seu texto o instituto de imputabilidade penal. Mas a Carta de 1988, promulgada pelo poder Constituinte Originário, elevou à categoria de constitucional a imputabilidade penal, materializada em seu artigo 228 em sintonia com o antigo Código Penal.

Com efeito, os menores de 18 (dezoito) anos estão sujeitos às normas de legislação especial, no caso, o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Os princípios fundantes da Doutrina da Proteção Integral estão expressos, especialmente, nos artigos 227 e 228 da Lei Maior.

O Princípio da Prioridade Absoluta, erigido como preceito fundante da ordem jurídica, estabelece a primazia deste direito no artigo 227 da Constituição Federal. Tal princípio está reafirmado no artigo 4º do ECA.² Neste dispositivo estão lançados os fundamentos do chamado Sistema Primário de Garantias, estabelecendo as diretrizes para uma Política Pública que priorize crianças e adolescentes, reconhecidos em sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

O artigo 228 é reprodução do disposto no artigo 27 do Código Penal.³

A Constituição brasileira permite, em seu artigo 14, § 1º, II, c, que os menores de dezesseis anos votem. Ora, esse mesmo menor pode decidir uma eleição sobre quem deve conduzir os destinos de uma nação, mas é inimputável do ponto de vista criminal.

² Art.4º- É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo Único- A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência do atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

³ Art.27- Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

“O constituinte admitiu que a irresponsabilidade pode conformar o processo político-democrático brasileiro, pois os inimputáveis criminalmente têm o direito de decidir eleições sobre o futuro do País”.(Bastos e Martins, 2000, p. 1103).

O conceito de inimputabilidade penal do adolescente, expresso na Constituição, faz-se fundamental na compreensão do ECA- Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

Todavia, há quem, desconhecendo o sistema de responsabilidade penal juvenil contemplado no ECA, corolário da normativa internacional que regula a matéria, insista em confundir inimputabilidade penal com impunidade, pleiteando a extensão do Sistema Penal Adulto ao adolescente em conflito com a Lei, buscando a redução da idade de imputabilidade penal, fixada em dezoito anos.

Na concepção de Saraiva (2003, p. 65), lê-se que:

Os preponentes desta idéia, destituída de fundamentação apta a legitimá-la e construída no desconhecimento do sistema terceário de prevenção inculpidado no Estatuto, fundado no Direito Penal Juvenil, desprezam a natureza de cláusula pétrea desta disposição constitucional.

Os defensores da manutenção da idade penal alegam que o artigo 228 da Constituição Federal é um direito e uma garantia fundamental uma vez que esses direitos não estão elencados de forma taxativa, no artigo 5º do mesmo diploma legal, de modo que o próprio parágrafo 2º, disciplina que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros.

Assim, consoante o disposto no artigo 60, §4º, IV, da Constituição Federal, não é possível abolir os direitos e garantias individuais entendidos como cláusula pétrea, e portanto, o artigo 228 da Magna Carta não pode ser objeto de deliberação por emenda constitucional.

De outro lado, aqueles que sustentam a redução da maioridade penal alegam, dentre outros argumentos, que os menores são usados pelas quadrilhas para executarem os crimes, tendo em vista a “impunidade” estabelecida pela menoridade. Outra justificativa utilizada com bastante freqüência é a de que o desenvolvimento mental de um jovem, atualmente,

é superior ao daquele que vivia em 1940, quando foi criado o Código Penal brasileiro. Assim atingem a maturidade mais cedo e, portanto, poderiam responder criminalmente pelos atos que cometem antes dos 18 anos.

Também sustentam os adeptos da tese da redução da idade penal o fato de que os adolescentes já têm direito de votar aos 16 anos e, por isso, podem responder criminalmente a partir dessa idade.

Segundo entendimento do Deputado Pedro Corrêa⁴ :

“A certeza da sanção branda tem contribuído para o aumento da criminalidade juvenil. Mais do que isso. A garantia da impunidade faz com que o crime organizado, principalmente o tráfico de drogas, coopte uma legião de jovens absolutamente carentes e inimputáveis.”

Feitas as considerações constitucionais acerca do assunto, passaremos, a seguir, a estudá-lo sob o aspecto da lei penal.

2.2. Do artigo 27 do Código Penal

Como já foi dito anteriormente, adotou-se um critério puramente biológico, de idade do autor do fato, dispondo o Código Penal em seu artigo 27 que, “são penalmente inimputáveis, os menores de 18 (dezoito) anos”. Não se considera assim, o desenvolvimento mental do menor que, embora possa ser plenamente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, não poderá ser responsabilizado penalmente por suas ações.

Dessa forma, como ensina o doutrinador Mirabete (2005, p. 272):

Trata-se de um caso de presunção absoluta de inimputabilidade, e, embora não se possa negar que um jovem de menor idade tem hoje amplo conhecimento do mundo e condições de discernimento sobre a ilicitude de seus atos, não se admite a prova de que era ele, ao tempo da ação ou da omissão, capaz de entendimento e determinação.

⁴ Corrêa, Pedro. Redução da maioria penal, 25/05/2004

É considerado imputável aquele que comete o fato típico nos primeiros momentos do dia em que completa 18 anos, pouco importando a hora de seu nascimento.

Imputabilidade é a plena capacidade de culpabilidade, entendida como capacidade de entender e de querer, e, por conseguinte, de responsabilidade criminal, ou seja, conjunto das condições de maturidade e sanidade mental que permitem ao agente conhecer o caráter ilícito de seu ato e determinar-se de acordo com esse entendimento.

Conforme leciona o ilustre doutrinador Capez (2005, p.306), no tocante a imputabilidade:

É a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não é só. Além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade. Em outras palavras, imputável não é apenas aquele que tem capacidade de inteligência sobre o significado de sua conduta, mas também de comando da própria vontade, de acordo com esse entendimento.

A prova da menoridade, a princípio, deve ser feita pela certidão de nascimento, não se descartando a possibilidade de exame pericial especializado na inexistência de prova documental. De acordo com a Súmula 74 do STJ, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil. Havendo dúvida quanto à idade, o acusado deve ser absolvido face ao princípio do *in dubio pro reo*. Comprovada a sua menoridade penal, o processo deve ser anulado por falta de legitimidade passiva.

O momento para se apreciar a imputabilidade, de acordo com a regra geral prevista no artigo 4º do Código Penal, é o da ação ou da omissão, não se podendo considerar imputável aquele que praticou a conduta antes do 18º aniversário, ainda que a consumação ocorra nesse ou após esse dia.

Traçadas as premissas constitucionais e penais, estudaremos no próximo capítulo, o tema diante da lei especial de proteção ao menor, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI 8.069/1990)

A Lei Federal nº 8069 de 1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, substituiu o Código de Menores, Lei nº 6697, que estava em vigor desde 10 de outubro de 1979. O Estatuto é considerado uma das leis mais evoluídas no âmbito da minoridade e apresenta diferenças significativas em relação ao Código de Menores.

Diferentemente do Código, que era dirigido a menores de 18 (dezoito) anos em situações especiais, o Estatuto é destinado a todas as pessoas com menos de 18 anos de idade e está pautado nos princípios da Constituição Brasileira de 1988, expressos especialmente nos artigos 227 e 228, fundantes da Doutrina da Proteção Integral e, na Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança.

Basicamente três princípios norteiam o Estatuto, são eles: Princípio da Proteção Integral, pelo qual a criança e o adolescente têm direito à proteção em todas as esferas de sua vida (art. 1º); Garantia de Absoluta Prioridade que estabelece que a criança e o adolescente têm direito a ser protegidos e atendidos em suas necessidades, com prioridade no recebimento de socorro, na utilização de serviços públicos e na destinação de verbas e políticas sociais públicas (art. 4º); e, por fim, a Condição de Pessoa em Desenvolvimento, no qual a criança e o adolescente são seres em formação que requerem cuidados especiais em cada fase da vida, para que tenham desenvolvimento sadio e harmonioso (art. 6º).

Assim com a promulgação do Estatuto, a criança e o adolescente passaram a ser sujeitos de Direito. Vale dizer que o atendimento e a proteção não são favores concedidos, mas direitos assegurados por lei.

Um dos elementos fundamentais do Estatuto é a participação popular direta na fiscalização e cobrança política. A lei diz explicitamente que quem tem que atuar politicamente sobre a infância não é só o Estado, mas este em conjunto com a sociedade organizada. Os Conselhos de direito são o instrumento para isso.

Hoje há também os Conselhos Tutelares, sendo que no antigo Código de Menores quem decidia, investigava, julgava, era o juiz, que tinha quase um poder absoluto, sem controle e nem participação da sociedade. Atualmente, o juiz e a promotoria da infância são obrigados a compartilhar esse poder com os Conselhos Tutelares, compostos por pessoas escolhidas pela sociedade, que participam e zelam pelo direito da criança.

O ECA se assenta no princípio de que todas as crianças e adolescentes, sem distinção, desfrutam dos mesmos direitos e sujeitam-se a obrigações compatíveis com a peculiar condição de desenvolvimento que possuem, rompendo, definitivamente, com a idéia até então vigente de que os Juizados de Menores seriam uma justiça para os pobres.

Segundo Saraiva (2003, p.62), o ECA se estrutura a partir de três grandes sistemas de garantia, harmônicos entre si, que são:

- a) o Sistema Primário, que dá conta das Políticas Públicas de Atendimento a crianças e adolescentes (especialmente os arts. 4º e 85/87);
- b) o Sistema Secundário que trata das Medidas de Proteção dirigidas a crianças e adolescentes em situação de risco pessoal ou social, não autores de atos infracionais, de natureza preventiva, ou seja, crianças e adolescentes enquanto vítimas, enquanto violados em seus direitos fundamentais (especialmente os arts. 98 e 101);
- c) o Sistema Terciário, que trata das medidas sócio-educativas, aplicáveis a adolescentes em conflito com a Lei, autores de atos infracionais, ou seja, quando passam à condição de vitimizadores (especialmente os arts. 103 e 112).

Dessa forma, quando a criança ou o adolescente escapar ao sistema primário de prevenção, aciona-se o sistema secundário, cujo agente operador será o Conselho Tutelar e, estando o adolescente em conflito com a lei, ou seja, atribuindo-se a ele a prática de algum ato infracional, será acionado o terceiro sistema de prevenção, operador das medidas sócio-educativas, que pode ser chamado genericamente de sistema de Justiça.

Traçadas as considerações gerais, a seguir serão abordados, especificadamente, alguns aspectos inerentes ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

3.1 Do ato infracional

De acordo com o disposto no artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se ato infracional, a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

A conduta da criança ou do adolescente, quando revestida de ilicitude, repercute, obrigatoriamente, no contexto social em que vive e, nos dias de hoje, a sua incidência é maior, sobretudo nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento. Entretanto tal fato não constitui ocorrência apenas deste século, mas é atualmente que o mesmo assume proporções alarmantes, principalmente nos grandes centros urbanos, não só pelas dificuldades de sobrevivência como, também, pela ausência do Estado nas áreas da educação, da saúde, da habitação e, enfim, da assistência social.

Assim, a criminalidade crescente que a cada dia recruta maior número de jovens e o impacto de algumas infrações penais gravíssimas, até os crimes mais hediondos, praticados ultimamente por esses menores, é que volta a agitar o mundo jurídico e social acerca da possibilidade de redução da maioridade penal.

A infração penal, como gênero das espécies crime ou delito e contravenção, só pode ser atribuída, para efeito de pena, às pessoas imputáveis, que no Brasil são os maiores de 18 (dezoito) anos. Dessa forma, se estas pessoas incidirem em determinado preceito criminal ou contravencional, tem cabimento a respectiva sanção. Contudo, se estiverem abaixo da idade acima referida, a conduta descrita como crime ou contravenção constitui ato infracional.

Em outras palavras significa dizer que, o fato atribuído à criança ou ao adolescente, embora enquadrável como crime ou contravenção, só pela circunstância de sua idade, não constitui nenhum dos dois, mas, na linguagem do legislador, simples ato infracional.

Quando atribui-se um ato infracional a uma criança, considerada como tal aquela que possui idade entre 0 e 12 anos, aplicam-se à mesma, as medidas de proteção previstas no artigo 101 do ECA, cuja competência

é do Conselho Tutelar, conforme o disposto no artigo 136 da mesma lei, juntamente com a intervenção de outros órgãos e a observância de certas cautelas e formalidades, essenciais inclusive à correta e completa apuração da respectiva infração.

Igualmente ao adolescente infrator, aquele com idade entre 12 e 18 anos, não se confere pena, posto a sua peculiar situação de pessoa em desenvolvimento e, portanto, inimputável, recebe como resposta à sua conduta infracional medidas de caráter sócio-educativo, previstas no artigo 112 e incisos do Estatuto, que podem ser cumuladas com as medidas de proteção.

Posto isto, serão estudadas, a seguir, as conseqüências da prática de ato infracional pela criança ou adolescente consoantes as disposições da Lei 8.069/90.

3.2 Das medidas de proteção

As medidas específicas de proteção estabelecidas no artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente, são propostas, quando da ameaça ou da violação dos direitos reconhecidos nesta Lei, seja por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, assim como em razão de sua conduta, conforme o artigo 98 e incisos do ECA. Destinam-se, portanto, as medidas de proteção ao carente e ao infrator.

“Tais medidas escalonam os menores em três categorias: os carentes, ou em situação irregular, os menores vítimas e os que praticaram atos infracionais.” (CHAVEZ, 1997, p. 455)

Pode se dizer que é, basicamente, nesse momento que o legislador rompe com a doutrina da situação irregular, que vigorava anteriormente, e adota a doutrina da proteção integral, preconizada pela Declaração e pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

Comporiam este conjunto de crianças e adolescente carentes ou em situação irregular, de um lado, aqueles vítimas históricas de políticas

econômicas concentradas de renda e de políticas sociais incompetentes em sua tarefa de assegurar a todos os cidadãos seus direitos básicos. Crianças e jovens com a saúde ou com a própria vida ameaçadas pelas condições de pobreza, desnutrição e insalubridade ambiental; sem acesso a uma assistência médica de qualidade; fora da escola ou submetidos a um processo educacional que os leva ao fracasso escolar.

Estariam também neste grupo, por outro lado, crianças cujas famílias se omitem do dever de assisti-las e educá-las, praticam maus-tratos, opressão ou abuso sexual, ou simplesmente as abandonam.

Nas palavras de Cury, Silva e Mendez (2002, p.304):

Crianças e jovens sujeitos ao desuso, abuso ou violência da sociedade, do Estado e da família ganham concretude nas figuras da criança abandonada, do jovem violentado, do pequeno bóia-fria, do exército de evadidos da escola ainda analfabetos ou semi-alfabetizados, do menino de rua.

Há também, de acordo com a lei, entre os responsáveis pela ameaça ou violação dos direitos da criança, um terceiro agente, ela mesma em função de sua conduta.

Entretanto, assegura-se à criança de até 12 anos que comete ato infracional, a preservação de todos os direitos assegurados em lei, admitindo-se apenas para o adolescente infrator a restrição do seu direito à liberdade, e assim mesmo somente em casos considerados de extrema gravidade e em condições específicas.

As medidas de proteção não poderão ser compreendidas como castigo ou pena, nem, tampouco, ter o caráter de “aliviar” a responsabilidade jurídica daqueles que estão causando danos à criança e ao adolescente e, poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente de acordo com o caso concreto.

Ainda, conforme o caso, algumas medidas poderão ser substituídas a qualquer tempo, bem como cessar. A substituição poderá ocorrer quando elas não atingirem o objetivo ou pelo agravamento do caso, e a suspensão, de acordo com o progresso realizado.

As medidas vão desde o encaminhamento aos pais ou responsáveis até o tratamento para alcoólatras e toxicômanos, chegando, inclusive, à colocação em família substituta. A aplicação das mesmas, como já dito anteriormente, é prevista através do Conselho Tutelar. Quando se constatar a incapacidade das políticas básicas para atender as demandas apresentadas, o Conselho Tutelar estabelece contato com autoridades de setores correspondentes (educação, saúde, segurança etc.) assim como orienta e incentiva a formulação e o desenvolvimento das políticas compensatórias consideradas pertinentes.

Sempre que possível o menor deve permanecer ou retornar junto à sua família. Por isso, a primeira providência, mesmo no caso de simples ameaça aos seus direitos, que o artigo 101 do Estatuto coloca, é o referido encaminhamento, já cogitado no antigo Código de Menores.

Nos casos de menor gravidade a solução será convocar os pais ou responsáveis à presença do Juiz da Infância e da Juventude, fazer-lhes as advertências necessárias, inclusive da eventual perda do pátrio poder, tutela ou guarda, e possibilidade de processo criminal, que será o argumento mais convincente, por infração dos artigos 244, abandono material; 245, entrega de filho menor a pessoa inidônea; e 246, abandono intelectual, do Código Penal.

3.3 Das medidas sócio-educativas

No artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente estão elencadas as medidas de caráter sócio-educativo (e também protetivo) aplicáveis aos adolescentes autores de atos infracionais.

Por se tratar de rol taxativo, e não simplesmente exemplificativo, é vedada a imposição de medidas diversas daquelas enunciadas no artigo em tela.

São previstas no artigo 112 do ECA as seguintes medidas:

Art. 112.[...]:
I- advertência;
II- obrigação de reparar o dano;
III- prestação de serviços à comunidade;
IV- liberdade assistida;
V- inserção em regime de semiliberdade;
VI- internação em estabelecimento educacional;
VII- qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

À criança que comete ato infracional aplica-se uma medida de proteção (art. 101). Porém, o inverso não é verdadeiro. Ao adolescente infrator, 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.

A seguir, serão analisadas, com detalhes, cada uma das espécies de medidas sócio-educativas aplicadas aos adolescentes autores de atos infracionais.

3.3.1 Da advertência

Consiste a advertência, consoante o disposto no artigo 115 do ECA, em admoestação verbal, que deve ser reduzida a termo e assinada. O termo advertência significa admoestação, observação, aviso, ato de advertir.

É a primeira das medidas, aplicáveis ao menor, que revela comportamento anti-social, mas de menor gravidade como pequenos furtos, agressões leves, vadiagem. O menor será, desde logo, entregue a seus responsáveis, mediante admoestação verbal, reduzida a termo e assinada pela autoridade judicial. E, mesmo na reincidência, será reiterado o procedimento.

De acordo com Nogueira apud Chaves (1997, p. 517), “a advertência deve ser a medida mais usada, uma vez que toda medida aplicada ao menor visa à sua integração sociofamiliar.”

Prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente, a aplicação desta medida às seguintes situações: a) ao adolescente, no caso de prática de ato infracional (art. 112, I, c/c o art. 103); b) aos pais ou responsáveis, guardiões de fato ou de direito, tutores, curadores etc. (art. 129, VII); c) às entidades governamentais ou não governamentais que atuam no planejamento e na execução de programas de proteção e sócio-educativos destinados a crianças e adolescentes (art. 97, I, "a", e II, "a"). Na primeira hipótese trata-se de medida sócio-educativa; nas demais, constitui medida de proteção.

Segundo a lei, artigo 114, parágrafo único do Estatuto, a advertência aplicada ao adolescente infrator exige a prova da materialidade do fato e indícios suficientes de autoria. Assim, estão excluídas as situações que acarretam mera suspeita, visto que a autoridade deverá contar com elementos de convicção, embora não plenamente concludentes, mas fortemente indicativos sobre a autoria do ato infracional.

A advertência é a mais leve das medidas sócio-educativas. A sua imposição dispensa perfeitamente a sindicância ou o procedimento contraditório, já que deve ser imposta mediante o boletim de ocorrência elaborado pela autoridade policial ou informação do comissário.

Entretanto, Cury, Silva e Mendez (2002, p.376) entendem no seguinte sentido:

[...] embora a advertência possa vir a ser aplicada no primeiro contato com o sistema de Justiça da Infância e da Juventude, na audiência de apresentação ao órgão do Ministério Público (art. 197 do ECA), nada impede que decorra do procedimento apuratório do ato infracional, através do respectivo procedimento contraditório.

Dessa forma conclui-se que, a advertência, na modalidade de medida sócio-educativa, deve se destinar, via de regra, a adolescentes que não registrem antecedentes infracionais e para os casos de infrações leves. Poderá ela ser aplicada pelo órgão do Ministério Público, antes de instaurado o procedimento apuratório, juntamente com o benefício da remissão, e pela autoridade judiciária, no curso da instrução do procedimento apuratório do ato infracional ou na sentença final.

3.3.2 Da obrigação de reparar o dano

O artigo 116 do Estatuto institui a possibilidade de impor ao adolescente autor de ato infracional com reflexos patrimoniais, como medida sócio-educativa, a obrigação de reparar o dano causado à vítima, seja pela restituição da coisa subtraída, seja pelo respectivo ressarcimento, seja através de outra alternativa compensatória.

A obrigação de reparar o dano prevista no ECA é medida sócio-educativa que pode ser aplicada ao adolescente autor de ato infracional e, por via de consequência, ao seu responsável legal (*culpa in vigilando*). O que se visa é orientar o adolescente a respeitar os bens e o patrimônio de seus semelhantes.

Há entendimentos, no tocante à obrigação de reparar o dano, que a medida deve ser imposta em procedimento contraditório, pois cabe ao adolescente fazer a sua defesa devidamente assistido por advogado. Entretanto isso não é pacífico.

Conforme dispõe o parágrafo único do artigo 116, a medida da obrigação de reparar o dano poderá ser substituída por outra adequada caso se evidencie a manifesta impossibilidade de sua aplicação. Nesse sentido é importante ressaltar o artigo 932, incisos I e II do Novo Código Civil, que estatui a responsabilidade dos pais ou responsáveis pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e companhia.

3.3.3 Da prestação de serviços à comunidade

A prestação de serviços à comunidade consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais (art. 117).

A submissão de um adolescente a este tipo de medida tem um sentido altamente educativo, particularmente orientado a obrigar o mesmo

a tomar consciência dos valores que supõem a solidariedade social praticada em seus níveis mais expressivos.

Segundo Cury, Silva e Mendez (2002), é uma das medidas sócio-educativas que se reveste, hoje, de um grande e profundo significado pessoal e social para o adolescente infrator.

De acordo com o que estabelece o parágrafo único deste artigo que trata da prestação de serviços à comunidade, as tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a freqüência à escola ou à jornada normal de trabalho.

A medida será cumprida pelo adolescente sob a supervisão da autoridade judiciária, do Ministério Público, de técnicos sociais, que informarão suas atividades e comportamento através de relatórios, e da comunidade.

3.3.4 Da liberdade assistida

A aplicação da medida prevista no artigo 118 do ECA, qual seja, a liberdade assistida, tem lugar quando se mostrar a mais adequada ao caso concreto para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.

Consiste em submeter o menor, após entregue aos responsáveis, ou após liberação do internato, à assistência, com o fim de impedir a reincidência e obter a certeza da reeducação.

Será esta espécie de medida sócio-educativa fixada pelo prazo mínimo de 6 (seis) meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra sempre que necessário, ouvindo o orientador, o Ministério Público e o defensor. Em razão de sua finalidade (acompanhar, auxiliar e orientar), não há prazo máximo para cumprimento, sendo cabível enquanto o Juiz entender necessário ao adolescente.

Normalmente se aplica a liberdade assistida a menores que são reincidentes em infrações mais leves, como pequenos furtos, agressões

leves, porte de entorpecentes para uso próprio. Contudo, pode também ser aplicada àqueles que cometeram infrações mais graves, mas que, efetuado o estudo social, verifica-se que é melhor deixá-los com sua família, para sua reintegração à sociedade. Outras vezes aplica-se àqueles que, anteriormente, estavam em regime de semiliberdade ou de internação, quando se verifica que os mesmos já se recuperaram em parte e não representam um perigo à sociedade.

O orientador, com apoio e supervisão da autoridade competente, terá os seguintes encargos elencados no artigo 119 do Estatuto, quais sejam: orientar o adolescente, inserindo-o, se necessário, em programas de auxílio e assistência social; supervisionar sua frequência e aproveitamento escolar e promover sua matrícula; diligenciar no sentido de profissionalização e inserção do adolescente no mercado de trabalho e, por fim, apresentar relatórios do caso.

O ECA não define, especificamente, as condições que serão cumpridas pelo adolescente. Essa tarefa cabe à autoridade judiciária, que individualizará o tratamento tutelar, aplicando no caso concreto as condições, que poderão abranger as relações de trabalho e escola, bem como as familiares; podendo haver proibição sobre condução de veículos, bebidas alcoólicas, frequência a determinados ambientes, etc. E, considerando sempre a capacidade do adolescente de cumpri-las, as circunstâncias e a gravidade da infração, de acordo com o que dispõe o artigo 112, § 2º.

3.3.5 Do regime de semiliberdade

O regime de semiliberdade é a medida mais restritiva da liberdade pessoal depois da internação. Estas duas medidas são as únicas, entre aquelas previstas para o adolescente infrator no artigo 112, que implicam a institucionalização. A semiliberdade faz parte das medidas sócio-educativas para os quais o artigo 114 requer as plenas garantias formais em relação à apuração da infração e à igualdade do adolescente na

relação processual, ou seja, a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração.

Normalmente a semiliberdade é usada quando o menor a que se aplicou medida de internação, deixou de representar um perigo para a sociedade e, assim, passa para um regime mais ameno, em que pode visitar os familiares nos fins de semana e freqüentar escolas externas e, também, quando o menor, embora tenha cometido uma infração grave, não seja considerado perigoso, bastando a semiliberdade para a sua reintegração à sociedade e à família, que é o objetivo primordial de todas as medidas que se aplicam a menores que cometem infrações.

Entende-se, por semiliberdade, como uma medida sócio-educativa destinada a adolescentes infratores, que trabalham e estudam durante o dia, e à noite recolhem-se a uma entidade especializada. São obrigatórias a escolarização e a profissionalização.

A semiliberdade é prevista no artigo 120 do Estatuto e, de acordo com o seu parágrafo 2º, não comporta prazo determinado, aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação, inclusive quanto aos direitos do adolescente privado de sua liberdade.

3.3.6 Da internação

Segundo dispõe o artigo 121 do ECA, a internação é uma medida privativa de liberdade que se sujeita aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

O Estatuto regula minuciosamente a internação de menores, que tanto pode ser de alguns dias, como, no máximo, até três anos, ao contrário do que ocorria na vigência do Código de Menores.

O § 1º do artigo 121 permite a realização de atividades externas, como uma maneira, na verdade, de converter a internação em uma medida o mais dependente possível dos serviços e atividades do mundo exterior.

Como estabelece o § 2º deste artigo, a medida não comporta prazo determinado. Entretanto, conforme o Estatuto, esse caráter indeterminado funciona a favor da proteção integral da pessoa humana em desenvolvimento, sendo que o limite máximo da privação de liberdade é taxativamente fixado em três anos pelo § 3º deste mesmo artigo.

Atingido o limite máximo, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida, sendo que a liberação será compulsória aos 21 anos de idade. Assim, após essa idade não será possível a aplicação de qualquer medida sócio-educativa.

As hipóteses de cabimento da internação estão previstas no artigo 122, que são: I) quando se tratar de ato infracional cometido com grave ameaça ou violência a pessoa; II) reiteração no cometimento de outras infrações graves; III) descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Ao delimitar as hipóteses em que a medida de internação poderá ser aplicada, o artigo 122 em seus incisos de I a III, está regulamentando o princípio da excepcionalidade. E, ainda, como menciona o § 2º, ela deve ser evitada se houver antes dela outras medidas de caráter mais adequado.

A internação somente poderá ser aplicada pela autoridade judiciária competente em decisão fundamentada, devendo ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração, sendo obrigatório durante o seu período a realização de atividades pedagógicas.

Os direitos do adolescente privado de sua liberdade encontram-se previstos no artigo 124 do Estatuto.

A desinternação, em qualquer hipótese, deverá sempre ser precedida de autorização judicial e ouvido o Ministério Público.

3.4 Da remissão

Remissão significa clemência, indulgência, perdão, renúncia. Prevê o artigo 126 do Estatuto o instituto da remissão como forma de exclusão, suspensão ou extinção do processo para apuração do ato infracional. Através de tal medida procura-se, em casos especiais, evitar ou atenuar os efeitos negativos da instauração ou continuação do procedimento na administração da Justiça de Menores.

A remissão por exclusão do processo reserva-se às hipóteses em que a infração não tem caráter grave, quando o menor não apresenta antecedentes e quando a família, a escola ou outras instituições de controle social não institucional já tiverem reagido de forma adequada e construtiva ou seja provável que venham a reagir desse modo.

Nos dizeres de Paula (1991) apud Chaves (1997, p. 558) :

Se do sistema processual penal deflui o princípio da obrigatoriedade de propositura da ação penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao instituir a remissão como forma de exclusão do processo, expressamente adotou o princípio da oportunidade, conferindo ao titular da ação a decisão de invocar ou não a tutela jurisdicional. A decisão nasce do confronto dos interesses sociais e individuais tutelados unitariamente pelas normas insertas no ECA. [...]

Dessa forma justifica-se a exclusão da medida sócio-educativa através da remissão, como perdão puro e simples, quando o interesse de defesa social assume valor inferior àquele representado pelo custo, viabilidade e eficácia do processo. Assim, contravenções e infrações leves, atribuídas a adolescentes primários, marcadas pela previsão de dificuldades na coleta da prova, cujo resultado, além de incerto, constituirá mera advertência, podem ser remidas plenamente pelo representante da sociedade.

É medida exclusiva do representante do Ministério Público por força dos artigos 180, II e 201, I, que, em lugar de pedir a instauração do procedimento, a concede, podendo incluir a aplicação de qualquer das medidas previstas na lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação, como estabelece o artigo 127. A manifestação deve ser

fundamentada e o pedido homologado pelo juiz, que, não concordando com sua aplicação, deve remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça.

Há aqueles que criticam a manutenção do direito de o Ministério Público conceder a remissão, em lugar de propô-lo ao Juiz, o qual poderá discordar, como também da pretensão de arquivamento.

A remissão pode ser concedida como perdão puro e simples, sem a aplicação de qualquer medida, ou ainda, como uma espécie de transação, a critério do representante do Ministério Público ou da autoridade judiciária, como mitigação das conseqüências do ato infracional. Contudo, nesta última hipótese ocorre a aplicação de medida específica de proteção ou sócio-educativa, excluídas as que implicam privação de liberdade. Essa transação sem a instauração ou conclusão do procedimento tem o mérito de antecipar a execução da medida adequada, sem maiores formalidades, diminuindo também o constrangimento decorrente do próprio desenvolvimento do processo.

De acordo com Cury, Silva e Mendez (2002, p. 413):

Quando a remissão constituir perdão puro e simples ou vier acompanhada de medida que se esgote em si mesma, ocorrerá a exclusão do processo, se concedida pelo representante do Ministério Público, ou a extinção do processo, se concedida pelo juiz. Não ocorrendo uma dessas hipóteses, o processo ficará suspenso até que se cumpra a medida eventualmente aplicada pela remissão. As medidas aplicadas, ainda que pelo Ministério Público, serão sempre executadas pela autoridade judiciária.

Segundo Vilhena Júnior (1991) apud Chaves (1997, p. 566), a concessão da remissão como causa de suspensão ou extinção do procedimento de apuração do ato infracional compete à autoridade judiciária e, só serão admitidas no curso do processo, quando madura a decisão ou quando alcançado o objetivo a que se presta o procedimento, qual seja, a educação e a reintegração do adolescente às normas sociais de conduta. Já como forma de exclusão do processo, é atribuição do membro do Ministério Público e, poderá ser concedida quando ficar constatado que o início do procedimento não trará benefícios ao adolescente.

O artigo 128 do Estatuto dispõe no sentido de que a medida aplicada por força da remissão poderá ser revista judicialmente, a qualquer tempo, mediante pedido expresso do adolescente ou de seu representante legal, ou do Ministério Público.

Ao decidir a revisão, a autoridade judiciária poderá : a) cancelar a medida aplicada, retornando à situação processual anterior; b) substituí-la por outra, com exclusão do regime de semiliberdade e da internação; c) convertê-la em perdão puro e simples.

Para ser aplicada medida de regime de semiliberdade ou internação deverá ser instaurado o procedimento pertinente ao devido processo legal, ou então, se estava suspenso ou extinto, a ele se dará prosseguimento na forma regular.

Quanto à constitucionalidade dos artigos 126 a 128 Cury, Silva e Mendez (2002, p. 414), entendem que a aplicação da remissão com medidas previstas na lei não implica, necessariamente, reconhecimento ou comprovação de responsabilidade, nem prevalece como antecedentes e, ainda, quando aplicada pelo Ministério Público fica sujeita ao controle jurisdicional. Ademais, como estabelece o artigo 128 é facultado o pedido de revisão a qualquer tempo. Portanto, esses mesmos artigos não podem ser reconhecidos como inconstitucionais.

4. POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS À REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

De acordo com o sistema jurídico vigente no Brasil, a maioria penal se dá quando o indivíduo completa dezoito anos. Essa norma encontra-se inscrita em três Diplomas Legais: 1) artigo 27 do Código Penal; 2) artigo 104, caput do Estatuto da Criança e do Adolescente; 3) e artigo 228 da Constituição Federal.

O legislador manteve-se fiel ao princípio de que a pessoa menor de 18 (dezoito) anos não possui desenvolvimento mental completo para compreender o caráter ilícito de seus atos, ou determinar-se de acordo com esse entendimento, resultando, inclusive, no dogma constitucional (CF, artigo 228). Adotou-se o sistema biológico, em que é considerada tão-somente a idade do agente, independentemente da sua capacidade psíquica.

Ocorre que hoje se constata uma evolução crescente do número de adolescentes na prática de atitudes criminosas, os quais já não mais se limitam ao cometimento de pequenos delitos. A imprensa noticia com freqüência o envolvimento de menores em crimes hediondos, como homicídio qualificado, tráfico de entorpecentes, estupro, extorsão mediante seqüestro, latrocínio, etc.

Um exemplo claro que aparece constantemente na mídia é o assassinato do casal de adolescentes Felipe Caffé e Liana Friedenbach em novembro de 2003, que teve como principal autor um menor que na época do crime tinha 16 anos de idade. Este não foi coadjuvante do crime, mas sim quem deu a idéia de seqüestrar o casal, estuprou a menina e desferiu as facadas que a mataram. Entretanto, ele jamais sentará no banco dos réus, hoje se encontra recolhido em uma unidade da Febem, de onde poderá sair em março de 2007, quando se completam três anos de internação, o máximo previsto pelo ECA.

Diante disso muito se tem discutido sobre a redução da maioria penal no Brasil, tendo em vista que, como já dito acima, a maioria dos

crimes que aterrorizam nossa sociedade é praticada por menores de 18 (dezoito) anos, considerados penalmente inimputáveis. As opiniões públicas são divergentes quanto à redução ou não da idade penal, surgindo, assim, novamente o debate no tocante à essa questão.

Entre os adeptos que são contrários à redução da imputabilidade penal argumenta-se que, em primeiro lugar, com a redução da maioria penal haveria a conseqüente inclusão das crianças e adolescentes infratores na vala comum de nosso sistema presidiário. Contudo, tal medida não diminuiria a criminalidade por meio do medo, uma vez que estudos estatísticos já apontaram que tal previsão abstrata não cumpre sua função intimidadora, isso porque a cadeia não se mostra como punição suficiente para coibir os adultos. Ademais a inclusão de crianças e adolescentes, que por ainda estarem em fase de formação de caráter são mais facilmente influenciáveis em um sistema penitenciário inadequado às suas necessidades e incapaz de se beneficiar dessa influenciabilidade para obter a ressocialização, dificulta, se não impossibilita, que o infrator seja ressocializado, expondo-o pelo contrário, à essas causas que poderiam inclusive piorar a situação.

Importante salientar que os presídios estão superlotados, além de não terem, na quase totalidade, condições de recuperar alguém. E, ainda, some-se o fato de o menor, ao conviver com criminosos adultos, receber forte carga negativa de influência quando está em processo de formação.

[...] Então o Brasil deveria reduzir a idade penal para permitir que adolescentes possam ser presos como qualquer adulto criminoso? A resposta parece óbvia, mas não é. Será que simplesmente despachar um jovem para os depósitos de lixo humano que são as prisões brasileiras resolveria alguma coisa? Ou apenas saciaria o apetite da banda que rosna que o bandido não tem direitos humanos? (PENTRY, 2006, p. 66)

Segundo Barros:⁵

Mandar jovens, menores de 18 anos para os precários presídios e penitenciárias que misturam presos reincidentes e primários, perigosos ou não, é o mesmo que graduar e pós-graduar estes jovens no mundo do crime. Não podemos tratar o jovem delinqüente como uma pessoa

⁵ Barros, Guilherme Simões de. Redução da maioria penal. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>

irrecuperável e somente querer afastá-lo da sociedade, jogando-o dentro de um presídio com outros criminosos comuns. Os jovens merecem um tratamento diferenciado.

Um outro fato que se argumenta é que com a redução da idade penal, os maiores que se valem de crianças e adolescentes na prática de crimes, recrutariam crianças ou adolescentes com idade ainda mais precoce, conduzindo ao mundo do crime um grupo cada vez mais jovem, o que não resolve o problema da violência, que tem como grandes causas a fome, a miséria, falta de escolaridade, além de outras.

Ainda, como justificativa maior, não seria possível a alteração da imputabilidade penal, posto que o artigo 27 do Código Penal é abarcado pela Constituição Federal em seu artigo 228, bem como o artigo 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que também fixa a idade de dezoito anos como limite para a imputabilidade do menor. Isso porque o artigo 228 é entendido como um direito e garantia fundamental, e sendo assim, é considerado cláusula pétrea, não se admitindo emendas que busquem abolir tais direitos e garantias individuais, segundo o que dispõe o artigo 60, §4º, IV da Constituição Federal.

Para esta corrente, o Estado, Poder Público, Família e Sociedade, que têm por obrigação garantir os direitos fundamentais da criança e do adolescente (menores), e não podem, para cobrir suas falhas e faltas, que são gritantes, exigir que a maioria penal seja reduzida. A questão, portanto, não é reduzir a idade penal, mas discutir o processo de execução das medidas aplicadas aos menores, que é completamente falho, concluindo-se que quem está em situação irregular não é a criança ou o adolescente, mas o Estado, que não cumpre suas políticas sociais básicas.

De outro lado, há opiniões que defendem a redução da maioria penal pelos motivos a seguir expostos.

Primeiramente, para esses defensores, há que se considerar que com a evolução da sociedade, da educação, dos meios de comunicação e informação, o jovem deste novo milênio não é mais aquele ingênuo de meados do Século XX. As transformações foram de ordem política, tecnocientífica, social e econômica. Atualmente, o acesso à informação é quase compulsivo. Novas tecnologias fazem parte do dia-a-dia das pessoas,

inclusive dos jovens (telefone celular, internet, correio eletrônico, rádio, etc.). São tantos os canais de comunicação, que se torna impossível manter-se ilhado, alheio aos acontecimentos. Não há espaço para a ingenuidade, e com maior razão no que concerne aos adolescentes. Aliás, estes estão mais afetos a essas inovações e, em algumas situações, há inversão da ordem natural, como por exemplo, os filhos orientarem os pais sobre informática.

Nesse contexto, este jovem precisa ser encarado como pessoa capaz de entender as conseqüências de seus atos, vale dizer, deve se submeter às sanções de ordem penal, uma vez que possui plena capacidade de discernimento, sabe e consegue determinar-se de acordo com esse entendimento.

Na concepção de Reale (1990) apud Jorge (2002)⁶, lê-se que:

Tendo o agente ciência de sua impunidade, está dando justo motivo à imperiosa mudança na idade limite da imputabilidade penal, que deve efetivamente começar aos dezesseis anos, inclusive, devido à precocidade da consciência delitual resultante dos acelerados processos de comunicação que caracterizam nosso tempo.

Assim, além de possuírem plena convicção de que o ato que praticam é criminoso, estes menores utilizam-se, conscientemente, dessa menoridade que os alberga em seu favor, na prática de crimes, valendo-se, inclusive, da certeza dessa impunidade que a sua particular condição lhe proporciona.

Neste sentido Araújo:⁷

A insignificância da punição, certamente, pode trazer consigo o sentimento de que “o crime compensa”, pois leva o indivíduo a raciocinar da seguinte forma: “É mais vantajoso para mim praticar esta conduta criminosa lucrativa, pois, se eu for descoberto, se eu for preso, se eu for processado, se eu for condenado, ainda assim, o máximo que poderei sofrer é uma medida sócio-educativa. Logo, vale a pena correr o risco”. Trata-se, claro, de criação hipotética, mas não se pode negar que é perfeitamente plausível.

⁶ Jorge, Éder. Redução da maioridade penal. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>

⁷ Araújo, Kleber Martins. Pela redução da maioridade penal para os 16 anos. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>

Outro forte argumento é o de que o legislador-constituente reconhece aos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos lucidez e discernimento na tomada de decisões ao lhes conferir capacidade eleitoral ativa, conforme previsão expressa constante no artigo 14, §1º, inciso II, aliena c, da Magna Carta. De acordo com a Constituição Federal, homens e mulheres entre 16 e 18 anos estão aptos a votar em candidatos para qualquer cargo público eletivo (vereador, prefeito, deputado estadual, deputado federal, senador e Presidente da República). Trata-se de uma responsabilidade atribuída somente a quem possui elevado grau de maturidade.

A fim de fortalecer esse ponto de vista, novamente cito a notável lição de Reale (1990) apud Jorge (2002):

No Brasil, especialmente, há um outro motivo determinante, que é a extensão do direito ao voto, embora facultativo aos menores entre dezesseis e dezoito anos, como decidiu a Assembléia Nacional Constituinte para gáudio de ilustre senador que sempre cultiva o seu 'progressismo'... Aliás, não se compreende que possa exercer o direito de voto quem, nos termos da lei vigente, não seria imputável pela prática de delito eleitoral.

Dessa forma, se de um lado a Constituição Federal considera o menor de dezoito e maior de dezesseis anos inimputável conforme o artigo 228, por outro, permite exercer o direito ao voto, distinguindo, portanto, a maioria penal da maioria eleitoral.

Portanto, como um jovem pode ter discernimento para votar, como por exemplo, no Presidente da República, mas não tem em relação à prática de crimes, ainda que hediondos? Vale dizer, o menor conhece toda importância da escolha dos integrantes dos Poderes Legislativo e Executivo, mas não tem consciência das condutas delituosas, por isso é inimputável, sendo que é evidente que o processo eleitoral é mais complexo.

Impõe-se sim uma revisão do preceito constitucional atinente à maioria penal, segundo esta corrente. O debate é atual, pois a violência e o envolvimento de menores de dezoito anos tem aumentado. Ademais, quem tem maturidade para votar, trabalhar, matar, roubar, traficar,

estuprar, deveria ter, também, para responder por seus atos como qualquer adulto.

Os argumentos acima citados são os que aparecem com maior frequência quando o tema em debate é o da redução da maioridade penal. Seja qual for o posicionamento, fato é que, infelizmente, no Brasil, a cada dia que passa o problema da criminalidade e marginalização do menor vem crescendo assustadoramente, destacando a questão da redução da imputabilidade penal como um dos temas mais polêmicos e discutidos em nossa sociedade, colocando, de um lado, em julgamento a eficácia e aplicabilidade das medidas sócio-educativas contida na Lei 8.079/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente e, de outro, a discussão das causas determinantes do aumento da violência e da criminalidade dos menores, no entendimento de que o seu combate é a única maneira capaz de minimizar o problema.

5. MAIORIDADE PENAL NO DIREITO COMPARADO

De acordo com o que foi visto nos capítulos anteriores, a maioridade penal no Brasil é fixada em 18 (dezoito) anos, segundo o critério etário ou sistema biológico adotado pelo legislador em que é considerada tão-somente a idade do agente, independentemente da sua capacidade psíquica.

No âmbito internacional a maioria dos países adota legislações específicas para evitar a impunidade. Não existe uniformidade de procedimentos, dependendo do grau de tolerância de cada nação para fixar parâmetros para a determinação da idade penal. Na França, por exemplo, a maioridade penal é de 18 (dezoito) anos, mas jovens a partir dos treze e até os dezoito anos podem ser penalizados. Assim, a lei francesa, fixa o tempo máximo da inimputabilidade em 13 (treze) anos, contudo, pelo antigo Código Penal francês não era fixado o mínimo de idade, que ficava a critério dos magistrados.

Importante salientar que pelo direito francês só excepcionalmente são impostas penas aos menores de dezoito anos e, quando tal ocorre e a execução dessas penas não seja suspensa pela liberdade vigiada, são elas cumpridas em estabelecimentos especiais de “educação vigiada”, comum em geral aos menores gravemente indisciplinados ou perigosos.

Na Inglaterra, a maioridade penal é de vinte e um anos para crimes comuns. Tratando-se de crimes hediondos o infrator é penalizado a partir dos 10 anos. Já nos Estados Unidos, há uma divergência nas legislações nos 50 estados, sendo que em 18 deles os jovens que cometem crimes graves podem ser responsabilizados a partir dos 14 anos, equiparando-se, nessa condição, àquele que conta com dezoito anos, considerada a maioridade.

As leis portuguesa, espanhola e argentina fixam a idade da inimputabilidade em 16 (dezesesseis) anos, assim como Bélgica, Holanda e Israel. Na Alemanha e Haiti, a partir dos 14 (quatorze) anos.

Cabe anotar que a lei belga de 1965 fixou como idade máxima da inimputabilidade penal a de 18 anos. Entretanto, se o Tribunal da

Juventude entender que as simples medidas de guarda, preservação e educação são inadequadas, pode enviar o maior de 16 anos à jurisdição comum, para resolver sobre um regime especial de repressão penal. Assim, pode-se afirmar que, como já mencionado acima, pelo atual direito belga, a idade da inimputabilidade absoluta é de dezesseis anos.

O Código Penal Suíço de 1937, que serviu de modelo ao nosso Código de Menores, estabelece imputabilidade restrita de 14 a 18 anos, com aplicação de medidas de segurança.

O Japão fixou a idade de inimputabilidade em 14 (quatorze) anos. O mesmo ocorre com o Código Penal Italiano vigente que fixa a inimputabilidade absoluta em 14 (quatorze) anos. O menor de 18 (dezoito) anos só seria inimputável se provasse ter agido sem discernimento. O Código Italiano anterior baixava a inimputabilidade absoluta para nove anos e a relativa a quatorze, como nosso Código Penal de 1890.

Igualmente a Noruega fixou a inimputabilidade em 14 (quatorze) anos, embora na prática não se punam criminalmente os menores de 16 (dezesseis) anos e, antes dos dezoito, se recorram a medidas educativas.

Neste capítulo se objetivou um breve estudo das principais legislações internacionais com relação ao tema abordado no presente trabalho. Como podemos observar, a responsabilidade do menor sempre foi alvo de discussões, desde os tempos mais remotos, em todos os países. Muitas legislações foram criadas e aplicadas ao longo da história, como ocorreu aqui no Brasil, desde a inimputabilidade absoluta até os nove anos, até a responsabilização especial do Estatuto da Criança e do Adolescente.

6. A MAIORIDADE PENAL À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: ASPECTOS RELEVANTES

Com o advento do Novo Código Civil, instituído pela Lei n° 10.406/2002, a maioridade civil foi reduzida para 18 (dezoito) anos, conforme o que dispõe o artigo 5°, igualando-se, assim, à maioridade penal prevista no artigo 27 do Código Penal.⁸

Segundo o Código Civil de 1916 em seu artigo 9°, a menoridade civil cessava aos 21 (vinte e um) anos completos, ficando o indivíduo habilitado para a prática de todos os atos da vida civil.

Aquele que tivesse abaixo de 16 (dezesesseis) anos era considerado absolutamente incapaz de exercer seus atos civis e, dos 16 (dezesesseis) aos 21 (vinte e um) anos, era considerado relativamente incapaz. De acordo com a nova redação trazida pela Lei n° 10.406/2002, a pessoa menor de dezesseis anos ainda permanece absolutamente incapaz (artigo 3°, I, CC), entretanto, os relativamente incapazes estão compreendidos entre os 16 (dezesesseis) e os 18 (dezoito) anos de idade (artigo 4°, I, CC).

Dessa forma, formo-se uma discussão especificamente em relação à extensão dos efeitos do Novo Código Civil no campo do Direito Penal e Processual Penal, precisamente em relação aos maiores de 18 (dezoito) e menores de 21 (vinte e um) anos, pois como transcrito acima, a incapacidade absoluta permanece a mesma, havendo mudança com relação aos relativamente incapazes, antes maiores de 16 (dezesesseis) e menores que 21 (vinte e um), e agora, maiores de dezesseis e menores que dezoito anos.

Em virtude dessa mudança surgiu a seguinte indagação: O artigo 5° do Novo Código Civil, reduzindo a maioridade civil de 21 (vinte e um) para 18 (dezoito) anos de idade, teve seu efeito extensivo às disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal? É o que veremos a seguir.

⁸ Art. 5° A menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

6.1 Repercussões no direito penal

Como já dito acima, a redução da maioridade civil para 18 (dezoito) anos tem provocado significativa discussão jurídica. A partir de agora passaremos a estudar esses questionamentos em sede de direito penal.

A primeira controvérsia diz respeito à atenuante genérica presente no artigo 65, I, do Código Penal, ou seja, o artigo 5º do Novo Código Civil revogou a circunstância atenuante da menoridade relativa que determina a diminuição da pena para a hipótese de o réu ser menor de 21 (vinte e um) anos na data do fato?

E, ainda, surge a dúvida com relação ao artigo 115 do Código Penal que determina a redução da prescrição pela metade quando o acusado é, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos.

Há entendimentos, a maioria, no sentido de que a menoridade civil não revogou tais dispositivos. Uma das justificativas é de que não se pode dar uma interpretação extensiva para prejudicar o réu, especialmente em relação ao estabelecimento de normas jurídicas.

Fazendo uma análise do artigo 65, I do Código Penal, podemos observar que a menoridade, como atenuante genérica, sempre foi fixada em nossa legislação penal no limite de 21 (vinte e um) anos e que, portanto, não é a consideração dessa idade uma criação do Código Civil de 1916. Já diziam os artigos 18 do Código Criminal do Império de 1830 e também o 39 do Código Penal de 1890, que é circunstância atenuante ser o delinqüente menor de 21 (vinte e um) anos. Assim conclui-se que a atenuante genérica da menoridade não foi instituída em nosso ordenamento tendo como base a figura da maioridade civil, de modo que se constitui em um dispositivo totalmente autônomo em relação à legislação civil, o que implica dizer que, de modo algum, o artigo supra citado sofreu alteração com a redução da maioridade civil.

Ainda, segundo aqueles que entendem pela não revogação de tais artigos, apontam como justificativa a falta de maturidade do agente menor de 21 (vinte e um) anos, pois de acordo com o legislador penal aqueles que se encontram nessa faixa etária ainda não adquiriram o discernimento e o

desenvolvimento mental completo para medir a conseqüência de seus atos.

A esse respeito leciona Jesus (2003, p.24):

Na verdade, a atenuante da menoridade atua como coeficiente de menor culpabilidade, reduzindo o juízo de censura em razão da falta de pleno amadurecimento da pessoa, sendo a diminuição da pena medida de política criminal. E, como vimos, o legislador de 1940, como o do Código Criminal de 1830 e o do Código Penal de 1890, não se atrelou ao limite de idade do Código Civil. Por essas razões, o art. 65, I, do CP, não foi alterado pelo art. 5º do novo CC. Subsiste.

De acordo com esses defensores aquele agente que tem entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos incompletos, cuja capacidade penal é relativa, a lei não lhe reconhece uma capacidade mental concluída e, embora o considere imputável, confere-lhe no caso de fato definido na lei como crime a atenuante acima referida.

Ainda na concepção de Jesus (2003, p.24):

[...] A essa razão de imputabilidade deficiente, embora não propriamente ausente ou diminuída a ponto de justificar a exclusão da pena ou a sua sensível redução, vem juntar-se o interesse da ordem jurídica em que se poupe o menor à ação perversora da prisão, encurtando-lhe quanto possível o período do seu internamento.

Com relação à redução do prazo prescricional, as razões pelas quais se entende pela manutenção do texto do artigo 115 do Código Penal, são as mesmas da atenuação genérica da pena em face da menoridade.

Assim novamente de acordo com Greco (2002) apud Jesus (2003, p.24):

A imaturidade daqueles que ainda não estão com a sua personalidade completamente formada, como acontece com aqueles que estão saindo da adolescência e entrando na fase adulta, pode conduzir à prática de atos ilícitos impensados. Além disso, a convivência carcerária do menor de 21 anos com criminosos perigosos acabará por perturbar a sua personalidade, razão pela qual, como medida despenalizadora, a lei penal reduz pela metade o cômputo do prazo prescricional.

Deste lado também se coloca Capez (2005), entendendo que os dispositivos em questão não foram atingidos pela reforma do Código Civil

pelo fato de que não existe nenhuma relação entre a idade mencionada e a plena capacidade para a prática dos atos jurídicos, posto que o legislador pretendeu conceder o benefício devido à pouca idade.

Portanto, por força dos argumentos aqui apresentados que se constituem na maioria, podemos concluir que os dispositivos acima questionados não sofreram qualquer modificação com a entrada em vigor do artigo 5º do Novo Código Civil, uma vez que o legislador assim disciplinou com o intuito de proteger os réus que ainda não adquiriram maturidade e discernimento suficiente.

Entretanto, ainda que uma corrente minoritária, há quem entenda que com a nova legislação civil, esses artigos devem merecer um novo tratamento, não sendo mais aceitável que os réus menores de 21 (vinte e um) anos tenham o prazo prescricional reduzido pela metade ou façam jus a uma circunstância atenuante genérica prevista no artigo 65, I, do Código Penal.

Neste sentido podemos citar Dias:⁹

Prima facie, cumpre repisar que com o novo Código Civil o réu com 18 (dezoito) anos deixou de ser considerado relativamente incapaz, para adquirir a plena capacidade civil. Ora, com a maioridade civil e penal coincidindo nos 18 (dezoito) anos, não há qualquer razão para distinção entre os réus maiores de 21(vinte e um) e os menores de 21 (vinte e um), já que a idade que deve figurar como “fiel da balança” é a de 18 (dezoito) anos.

Dessa forma, feitas as principais considerações atinentes ao Direito Penal face ao Novo Código Civil, a seguir serão abordadas as repercussões relativas ao Direito Processual Penal.

6.2 Repercussões no direito processual penal

Neste tópico o presente trabalho passará a estudar os reflexos ocorridos no Código de Processo Penal decorrentes da Lei nº 10.406/2002,

⁹ Dias, Marcos Vinicius de Viveiros. Alguns reflexos do novo código civil no âmbito penal. Disponível em: <<http://www.folha.uol.com.br>>

ou seja, o Novo Código Civil em face da redução da maioridade para os 18 (dezoito) anos.

Em virtude da referida lei que instituiu o novo Código Civil, há entendimentos predominantes no sentido de que provocou sensível modificação no Código de Processo Penal, especialmente no quadro das capacidades estabelecidas neste Código.

Como a imputabilidade penal por maioridade é fixada em 18 (dezoito) anos e, na antiga legislação, o menor de 21 (vinte e um) anos de idade, sendo maior de 18 (dezoito), não possuía plena capacidade para realizar pessoalmente os atos da vida civil, o Código de Processo Penal determinava a nomeação de curador para lhe exercer assistência no processo criminal.

Conforme estatui o artigo 262 do Código de Processo Penal, ao acusado menor dar-se-á curador. Assim, como conseqüência dessa regra genérica, dispõe o artigo 15 do CPP que a autoridade policial deve nomear um curador ao indiciado que for menor e, por fim, o artigo 564, III, "c", diz que ocorrerá nulidade por falta de nomeação de curador ao menor de 21 (vinte e um) anos. E, em outras situações, o legislador permitia que o ato fosse realizado por ele ou por seu representante legal, como o exercício do direito de queixa e de representação.

Hoje, como o menor de 21 (vinte e um) anos e maior de 18 (dezoito) não é mais relativamente incapaz, podendo exercer todos os atos da vida civil, desapareceram a necessidade de curador e a figura do representante legal. Dessa forma, devem ser considerados ab-rogados ou derogados, conforme o caso, todos os dispositivos do Código de Processo Penal que se referem ao maior de 18 (dezoito) e menor de 21 (vinte e um) anos de idade e à nomeação de curador.

Assim, com a redução da idade em que se atinge a maioridade absoluta para 18 (dezoito) anos em razão da vigência do novo Código Civil, instituído pela Lei n° 10.406/02, não mais existe a figura do réu menor e o dispositivo processual perde sua finalidade, não se justificando a especial proteção que a lei processual conferia aos indiciados menores de 21 (vinte e um) anos.

O artigo 194 do Código de Processo Penal, que tratava da necessidade de curador pra interrogatório de menor de 21 (vinte e um) anos, aparece agora no texto processual penal expressamente revogado pela Lei n° 10.792/03.

[...] antes do início de vigência do novo Código Civil o maior de 18 e menor de 21 anos era relativamente capaz, exigia o Código de Processo Penal a nomeação de *curador* na fase judicial (art. 194), a exemplo do inquérito (art. 15), com o objetivo de assegurar maior garantia dos direitos de quem ainda não se encontrava plenamente habilitado à prática de atos processuais, sob pena de nulidade do processo. Com a vigência, porém, da Lei n° 10.406, de 10-1-2002, atingindo-se, agora, a maioridade civil ao mesmo tempo em que se alcança a maioridade penal, perderam-se a sua finalidade as normas do Código de Processo Penal que previam a nomeação de curador como garantia de especial proteção ao acusado que era *menor* perante a lei civil. O art. 194 foi expressamente revogado pela Lei n° 10.792, de 1°-12-2003. (MIRABETE, 2006, p. 345)

O artigo 279, III, do Código de Processo Penal dispõe que não poderão ser peritos os analfabetos e os *menores de 21 (vinte e um) anos*. No tocante ao referido artigo, segundo entendem alguns juristas, o legislador pretendeu fixar o critério da maturidade, experiência, ao permitir a atuação de uma pessoa como perito criminal a partir dos 21 (vinte e um) anos de idade. Portanto, “o inciso III, parte final, [...] não foi modificado pelo art. 5° do novo CC, tendo em vista que não disciplina a antiga menoridade relativa no processo penal.” (JESUS, 2003, p.21)

Entretanto, há quem entenda de maneira diversa como leciona Mirabete em sua obra de processo penal (2006, p.360), “também pode um menor de 21 (vinte e um) anos, que, aliás, já atingiu a maioridade em face do novo Código Civil (art. 5º), possuir conhecimentos técnicos para efetuar o exame.”

A discussão é a mesma com relação ao dispositivo que trata do alistamento de jurado maior de 21 (vinte e um) anos, qual seja, artigo 434, segunda parte, do Código de Processo Penal.

Nas hipóteses em que a lei faz referência a representante legal, sem mencionar a idade entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos, segundo

entendimento majoritário, não houve ab-rogação ou derrogação, devendo ser empregada simples interpretação do texto legal.

Jesus (2003, p.18), confirmando esta tese dispõe que:

O que mudou foi o conceito (significado) da expressão “representante legal”. Convém observar ser possível que a pessoa possua mais de 18 (dezoito) anos de idade, caso em que não existe mais a figura do representante legal. Mas é admissível que a vítima seja, por exemplo, um doente mental, caso em que subsiste o representante legal.

Nesta mesma linha de raciocínio se encontra Capez (2005, IX):

[...] tendo o acusado atingido a maioridade civil, não há mais necessidade de nomeação de curador para o seu interrogatório, nem subsiste a figura do representante legal para oferecer a queixa ou a representação, além do que somente o ofendido poderá exercer ou renunciar ao direito de queixa ou de representação, bem como conceder o perdão ou aceitá-lo. Se é plenamente capaz, não tem mais representante legal, nem precisa ser assistido.

Dessa forma devem ser considerados ab-rogados os artigos 34 (exercício do direito de queixa), 52 (concessão do perdão do ofendido) e 54 (aceitação do perdão do ofendido), todos do Código de Processo Penal, de modo que os artigos 50, §único (renúncia ao direito de queixa) e 449 (nomeação de curador ao réu interrogado em plenário do júri), ambos do Código de Processo Penal, foram derogados.

Para concluir, com o advento do novo Código Civil, é evidente que o mesmo produziu reflexos em muitos campos do direito. Entretanto, no presente capítulo se buscou discutir os principais efeitos em sede de Direito Penal e Processual Penal, fazendo referências aos principais questionamentos que aparecem com freqüência na doutrina.

7. CONCLUSÃO

De acordo com o que foi visto exhaustivamente no presente trabalho, a maioridade penal hoje é fixada em 18 (dezoito) anos de idade, sendo adotado pelo legislador o critério biológico ou etário. Contudo, verificou-se que nem sempre foi assim, ou seja, não se adotou desde o princípio o limite de 18 (dezoito) anos para a imputabilidade penal. Muitas legislações foram criadas e aplicadas no Brasil ao longo de sua história.

Atualmente se encontra em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual foi promulgado em 1990 (Lei n° 8.069/90) e que consiste em normas de legislação especial no qual estão sujeitos os menores de 18 (dezoito) anos. O ECA tem como pressuposto a concepção da criança e adolescente como sujeitos de direitos, dando garantia ampla aos seus direitos sociais e pessoais.

Entretanto, o aumento da criminalidade infanto-juvenil elevando-se até os dias de hoje e que cada vez mais recruta maior número de jovens, faz com que a maioridade penal seja o foco de grandes polêmicas e discussões na sociedade, sobretudo no meio jurídico. Todavia, não nos cabe no presente trabalho exaurir o tema em questão.

Em verdade, o Estatuto da Criança e do Adolescente não é tão eficiente o quanto deveria ser, existem falhas em seu cumprimento e, por ser tolerante, não tem intimidado os menores.

Dessa forma, tal como foi explanado em capítulo específico, as opiniões públicas se divergem quanto à redução ou não da idade penal.

Caso se entenda pela possibilidade de redução da imputabilidade penal, até mesmo porque como foi dito alhures há um grande posicionamento no sentido de que seria inconstitucional eventual alteração do artigo 228 da Constituição Federal, o problema passaria a residir na idade certa para a redução. E mais, qual seria o critério ideal a ser adotado pelo legislador?

Poderia se optar pelo sistema biopsicológico (ou biopsicológico normativo ou misto), onde as pessoas menores de 18 (dezoito) anos que praticassem crime ou contravenção penal seriam necessariamente

submetidas a avaliação psiquiátrica ou psicológica para aferir o seu grau de amadurecimento. Como foi visto, este critério não é uma novidade, posto que ao final do século XIX a imputabilidade penal era baseada no discernimento do infrator.

O grande inconveniente dessa opção está na necessidade de perícia psicológica e psiquiátrica em todo menor que venha a cometer infração penal. E, como se sabe, inexistente em nosso país estrutura organizacional para a realização desses exames.

Reduzir pura e simplesmente a idade penal não resolveria o problema em si, pois o adolescente é uma pessoa em desenvolvimento, não podendo ser-lhe atribuído, indiscriminadamente, a responsabilidade pela prática de um ato infracional.

Por fim, impõe-se sim uma revisão de todo o sistema que é completamente falho. É necessário um ajustamento à realidade social com a conseqüente criação de meios para enfrentar a criminalidade com eficácia para que, assim, possamos ter uma sociedade mais justa e com menos violência.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Kleber Martins. **Pela Redução da Maioridade Penal para os 16 anos.** Disponível em: <[http:// jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4578](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4578)> Acesso em: 10 jul. 2006.

BARROS, Guilherme Simões de. **Redução da Maioridade Penal.** Disponível em:<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3161>> Acesso em: 10 jul. 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Granda da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.1.

CHAVEZ, Antônio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.** 2ª ed. São Paulo: LTr, 1997.

CORDEIRO JÚNIOR, Paulo Roberto. **Redução da Maioridade Penal.** 2005. 64 f. Monografia (Bacharel em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2005.

CORRÊA, Pedro. **Redução da Maioridade Penal.** Disponível em:<<http://www.pp.org.br/artigo-pedrocorrea3.htm>> Acesso em: 03 mai. 2006.

CURY, Munir e outros. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.** 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

DIAS, Marcos Vinicius de Viveiros. **Alguns reflexos do novo código civil no âmbito penal.** Disponível em:<<http://www.folha.uol.com.br/folha/cotidiano> > Acesso em: 02 ago. 2006.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Reflexos Penais e Processuais Penais do Novo Código Civil.** São Paulo: Damásio de Jesus, 2003.

JORGE, Éder. **Redução da maioridade penal.** Disponível em:<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3374>> Acesso em: 06 set. 2005.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. **A Constituição Como Princípio: Os Limites da Jurisdição Constitucional Brasileira.** São Paulo: Manole, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NAKANO, Nádia. **Adolescente em conflito com a lei: reflexões acerca da responsabilidade penal e a problemática quanto a redução da idade penal**. 2005. 62 f. Monografia (Bacharel em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2005.

PEREIRA, João Batista Costa. **A maioria: uma visão interdisciplinar**. Disponível em:<<http://www.intelligentiajuridica.com.br/v3/artigo/php?id=483>> Acesso em: 24 jul.2006.

PEREIRA, Thomaz H. Junqueira de A. **O leviatã e a questão da redução da maioria penal**. Disponível em:<<http://www.geocities.com/filosofiasf/htm>> Acesso em: 10 jul.2006.

PETRY, André. O dilema e o exemplo. **Revista Veja**. São Paulo, ano 39, nº 29, p.66, 26 jul.2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v.1.

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

TAVARES, Heloisa Gaspar Martins. **Idade Penal (maioridade) na legislação brasileira desde a colonização até o código de 1969**. Disponível em:<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5958>> Acesso em: 06 mar. 2006