

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

REDUÇÃO DA MENORIDADE PENAL

Bruno Alexander de Paula Canhetti

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

REDUÇÃO DA MENORIDADE PENAL

Bruno Alexander de Paula Canhetti

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Mário Coimbra.

Presidente Prudente/SP
2008

REDUÇÃO DA MENORIDADE PENAL

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

Mário Coimbra

Examinador (a)

Examinador (a)

Presidente Prudente, 08 de março de 2008

**Um filho sem sua mãe não encontra a razão,
um filho sem seu pai não encontra limites,
aos meus pais José e Ana,
dedico esse trabalho e a minha vida.**

***O objectivo da argumentação,
ou da discussão, não deve ser
a vitória, mas o progresso.***

Joseph Joubert

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, que me deu força e saúde para obter vitórias e alcançar grandes conquistas, como a concretização desse trabalho.

A meu pai, destemido apoiador de meus projetos, e incansável fonte de confiança, sabedoria e amor.

A minha mãe, linda expressão de beleza, que em todos instantes de minha vida soube ensinar a amar, a sonhar, a sorrir, e a recomeçar.

Ao meu irmão Gabriel, um fiel escudeiro nas batalhas cotidianas, estando sempre a disposição independente do momento e da ocasião.

Aos demais familiares que com alegria e confiança proporcionaram um passado de glórias e um futuro de esperanças.

Ao meu mestre e amigo, professor Mário Coimbra. Exímio exemplo de humildade e sucesso, a quem devo esta obra por toda orientação e boa vontade concedida.

Aos meus amigos, que com enorme atenção contribuíram com palavras de incentivo, conhecimento e dedicação.

Aos professores e profissionais parceiros, que me ajudaram de forma única na confecção e complexidade dos ideais apresentados.

Desejo a todos o retorno de toda colaboração concedida, me dispondo a contribuir com meu humilde conhecimento como forma de fiel amizade.

RESUMO

O objetivo desta monografia é apresentar uma resposta concreta à sociedade sobre um dos temas mais polêmicos da atualidade, que é a redução da menoridade penal. A possibilidade de alteração do artigo 228 da Constituição Federal provoca amplas discussões, envolvendo desde os setores mais humildes da população, até os mais renomados juristas e parlamentares. O presente autor não visou abordar o tema de forma parcial ou tendenciosa, tanto que apresenta e raciocina sobre as duas correntes que envolvem a hipótese. Os capítulos mencionados vêm descritos de forma planejada permitindo ao leitor compreender a polêmica e obter condições de raciocinar sobre a própria solução. No início a evolução histórica é ressaltada. Posteriormente, advém os princípios constitucionais, bases essenciais para qualquer análise. Daí por diante, o assunto é abordado do ponto de vista dos movimentos de política criminal e da previsão legal da imputabilidade penal. Especificando-se aos métodos dedutivo e comparativo, os próximos capítulos buscam dispor sobre a menoridade penal e o ordenamento jurídico estatal, e a menoridade penal e o direito comparado. Vencido os aspectos complementares, mas essenciais, é apresentado às circunstâncias diretas que influem na possibilidade de alteração da idade para o início da responsabilização criminal. O destaque neste setor é a abordagem das correntes com entendimentos contrários diante do tema proposto, e a opinião do autor, fruto de um raciocínio pessoal e objetivo sobre os pontos mencionados.

Palavras-chave: Criança. Adolescente. Imputabilidade penal. Medida sócio-educativa. Redução. Menoridade penal.

ABSTRACT

The objective of this article is to provide the society a concrete answer on one of the nowadays most polemics topics, the reduction of the criminal minority. The possibility of amending Article 228 of the Federal Constitution leads to extensive discussions, involving from the poorest sectors of the population to the most renowned lawyers and parliamentarians. This author aimed not to broach the issue in a partial or tendentious way, therefore, the both currents that involves the hypothesis are presented and discussed. The mentioned chapters are arranged in order to allow the reader to understand the controversy and obtain conditions of thinking about the solution. Initially, the historical context is stressed. Then comes the constitutional principles, essential basis for any analysis. Henceforward, the issue is approached from the point of view of the movements of criminal policy and legal forecast of criminal imputability. Specifying to the deductive and comparative methods, the next chapters discourse about the criminal minority and legal state, and the criminal minority and comparative law. After the complementary, but essential, aspects, the direct circumstances that influence on the possibility of amending the age of criminal responsibility are presented. The emphasis in this sector is the approach of the currents with contrary understandings about the proposed subject, and the opinion of the author, result of a personal and objective reasoning on the mentioned points.

Key Words: Children. Teenager. Penal imputability. Educational-social measure. Reduction. Criminal minority.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES, TABELAS E QUADROS

TABELA 1 – Idade de responsabilidade criminal	57
---	----

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO PÁTRIA	12
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS	15
3.1 Conceito	15
3.2 Princípio da Legalidade	15
3.3 Princípio da Culpabilidade	17
3.4 Princípio da Intervenção Mínima	18
3.5 Princípio da Individualização da Pena.....	18
3.6 Princípio da Humanidade	19
3.7 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	21
4 MOVIMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL	24
4.1 Considerações Iniciais.....	24
4.2 Movimento da Lei e Ordem.....	24
4.3 Movimento da Novíssima Defesa Social	25
4.4 Movimento da Política Criminal Alternativa	26
5 IMPUTABILIDADE PENAL	28
5.1 Conceito	28
5.2 Critérios Determinantes da Imputabilidade	30
5.2.1 Critério psicológico.....	30
5.2.2 Critério biológico.....	31
5.2.3 Critério biopsicológico	32
5.3 Semi-Imputabilidade	33
5.4 Inimputabilidade X impunidade	34
6 MENORIDADE PENAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO ESTATAL	37
6.1 A Menoridade e a Constituição Federal	37
6.2 A Menoridade e o Código Penal.....	39
6.3 A Menoridade e o Estatuto da Criança e do Adolescente	41
6.3.1 Princípio da absoluta prioridade.....	43
6.3.2 Princípio da proteção integral.....	44
6.4 Estatuto da Criança e do Adolescente e o Ato Infracional	45
6.5 Das Medidas Sócio-Educativas.....	49
6.5.1 Da advertência	49
6.5.2 Da obrigação de reparar	50
6.5.3 Da prestação de serviços à comunidade	51
6.5.4 Da liberdade assistida.....	52
6.5.5 Da inserção em regime de semiliberdade	53
6.5.6 Da internação.....	54
7 DA MENORIDADE PENAL NO DIREITO COMPARADO	56
8 REDUÇÃO DA MENORIDADE PENAL	60

8.1 Cláusula Pétrea	60
8.2 Discussão Legislativa	65
8.3 Correntes Doutrinárias	71
9 CONCLUSÃO	86
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	89
ANEXOS	92

1 INTRODUÇÃO

A possibilidade de redução da menoridade penal já vem sendo notícia desde que atos infracionais graves passaram a ocorrer de forma cada vez mais violenta e freqüente. Os menores começaram a perder o caráter de pessoas inocentes ao perpetrarem ofensivas contra bens jurídicos importantes como à vida, à liberdade, e o patrimônio. A conseqüência foram reações das mais diversas, protestando por ações mais rígidas do Estado para por fim a essa crescente e delicada situação.

Nesse contexto foi dedicada atenção especial ao tema proposto. Não se poderia deixar de abordá-lo, principalmente, pelo fato do instante vivido permitir críticas e soluções sobre o problema. Discussões legislativas e jurídicas não param de acontecer, além de que, o momento propício, somado a polêmica do tema, e ao grande número de pessoas atingidas, configuram um conjunto providencial de justificativas para a escolha do assunto discorrido.

O presente trabalho buscou a verdade e implicações do ponto jurídico e social que possam influir na resposta da questão apresentada. O objetivo específico foi apresentar a sociedade uma solução realista e possível dentro do contexto sócio-econômico do país. Já o geral foi demonstrar as principais circunstâncias que envolvem o tema para que, aqueles que tiverem acesso ao aludido trabalho, possam partilhar de conhecimento e visão crítica.

A menoridade penal está constitucionalmente prevista no artigo 228 da Constituição Federal e, de forma análoga, nos dispositivos específicos competentes para isso, como o artigo 27 Código Penal e o artigo 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Sua alteração teria que passar primeiro pela esfera constitucional para receber eficácia plena e jurídica. É discutido, então, essa possibilidade, considerando aspectos sociais da eventual mudança e os reais motivos que incentivam ou desprezam essa proposta de modificação. Referências a livros, artigos, pesquisas, entre outros, foram buscados. Métodos dedutivos, históricos e comparativos se destacaram em sua confecção. Organizou-se o trabalho de forma a propiciar uma chegada ao seu objetivo específico, com a apresentação de um rol de conhecimentos necessários para avaliá-lo.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

A menoridade penal no Brasil Colônia era prevista conforme as disposições das Ordenações Filipinas, que determinavam o início da imputabilidade penal aos setes anos. No entanto este menor, apesar de imputável, não podia ser condenado à pena de morte. Essa proibição cessava aos dezessete anos, podendo-se a partir daí, aplicar tal cruel pena. Dos dezessete anos até aos vinte e um anos havia um último período antes da maioridade penal, ao qual, a diminuição da pena era possível sob certas condições.

Novo entendimento foi trazido com o advento do Código do Império de 1830 logo após a independência do Brasil. Seu artigo 10 era claro em considerar não criminoso aquele que fosse menor de quatorze anos, salvo se estivesse agindo com discernimento, no qual, conforme artigo 13 do mesmo diploma legislativo, o menor podia ser recolhido à Casa de correção até completar dezessete anos. É, portanto, adotado o critério do discernimento. Aos quatorze anos completos a maioridade penal plena era obtida.

Importante ressaltar como peculiaridade desta legislação que, tanto o menor com idade de quatorze anos e um dia, quanto àquele com idade de dez anos, mas que cometesse o crime com discernimento, poderiam ser condenados à pena de prisão perpétua.

Em 1890, após a proclamação da República, a legislação referente ao menor foi alterada. Entrou em vigor o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil que considerava como relevantes os limites de nove e quatorze anos de idade. O período até os nove anos de idade compreendia a irresponsabilidade do menor infrator, conforme artigo 27, §único.

Entre nove e quatorze anos o juiz deveria verificar se o menor cometeu o crime com ou sem discernimento, punindo-o na primeira hipótese. Por último, de acordo com artigo 30, o menor com quatorze anos ou mais era plenamente responsável.

Novas tendências de outras legislações, como por exemplo, a dos Estados Unidos que criou o primeiro Tribunal para Menores e também que trouxe grandes avanços para se sanar os males do abandono do menor e da criminalidade na infância e na juventude, fizeram com que nosso país também evoluísse sua legislação. No ano de 1921, com a lei nº. 4242, de 05 de janeiro, mais precisamente em seu artigo terceiro, parágrafo dezesseis, foi disposto que o menor de quatorze anos, autor de crime ou contravenção, não seria mais submetido a processo algum, além do que, haveria processo especial para aqueles com idade maior de quatorze anos e menor de dezoito anos.

Esta foi uma das leis que foram surgindo em nossa legislação e que vieram a constituir em 1927 o Código de Menores.

Com o Decreto 17.943-A, de 1927, o Código de Menores foi instituído. Nele se consagrava o entendimento no qual os menores de quatorze anos não eram criminosos. Já os que se encontravam entre quatorze e dezoito anos seriam submetidos a procedimento especial, sendo que, aqueles com idade entre quatorze e dezesseis anos, no caso de infração a lei penal, seriam irresponsáveis, mas ocorreria processo para apurar o fato, podendo ocorrer à aplicação de medidas de assistência que em alguns casos cerceavam a liberdade. Os menores com idade entre dezesseis e dezoito anos poderiam ser responsabilizados penalmente sofrendo as penas cominadas no Código Penal, mas com redução de um terço nas penas privativas de liberdade previstas para o adulto. Deveria o menor preso ficar em estabelecimento especial ou separado dos presos maiores, no caso de sua prisão em presídio comum.

Posteriormente, em 1940, fora sancionado um novo Código Penal que só entraria em vigor no dia 1º de janeiro de 1942. Por tal dispositivo tornou-se evidente a irresponsabilização do menor de dezoito anos conforme previsto em seu artigo vinte e três: “Os menores de dezoito anos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.

O novo estatuto modificou o critério que vinha consagrado anteriormente, critério biopsicológico baseado no discernimento, para adoção do critério biológico, baseado na idade biológica. Consistia este, apenas na verificação da idade do menor, se não tivesse completado dezoito anos, não se estaria sujeito ao Código Penal.

Já em 1969, com o Decreto-Lei nº1004/69 novas modificações foram idealizadas. Em seu artigo trinta e três consagrou-se à volta do critério bio-psicológico possibilitando impor sanção penal aos menores com idade entre dezesseis e dezoito anos, desde que tal menor pudesse entender o caráter ilícito do ato praticado ou tivesse possibilidade de se portar de acordo com este entendimento.

No entanto, este diploma legislativo não chegou a entrar em vigência, tendo apenas vivenciado o período de "*Vacatio Legis*". Portanto, mantém-se o entendimento do critério biológico trazido pelo Código Penal de 1940.

Atualmente, nossa norma ápice preceitua que a maioria penal será obtida quando for atingida a idade de dezoito anos, conforme artigo 228 da Constituição Federal. Por simetria e congruência, nosso Código Penal prevê em seu artigo 27 a mesma disposição. Convém ainda mencionar idêntica previsão no artigo 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Sendo assim nosso arcabouço jurídico vigente determina a adoção do critério biológico para a imputabilidade penal, consagrando como inimputáveis todos menores de dezoito anos independente de qualquer outra avaliação.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

3.1 Conceito

Nossa atual Constituição Federal trouxe princípios que norteiam, limitam e interpretam toda criação e aplicação de normas jurídicas.

Esses princípios podem regular tanto matérias constitucionalmente relevantes, valendo para todos ramos do direito, como também matérias especificadamente penais, trazendo conteúdos típicos de Direito Penal. Nesse último caso, configuram-se os chamados princípios constitucionais penais.

Os princípios constitucionais penais são definidos como o conjunto de princípios dispostos constitucionalmente que apresentam conteúdos próprios e típicos do direito penal, determinando a produção, características e execução de normas penais.

Na essência são princípios de direito penal, mas que, por estarem previstos em nossa Lei Maior, ganham alto grau de importância à medida que subordinam todo arcabouço jurídico penal infraconstitucional.

Desta relação entre Constituição e Direito penal serão vistos os principais princípios constitucionais penais.

3.2 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade está previsto tanto na Constituição Federal vigente, como também na Declaração Universal dos Direitos Homem, de 10 de dezembro de 1948. A primeira o prevê em seu artigo 5º, inciso XXXIX, trazendo que “não há crime sem anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Já o segundo expressamente convencionada:

Ninguém será condenado por atos ou omissões que no momento em que se cometerem não forem crimes segundo o Direito nacional ou internacional. Tampouco se imporá pena mais grave que a aplicável no momento da comissão do delito.

Esse princípio limita o poder do Estado de interferir nas liberdades individuais de seus cidadãos visando também aniquilar a insegurança jurídica e os métodos despóticos de governo e administração estatal.

Ele se divide em três postulados: o da reserva legal, da determinação taxativa e da irretroatividade da lei penal mais grave.

O postulado da reserva legal ensina, em sua essência, que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. É o que explica Francisco de Assis Toledo (1994, p. 21): “[...] nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por lei o tipo delitivo e a pena respectiva.”

Tem-se aqui a tradução do princípio latino “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, além de uma garantia indispensável ao Estado Democrático de Direito.

Já o segundo corolário do princípio da legalidade é o da determinação taxativa. Preocupa-se com o entendimento e compreensão da norma penal ao exigir que esta deva ser clara, certa e precisa. O legislador fica limitado a não produzir tipos penais equivocados, vagos e ambíguos, evitando interpretações diversas e o subjetivismo de um mesmo dispositivo.

O terceiro postulado abordado é o da irretroatividade da lei penal. Significa que a norma aplicada para o caso concreto será a vigente na época do cometimento do fato. Tipificações penais de leis posteriores não podem incidir sobre acontecimentos ocorridos na vigência de leis anteriores, e vice-versa. Sua previsão constitucional se encontra no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal. Cabe salientar que esse postulado pode ser relativizado nas hipóteses em que a lei nova beneficiar o réu, já que nosso ordenamento penal é interpretado, na maioria das vezes, a favor do réu.

3.3 Princípio da Culpabilidade

Culpabilidade é uma característica que se busca atribuir ao autor de um fato típico e antijurídico, na qual, se presente, pode fazê-lo responder pelo ilícito penal.

Ela funciona como fundamento e limite de toda pena. Fundamento porque só permite aplicar a pena se existirem seus requisitos: capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta. Limita, pois exige que a pena obedeça aos limites ou medidas determinados pela própria culpabilidade do agente, levando em consideração outros critérios como o bem jurídico, finalidades preventivas, entre outros.

O princípio da culpabilidade, conforme ensina Luiz Régis Prado (2002, p. 117) é o:

Postulado basilar de que não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*) e de que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade - proporcionalidade na culpabilidade - é uma lídima expressão de justiça material peculiar ao Estado de Direito democrático delimitadora de toda responsabilidade penal.

Em síntese, não há crime sem culpabilidade.

Sua previsão constitucional encontra guarida de forma implícita no artigo 1º, III (dignidade da pessoa humana), além dos artigos 4º, II (prevalência dos direitos humanos) e 5º, *caput*, (inviolabilidade do direito à liberdade e princípio da igualdade), todos da atual Constituição Federal.

3.4 Princípio da Intervenção Mínima.

Dispõe esse princípio que o Direito Penal só esta legitimado a atuar na proteção dos bens jurídicos mais importantes e imprescindíveis a sociedade, desde que os outros ramos do direito não consigam ser eficazes na tutela dos mesmos.

Devido à utilização de sanções que não reparam a situação jurídica provocada pelo ilícito penal e que imputam a privação da liberdade, o Direito Penal é caracterizado por sua atuação restrita a hipóteses de lesões graves a bens jurídicos relevantes. Essa seleção evitou a inflação das penas, além de dar origem ao princípio ora estudado, consolidando o direito penal como “*último ratio*”.

Neste mesmo prisma ratifica-nos Maurício Antônio Ribeiro Lopes e Wilson Donizeti Liberati (2000, p. 76):

O princípio da intervenção mínima opera, pois, uma transformação nos valores abstratamente selecionados para compor o sistema penal, importando um maior rigorismo na eleição das condutas, observando-se o seu grau de gravidade no ambiente social para determinar a valorização do bem jurídico objeto de seu conteúdo. Implica definir o princípio da intervenção mínima como regra de determinação qualitativa abstrata para o processo de tipificação das condutas.

Quanto a sua tipificação constitucional não se tem expressamente, no entanto, é presente sua observância por estar intimamente ligado a outros princípios previstos e as diretrizes do Estado de Direito.

3.5 Princípio da Individualização da Pena.

O princípio da individualização da pena traz em seu bojo a necessidade da reprimenda ser fixada conforme delimitação legal (espécie e qualidade). É previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLVI:

-a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.

Sua aplicação determina a observância das particularidades de cada caso, como suas peculiaridades, características e individualidade. Exige ainda que o julgador defina sua forma de execução.

3.6 Princípio da Humanidade

O princípio da Humanidade é um dos mais importantes dentre os presentes na carta magna. Sua origem denota-se do século XVII e desde então vem sofrendo grande evolução juntamente com as benéficas modificações ocorridas com os valores morais da sociedade.

Com advento do Iluminismo, movimento que retomou os ideais da razão sobre a obscuridade da Idade Média, veio à tona as discussões sobre as ações estatais e seus respectivos limites. O princípio da Legalidade ganhou demasiada força e o Poder do Estado passou a ter que obedecer a leis prévias, certas e determinadas.

Além disso, as sanções começaram a perder o caráter cruel e vexatório assumindo suas novas finalidades de proporção e racionalidade. O ideário da proporção eliminou por conseqüências penas como as de morte e perpétuas por serem contrárias ao senso humanitário.

Para Luiz Régis Prado (2002, p. 123):

A idéia de humanização das penas criminais tem sido uma reivindicação constante no perpassar evolutivo do Direito Penal. Das penas de morte e corporais, passa-se, de modo progressivo, às penas privativas de liberdade e destas às penas alternativas(ex,: multa, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana). Em um Estado de Direito democrático vedam-se a criação, a aplicação ou a execução de pena, bem como qualquer outra medida que atentar contra a *dignidade humana* (v.g. tratamento desumano ou degradante).

A humanização, portanto, venceu seu caráter utópico para agora, de fato, ser observada e aplicada. O respeito aos direitos naturais do homem se transformaram em normas universais que buscam influenciar todos arcahouços jurídicos vigentes. Na legislação pátria, esse conjunto de regras e mandamentos que envolvem os direitos e deveres de qualquer ser humano acabaram por consolidar nossa aderência ao princípio da humanidade. Em matéria penal sua previsão expressa em dispositivos constitucionais e infraconstitucionais encontra guarida principalmente na Constituição Federal e na lei de Execuções Penais.

A primeira o explicitou através de normas proibitivas que restringem a utilização do Direito penal de forma inquisitiva ou com tratamentos desumanos. Logo no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal foi previsto a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Soma-se a isso alguns incisos do artigo 5º que salvaguardaram o aludido princípio:

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

Já a Lei de execuções penais também reforça a posição anterior em seu artigo 3º e parágrafo único, respectivamente:

Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Do expressamente exposto, extrai-se um conjunto de normas que permitiram a harmonia entre institutos com funções consideradas divergentes, sendo eles o princípio da humanização e o direito penal. Por um lado o Estado não deixou de punir aqueles que atentam contra regras impostas para uma pacífica convivência humana, e por outro não deixou de observar nessa punição as diretrizes humanas das penas e suas finalidades de reeducação, retribuição e ressocialização.

Em resumo, pode-se delimitar o princípio da humanidade como aquele que reconhece o condenado como ser humano e sob esta condição é que deve ser tratado.

3.7 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Com advento do cristianismo mudanças na forma com que o homem visualizava e valorava o próprio homem acabaram por ocorrer. O ser humano passou a ser visto como categoria espiritual, tendo fins absolutos e direitos fundamentais, e por isso, um ser com dignidade. Embora tenha ocorrido tal avanço somente após a 2ª Guerra Mundial é que a dignidade foi destacada de forma completa e como valor supremo.

As atrocidades anteriormente cometidas por governos despóticos e a política nazista de extermínio serviram de estopim para implementação da dignidade da pessoa humana como fundamento nas legislações pós-guerra.

Um exemplo disso seria a própria Constituição Federal da Alemanha Ocidental do pós-guerra que traz no seu artigo de abertura que:

A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

Já no Brasil a Constituição Federal de 1988 dispôs em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

Essa dignidade constitui princípio absoluto e máximo de todo ordenamento jurídico brasileiro, exigindo que todas as normas estejam adequadas aos seus parâmetros sob pena de serem inconstitucionais. É um princípio supremo de onde emanam os demais princípios constitucionais, e assim, violar qualquer desses últimos, significa violar, conseqüentemente, o princípio reitor da dignidade humana.

O conceito de dignidade é fruto da capacidade do ser humano ser inteligente, livre e capaz de distinguir e escolher. Provém do próprio homem e por isso antecede o juízo axiológico do legislador influenciando, logicamente, toda sua atividade normativa.

Dessa forma é incorreto afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana só foi criado com a promulgação de nossa atual Constituição. Advindo do ser humano, já existia antes de qualquer conjunto de leis, pois esta é criação apenas da atividade intelectual humana. O mérito da Constituição Federal de 1988 foi só reconhecer no texto constitucional a eminência da dignidade como valor ou princípio básico do ordenamento.

Aliás, esse reconhecimento é algo obrigatório, pois, a dignidade humana é um fundamento peculiar de qualquer Estado Democrático de direito.

O princípio da dignidade da pessoa humana é, portanto, aquele que vincula o estado e suas efetivas leis a respeitarem de forma absoluta a identidade e a integridade de todo ser humano.

Todo direito que não respeitar o princípio da dignidade humana não estará buscando a real justiça, e por isso, não merece receber o nome de “direito”.

A dignidade humana é a primeira garantia do povo em qualquer estado de direito, e, ao mesmo tempo, é a última instância de proteção dos direitos e garantias fundamentais aos cidadãos.

Sua tutela abrange um alto número de bens jurídicos servindo até como critério de solução para conflitos envolvendo princípios constitucionais, sopesando em tal oportunidade, a proporcionalidade, além dos direitos e limites dispostos no caso concreto.

Em uma realidade na qual a busca pela democracia e sua real aplicação é prioridade para grande parte do planeta, a dignidade da pessoa humana torna-se um requisito indispensável para esse fim.

4 MOVIMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL

4.1 Considerações Iniciais

A política criminal é o estudo dos meios para se evitar o crime. Atua tanto na prevenção como na repressão da delinqüência, buscando saídas para as ações do Estado nesse sentido. É conceituada conforme Basileu Garcia ([196-], p. 37) da seguinte forma:

A política criminal é conceituada, por muitos autores, como a ciência e a arte dos meios preventivos e repressivos de que o Estado, no seu tríplice papel de Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, dispõe para atingir o fim da luta contra o crime. Como ciência, a Política Criminal firma princípios e, como arte, aplica-os.

Sua origem é dedicada à Itália, no entanto, foi na Alemanha que teve maior desenvolvimento. No seu âmbito de atuação, critica e reforma os pilares jurídicos estatais, além de propor soluções e aperfeiçoamento dos mesmos.

Os movimentos de política criminal consistem nas diversas formas de se interpretar e solucionar a problemática criminal. Podem ser divididos em três grandes grupos, sendo eles: movimento da lei e ordem, movimento da novíssima defesa social, e movimento da política criminal alternativa.

4.2 Movimento da Lei e Ordem

Com a recente reiteração de fatos criminosos cruéis e bárbaros ocorridos nos mais diversos setores da sociedade uma explicação que recebe confiabilidade por muitos é a de que esses acontecimentos são frutos de leis penais

muito benignas e de um ordenamento jurídico brando, que traz como conseqüência o clima de insegurança com que inúmeras pessoas convivem.

Esse movimento entende que a sociedade é dividida em seres humanos bons e maus. Para manter a pacificação social e controlar os homens maus, ele defende a utilização de leis severas, com aplicação de penas privativas de liberdade caracterizadas pela longevidade. Destaca-se o caráter repressor da solução que é visto como única forma de diminuição da criminalidade.

A aludida severidade das penas serviria como consolo e sentimento de justiça às vítimas, acrescentando-se a neutralização e intimidação dos seres criminosos. É por isso que os gastos com penitenciárias de segurança máxima são justificados. Os crimes mais graves merecem ser respondidos à altura e o regime de rigor e dureza como o anterior seria a resposta perfeita.

Nesse contexto, ainda é defendido a diminuição da competência dos Juízes das Varas das Execuções Criminais e uma maior concessão de poder aos diretores das penitenciárias, como ocorre por exemplo, em vários estados dos Estados Unidos.

Um exemplo de sua ocorrência no Brasil seria com a promulgação da Lei 8.072 de 1990 que veiculou maior rigor no cumprimento de penas nas hipóteses de crimes hediondos.

4.3 Movimento da Novíssima Defesa Social

É o segundo grande grupo dos movimentos de política criminal. Sua criação se deve a Filippo Gramatica, professor italiano. O momento histórico de sua aparição é atribuído à década de 1940, logo após a segunda guerra mundial.

Em 1945, Gramatica cria o Centro de Estudos de Defesa Social, vindo posteriormente, também a ocorrer o 1º e 2º Congresso Internacional de Defesa Social. Com a publicidade dos eventos e o aumento dos adeptos nasce a Sociedade Internacional de Defesa Social e mais à frente as bases do movimento de política criminal tido como a nova defesa social.

Esse movimento, de cunho universal e multidisciplinar, passa a defender a reforma estatal com a revisão de suas estruturas sociais juntamente com a de suas instituições e órgãos jurídico-penais. Sob influencia humanista, argumenta que a prevenção é a melhor solução para a criminalidade e que a função punitiva-retributiva do Direito Penal deva ser extinta. Em resumo, afirma a atuação de um Direito Penal preventivo e protetor da dignidade da pessoa humana.

4.4 Movimento da Política Criminal Alternativa

Parte de um pressuposto fático para desenvolver suas aspirações. Preliminarmente ressalta a divisão econômica social da sociedade em classes. Nesse contexto considera o sistema punitivo como forma de proteção dos interesses e conceitos daqueles que compõe a classe dominante.

O Direito Penal pouco é aplicado para as classes que detém os meios de sua produção, tendo como finalidade regular os atos e modos de vida das outras classes que só podem oferecer sua força de trabalho para sobreviver. É caracterizado, portanto, como seletivo e elitista, atuando somente em favor daqueles que compõe as classes consideradas nobres e, ao mesmo tempo, buscando manter pacíficos e dóceis, através de seu rigor, os componentes das outras classes.

As medidas propostas por esse movimento, conforme Shecaira e Corrêa Junior (2002, p. 144), são as seguintes:

[...] defende-se a abolição da pena privativa de liberdade, sendo este o carro-chefe dos defensores desta Escola. Afirma-se que a prisão é inútil seja como instrumento de controle, seja como meio de promover a reinserção social; enquanto não houver a abolição do sistema penal, deve-se descriminalizar, despenalizar, desjudicializar; paralelamente a essa redução da atividade punitiva do Estado recomenda-se a criminalização de comportamentos que importem danos ao interesse das maiorias: criminalidade econômica, ecológica, crimes contra a saúde pública, segurança do trabalho etc.; todo este trabalho deverá ser feito com apoio maciço da propaganda, não só para denunciar as desigualdades do sistema vigente, como também para obter apoio popular aos métodos e à ideologia da política criminal alternativa.

Com relação à criminalidade atual em nosso país fica difícil a defesa de um ou outro movimento individualmente, considerando a alta variabilidade de condições que originam o crime e as formas com que são praticados.

O certo é que, no estágio em que o Brasil se encontra, não se pode simplesmente abolir o Direito Penal ou somente criminalizar bens jurídicos metaindividuais ou comportamentos que tragam danos à maioria dos cidadãos. Ainda é dado valor supremo à liberdade e a outros direitos individuais garantidos no artigo 5º da Constituição Federal. Por isso a solução para a política criminal brasileira neste início de século seria flertar com opções diversas de cada movimento desde que sejam necessários à pacificação social.

Não se pode deixar de lado o rigor das penas preconizado pelo movimento da lei e da ordem. Alguns bens jurídicos importantes não podem sofrer os ataques cada vez mais violentos que vem recebendo. Nesse contexto a severidade das medidas privativas de liberdade não pode ser abolida, já que, caso contrário, se contribuiria com a impunidade e estímulo para praticas análogas.

De forma conjunta, ações de prevenção devem ser estimuladas e fortalecidas para a diminuição da delinqüência. Um direito penal cada vez menos repressivo, e protetor da dignidade da pessoa humana deve ser buscado à medida que se torne menos violenta a sociedade. Quando se chegar ao patamar da erradicação de práticas criminosas cruéis e violentas não há dúvida que o movimento da nova defesa social terá um maior apoio e ganhará mais espaço.

Uma maior valorização dos bens jurídicos metaindividuais, necessários para a própria existência da raça humana, deve ser feita com a criminalização de ações que atentem contra eles. E nesse sentido influi fortemente o movimento de política criminal alternativa. Cada nação possui seu grau de desenvolvimento e, por isso, deve se valer do rol de soluções para a criminalidade preconizados pelos movimentos de política criminal. Como dito, não é necessário se adequar a um ou outro movimento específico, mas sim, analisar e usufruir suas medidas dando ênfase as mais bem recomendadas para as peculiaridades criminais de cada país.

5 IMPUTABILIDADE PENAL

5.1 Conceito

A imputabilidade penal é vista como requisito essencial sem o qual não há responsabilidade criminal. Ela determina quando uma conduta ilícita pode ser atribuída a um agente, levando em consideração as condições pessoais desse último.

É de notório conhecimento que o homem é um ser capaz e inteligente com liberdade em suas escolhas e ações. Logo é possível lhe atribuir responsabilidade pelos atos legalmente reprováveis que tenha praticado. Essa atribuição configura a imputação que por lógica origina a imputabilidade.

A imputabilidade penal pode ser conceituada como o conjunto de condições de sanidade mental e maturidade de um agente que lhe confere capacidade para compreender o caráter ilícito de seu ato e determinar-se conforme esse entendimento.

É o que afirma Damásio Evangelista de Jesus(1993, p. 409):

Imputar é atribuir a alguém a responsabilidade de alguma coisa. Imputabilidade penal é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível.

Essa capacidade pode ser *cognoscitiva* ou *intelectiva*(capacidade de compreender a ilicitude do fato) e *volitivo* ou de determinação de vontade(agir conforme essa compreensão). Presente as duas, o agente será imputável e já existirá indícios da existência da culpabilidade.

Para a doutrina tradicional o crime é verificado por três pilares, sendo eles, o fato típico, antijurídico e culpável. A culpabilidade, que é a reprovabilidade da

conduta típica e antijurídica, será sempre excluída se o agente não for imputável. Portanto, se ausente a imputabilidade não haverá culpabilidade e por consequência estará desconfigurado o próprio crime.

O Código Penal italiano em seu artigo 85, diz ser imputável aquele que tem capacidade de entender e de querer. Nossa legislação, em *contrário sensu*, tomou posição diversa definindo os casos de inimputabilidade.

Dispõe o artigo 26, *caput*, do Código Penal Brasileiro:

É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Na literalidade do artigo, inimputável será aquele que, por anomalia mental, é incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se conforme esse entendimento.

Além dos casos de doença mental e desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior, descrita no artigo 28, §1º, do Código Penal, também é causa de exclusão da imputabilidade. Qualquer uma dessas causas somado a incapacidade de entender e querer por elas trazido culminará na inimputabilidade.

Ao ser analisada a disposição do ordenamento pátrio, observa-se que a imputabilidade é à regra, pois só se qualifica alguém como inimputável nas hipóteses taxativamente previstas em lei.

Com relação à inimputabilidade pela menoridade, esta se enquadra na expressão “desenvolvimento mental incompleto” do referido artigo 26. O artigo 27, do mesmo diploma legislativo, esclarece ser os menores de dezoito anos penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

A doutrina especifica três critérios diversos que buscam aferir a imputabilidade. Atualmente, para o caso da menoridade, adota-se o critério biológico no qual a idade biológica é a única questão a ser avaliada.

5.2 Critérios Determinantes da Imputabilidade

Os três critérios para aferição da imputabilidade são: o psicológico, o biopsicológico e o biológico. Cada um deles será analisado individualmente conforme abaixo se dispõe.

5.2.1 Critério psicológico

O critério psicológico busca verificar a imputabilidade ou inimputabilidade de uma pessoa através da análise de suas condições psicológicas na época do fato.

A exclusão da imputabilidade e conseqüentemente da responsabilidade, ocorrerá se, ao tempo do crime, estava abolido no agente sua faculdade de apreciar um ato como criminoso e de determinar-se de acordo com essa compreensão.

O enfoque principal para esse critério recai sobre as condições psíquicas do acusado no momento da ação, sendo irrelevante qualquer consideração sobre a existência de doença mental ou distúrbio patológico.

Sua origem provém do Código Canônico que dispunha: "*delicti sunt incapaces qui actu carent usu rationes*". No Brasil foi adotado durante a vigência do Código do Império de 1830 que trazia em seu artigo 10:

Também não se julgarão criminosos:

§2º Os loucos de todo gênero, salvo se tiverem lúcido intervallos e nelles commetteram o crime.

Outros Códigos Penais como o da Áustria (1852), da Espanha (1848), e de Portugal (1886), também adotaram esse sistema.

5.2.2 Critério biológico

O critério biológico ensina que para se considerar a inimputabilidade de uma pessoa basta que ela sofra de uma anomalia mental. Pouco importa se essa anomalia trouxe perturbação que retire do agente sua inteligência e vontade no instante do fato.

A responsabilidade fica condicionada a saúde mental, de forma que, qualquer agente será qualificado como irresponsável ou inimputável com a mera existência de enfermidade ou grave deficiência mental. Não é realizada qualquer indagação psicológica posterior.

O raciocínio que justifica esse critério explica que a simples constatação da doença mental, do desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ou da embriaguez completa fruto de caso fortuito ou força maior, presume o comprometimento da capacidade de compreender o crime e de determinar a vontade.

É originário do Código francês de 1810 que adotava em seu artigo 64:

Não há crime nem delito, quando o agente estiver em estado de demência ao tempo da ação.

Muitos o criticam dizendo ser um critério falho ao permitir que se deixe impune quem tem entendimento e capacidade de determinação apesar de sofrer de doença mental.

Embora haja tal posição, ainda hoje é aplicado podendo se citar como exemplo a própria legislação brasileira referente à menoridade penal.

5.2.3 Critério biopsicológico

É o último dos critérios. Define como inimputável todo aquele que em razão de enfermidade ou retardamento mental era, ao momento da ação, incapaz de entendimento ético jurídico e de auto determinar-se.

Considerado a reunião dos métodos anteriores (biológico e psicológico), exige de maneira conjunta à existência de anomalias mentais e da total incapacidade de entendimento.

Mais especificadamente, distingue o imputável do inimputável com a seguinte análise: primeiro verifica-se a existência de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, se presente continua a análise, se não presente será imputável; em segundo será observado se o agente tinha capacidade de entender o caráter ilícito do fato, se sim, mantém a análise, se não, será inimputável; e por último será levado em conta a possibilidade do indivíduo determinar-se conforme esse entendimento (entendimento do caráter ilícito do fato), se puder será imputável, caso contrário, será inimputável.

Nos dias atuais é o critério acolhido pela maioria das legislações penais, podendo ser citado como exemplo o Código Penal Italiano, que o adotou em seu artigo 20, o código penal Alemão, que o adotou em ser artigo 20 e 21, e também o Código Penal de Portugal que o adotou em seu artigo 20.

No Brasil, nossa legislação acolhe esse critério no artigo 26 do Código penal. A base biológica que compreende, a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto ou retardado e a embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior encontra-se nos artigos 26 e 28, §1º. Já a base psicológica que se refere à incapacidade do agente de entender o caráter ilícito do fato e de determinação conforme esse entendimento, está presente também no artigo 26 citado.

Insta salientar que, apesar do método biopsicológico ser o adotado pelas leis brasileiras, ele não prevalecerá na aferição da imputabilidade dos menores de dezoito anos. Nessa hipótese, de maneira peculiar, foi adotado o critério biológico

sendo todo menor apontado como inimputável simplesmente por sua idade biológica. É o único caso em que a imputabilidade é determinada por mera presunção.

5.3 Semi-Imputabilidade

A semi-imputabilidade consiste na diminuição ou redução da capacidade pessoal de conhecer o caráter ilícito do fato ou de determinar-se conforme esse conhecimento causados por perturbação mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

É a chamada área intermediária ou zona cinzenta por se encontrar entre a imputabilidade e inimputabilidade plenas. A perfeita saúde mental, bem como a completa insanidade, são bem delimitados e conceituados com elementos próprios. No entanto há situações em que a qualificação mental de um indivíduo não se enquadra em nenhuma dessas hipóteses por se encontrar ele com capacidade de compreensão e auto-determinação reduzidos. Para esses casos é que ocorrerá a semi-imputabilidade.

O artigo 26, § único do Código penal, prevê a delimitação e conseqüências da semi-imputabilidade:

Art. 26 [...]

Parágrafo Único. A pena pode ser reduzida de 1(um) a 2/3(dois terços) se o agente, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O fato de uma pessoa ser semi-imputável não exclui a responsabilidade por completo como ocorre com os inimputáveis. A lei prevê para esses casos uma causa especial de diminuição de pena conforme o parágrafo único acima descrito.

A explicação dessa redução se encontra no ponto de que o semi-imputável para chegar ao conhecimento e autodeterminação do imputável, necessita de grande esforço, logo, sua conduta deve ser menos reprovável comparada com a de qualquer pessoa portadora de imputabilidade completa.

Na verdade se reduz a responsabilidade proporcionalmente a redução da culpabilidade que é algo inafastável do semi-imputável devido a sua pouca noção do que faz.

Essa redução da pena não é a única solução legalmente aplicável ao semi-imputável. A legislação pátria adotou o sistema vicariante onde se deve aplicar ou uma pena com a redução legal, ou a medida de segurança.

O artigo 28 do Código Penal prevê a substituição da pena por medida de segurança sempre que o condenado precisar de especial tratamento curativo. Essa verificação se dará apenas com um laudo de insanidade mental que assim recomendar.

Já na aplicação da pena diminuída, sua quantificação deverá levar em conta o grau de diminuição da capacidade de autodeterminação do agente. Assim é possível fixar a pena dentre os limites de redução estabelecidos no artigo 26, § único do Código penal que são de 1 a 2/3.

Por fim ressalte-se que ficará a faculdade do juiz, analisando o caso concreto, aplicar uma ou outra medida. A semi-imputabilidade é uma qualificação autônoma que evita os prejuízos trazidos caso só existam as outras duas classificações. Sua utilização não exclui a responsabilidade daquele que um crime praticou, mas apenas, busca de forma clara e honesta eliminar a impunidade e os excessos que a incorreta aplicação da pena poderia proporcionar.

5.4 Inimputabilidade X impunidade

Nos dias atuais, muito se discute a previsão legal da inimputabilidade aos menores de dezoito anos devido ao crescente número de atos infracionais graves perpetrados pelos mesmos.

É sabido que, independentemente da tamanha crueldade empregada, o menor pode sofrer no máximo uma medida sócio-educativa de internação, por um período de três anos (artigo 121, §3º, da lei 8069/1990), o que provoca manifestações de ampla magnitude em toda sociedade.

Nesse contexto é dissipado um senso de impunidade que pouco a pouco vai sendo ligado à inimizabilidade.

Impunidade e inimizabilidade têm significados e sentidos diversos. A primeira, segundo Aires da Mata Machado Filho (1977, p. 614) significa “falta de castigo devido, estado de impune”. Já a segunda, como anteriormente visto, é uma das causas de exclusão da culpabilidade e do próprio crime, que tem como consequência a irresponsabilidade penal.

Literalmente e legalmente são palavras diferentes. Isso se dá porque o menor infrator, apesar de não possuir responsabilidade criminal, está sujeito às medidas impostas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8.069 de 1990.

O artigo 112, da lei 8.069 de 1990, dispõe sobre todas as medidas sócio-educativas que podem ser aplicadas ao menor infrator. Esse rol taxativo embasa o posicionamento de que a inimizabilidade dos menores de dezoito anos não acarreta em nenhum momento qualquer ensejo de impunidade. Os atos infracionais são respondidos pelo Estado que utiliza das medidas sócio-educativas como forma de reeducação e recuperação do menor. Há uma avançada ideologia que visa não denegrir o jovem infrator, mas sim, trazê-lo devolta ao caminho correto da honestidade, aplicando ações com expectativas de melhor retorno que a sanção penal.

Embora exista essa vertente a lei não deve ser interpretada apenas na sua concepção literal. Sua efetiva aplicação, além da forma como a sociedade reage a ela, são fatores sempre inafastáveis a qualquer análise.

Como já mencionado, é de conhecimento de todos que o número de atos infracionais e a gravidade com que são cometidos tem aumentado freqüentemente. A estrutura que o Estado dispõe para a recuperação do jovem infrator é pequena e carente de investimentos em suas necessidades básicas. E, ainda, a quantidade de jovens infratores reincidentes é fator a não se descartar.

A conjunção desses fatores acaba por propiciar situações em que os adolescentes infratores, mesmo após terem praticado atos infracionais, sejam soltos mediante mera assinatura de um termo de compromisso. A ausência de estabelecimentos especiais em muitas regiões inviabiliza vários casos de internações necessárias. Esses menores que deveriam ser internados, normalmente, são os que cometeram os atos infracionais mais graves, e diante disso, seu retorno às ruas, condena o sistema com uma impunidade instituída.

Nesta senda, é impossível a desvinculação dos termos impunidade e inimputabilidade. Enquanto não houver a reestruturação de todo sistema para a real aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente com a implantação de medidas sócio-educativas mais enérgicas para os casos de maior gravidade, esse binômio imputabilidade-impunidade não saíra de cena. É um desafio grande a ser solucionado considerando as dimensões desse enorme país, porém, com a união das classes sociais e a boa vontade dos governantes não há problema que o Brasil não seja capaz suficientemente para encontrar a solução.

6 MENORIDADE PENAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO ESTATAL

6.1 A Menoridade e a Constituição Federal

Os direitos das crianças e dos adolescentes se encontram de forma diferenciada esculpidos dentro do Título VIII, Capítulo VII, da Constituição Federal. Essa previsão legal seguiu a tendência internacional disposta no artigo 1º da Convenção dos Direitos da Criança que a define como todo ser humano com menos de dezoito anos.

Apesar disso, a aludida Convenção nada fixou a respeito da inimputabilidade penal. É errôneo o pensamento de que ao ser estabelecido quem é criança também se estabelece quem é inimputável. A classificação trazida não se relaciona com a inimputabilidade penal, tanto que, a própria Convenção dos Direitos da Criança permite a aplicação de penas privativas de liberdade, desde que previstas em lei.

Assim menciona o artigo 37 da 1ª Convenção dos Direitos da Criança:

Artigo 37 – Os Estados-partes assegurarão que:

Nenhuma criança seja submetida a tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não será imposta a pena de morte, nem a prisão perpétua, sem possibilidade de livramento, por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade.

Nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança, será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado.

Toda criança privada da liberdade seja tratada com humildade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada de adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais.

Toda criança privada sua liberdade tenha direito a rápido acesso a assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada, bem como direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante um

tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial e a uma rápida decisão a respeito de tal ação. (grifo nosso).

Analisando o mesmo caso em destaque, convém ressaltar as palavras de Alexandre de Moraes (2005, p. 2175 e 2176):

O fato de constitucionalmente prever-se como criança o ser humano com menos de 18 anos, não necessariamente obriga que a imputabilidade penal seja reconhecida somente após essa idade. Assim, por exemplo, a Constituição espanhola que se compatibiliza com a citada Convenção em seu artigo 12, estabelece que “los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”. Tal precisão, como já decidiu o Supremo Tribunal Constitucional espanhol, não impede que os Estados signatários estabeleçam legalmente uma idade abaixo dos 18 anos em que possa reconhecer a imputabilidade penal, havendo, portanto, plena possibilidade constitucional de se submeter a jurisdição penal alguém com menos de 18 anos, desde que previsto expressamente em lei.

Na verdade foram consolidados inúmeros direitos à criança sem, contudo, trazer qualquer menção a inimputabilidade penal. Diante disso, ficou a mercê dos Estados determiná-la.

O Brasil acatou os ditames da 1ª Convenção dos Direitos da Criança ratificando-a em 24 de setembro de 1990. Em texto constitucional foram dispostos vários direitos e garantias às crianças e aos adolescentes com destaque para os artigos 227, 228 e 229. Mais especificadamente com relação à inimputabilidade penal, o mencionado artigo 228 foi categórico ao expressar a posição pátria:

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

Nossa nação aderiu ao critério biológico para aferição da inimputabilidade penal, sendo a idade de 18 anos o termo inicial para a responsabilidade penal. Pela importância da matéria foi-lhe dado tratamento especialíssimo tanto que a própria Constituição Federal acabou por regulamentá-la. Por conseqüência é hoje impossível qualquer legislação infraconstitucional delimitar responsabilidade no âmbito penal para o menor de dezoito anos.

O Código Penal em seu artigo 27 e o Estatuto da Criança e do adolescente, lei 8.069 de 1990, em seu artigo 104, respeitaram a simetria prevendo a inimputabilidade dos menores de dezoito anos na forma fixada pela Lei Maior.

6.2 A Menoridade e o Código Penal

O Código Penal destacou em seu artigo 27 a inimputabilidade dos menores de dezoito anos, assim dizendo:

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

Essa regra que adveio com o Código Penal de 1940 ganhou amparo constitucional com o artigo 228 da atual Constituição Federal.

Conforme dito anteriormente, há aqui a inimputabilidade absoluta por presunção. Embora possa ter o menor capacidade plena para compreender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento, o critério biológico da idade o torna inimputável.

Comprova-nos Júlio Fabbrini Mirabete e Renato M. Fabbrini (2006, p. 214) ao se referirem ao artigo 27 do Código Penal:

Adotou-se no dispositivo um critério puramente biológico (idade do autor do fato) não se levando em conta o desenvolvimento mental do menor que não está sujeito a sanção penal ainda que plenamente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Trata-se de uma presunção absoluta de inimputabilidade que faz com que o menor seja considerado como tendo desenvolvimento mental incompleto em decorrência de um critério de política criminal. Implicitamente, a lei estabelece que o menor de 18 anos não é capaz de entender as normas da vida social e agir conforme esse entendimento.

A maioria penal deve ser constatada a partir do instante em que o agente completa dezoito anos. Os primeiros minutos dessa data são suficientes para

tal, pouco importando a hora efetiva que tenha ocorrido seu nascimento. Essa imposição é fruto de entendimento jurisprudencial e vêm sendo aplicado de forma esmagadora como abaixo se demonstra:

Considera-se penalmente responsável o agente que pratica a infração no preciso dia em que completa seu 18º aniversário.”(Tacrím SP-AC- Rel. Adauto Suannes – Jutacrím 67/485 e RT 554/356).

A responsabilidade penal surge à zero hora do dia correspondente ao 18º aniversário. É que na contagem dos prazos previstos pelo Código penal, levam-se em conta os dias, meses e anos, e não as horas. Assim, não se isenta o agente de responsabilidade penal o fato de cometer crime no dia de seu 18º aniversário em horário anterior a ser nascimento. (Tacrím – AC – Rel. Silva Pinto – BMJ 84/14).

A prova da menoridade deve ser feita por certidão do termo do registro civil. Isto ocorre porque se impõe no Processo Penal restrições à prova estabelecidas na lei civil quanto ao estado das pessoas (artigo 155 do Código de Processo Penal). Se inexistir prova documental é possível à realização de exame pericial especializado.

Sobre a utilização de outro documento, sumulou o STJ:

Súmula 74. Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil.

Ainda neste ponto, é destacável que, na dúvida insanável sobre a realidade do agente, deve ser aplicado o princípio do *in dubio pro réu*, absolvendo-o.

O momento competente para se avaliar a imputabilidade é o instante em que se dá a ação ou omissão de um fato típico, segundo o que ensina o artigo 4º do Código Penal. Irrelevante será sua consumação, exemplificando-se com o caso do agente que realiza a conduta ilegal sendo menor de idade e esta vem se consumir no tempo de sua maioridade. Não haverá nenhuma responsabilidade penal a ser verificada. Isso não prevalece se o crime for permanente ou habitual, onde haverá o prolongamento da ação ou omissão típica até a maioridade plena.

Por fim, ressalta a segunda parte do artigo 27 do Código Penal que ficam os menores de dezoito anos sujeitos às normas da legislação especial. Essa legislação é o Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8.069 de 1990, mais conhecido como “ECA”, que será, logo abaixo, analisado.

6.3 A Menoridade e o Estatuto da Criança e do Adolescente

A lei 8.069, de 13 de fevereiro de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, significou uma profunda transformação na forma legal de se lidar com os jovens. Regulamentou o artigo 227 da Constituição Federal, além de se pautar nos princípios constitucionais para garantir a proteção das crianças e dos adolescentes.

A terminologia “menor”, do antigo Código de Menores de 1979, foi substituída por “criança e adolescente”, sendo os últimos todos aqueles com menos de dezoito anos. Mais especificadamente, no artigo 2º do ECA, criança é todo aquele com idade até doze anos incompletos, enquanto que, adolescente, é todo jovem com idade entre doze e dezoito anos incompletos.

Sua nova visão permitiu que todos menores de dezoito anos fossem considerados sujeitos com direitos e obrigações. Houve uma mudança de paradigma passando a criança de mero objeto de medidas judiciais e assistenciais para ser um “sujeito de direitos”. É claro que essa condição de igualdade com o maior de idade veio com muitas peculiaridades já que as crianças e adolescentes, pelo estado natural de pessoa em desenvolvimento, gozam de cuidados e medidas especiais, entre elas o princípio da prioridade absoluta.

Sobre esse ponto discorre Wilson Donizeti Liberati (2003, p. 35 e 36):

Estabelecer a garantia de direitos a partir de uma condição especial de um sujeito – no caso, a criança e o adolescente – foi uma das principais conquistas do direito infanto-juvenil. Essa especial condição, para Antônio Carlos Gomes da Costa (1992, p. 25) significa que ‘eles, além de todos os direitos de que disfrutavam os adultos e que sejam aplicáveis à sua idade, têm ainda, direitos especiais decorrentes do fato de que: a criança e o adolescente ainda não tem acesso ao conhecimento pleno de seus direitos,

frente às omissões e transgressões capazes de violá-los, não contam com meios próprios, para arcar com a satisfação de suas necessidades básicas; por se tratar de seres em pleno desenvolvimento físico, emocional, cognitivo e sócio-cultural, a criança e o adolescente não podem responder pelo cumprimento das leis e demais deveres e obrigações inerentes à cidadania da mesma forma que os adultos’.

Essa modificação ainda trouxe alterações que atingiram outros parâmetros do antigo Código de Menores. O assistencialismo que havia presente acabou substituído por uma nova proposta de trabalho sócio-educativo. Medidas de proteção e medidas sócio-educativas reafirmaram o novo ideário de recuperação do menor. Não se visou mais punir, mais sim, reeducar, trazendo o jovem devolta a sociedade com os valores renovados. Direitos como o devido processo legal também foram previstos.

As ações dispostas pelo ECA, lei 8.069 de 1990, acabaram por se dividir em três grandes grupos: a) ações de política social básica, que cuida dos direitos de todos e dos deveres do Estado, destacando a saúde, educação, lazer, entre outros; b) as ações políticas assistenciais, com o fim de colaborar com os que dela precisem, como exemplo a complementação alimentar e programas de capacitação e iniciação ao trabalho; c) políticas de proteção especial, que atende crianças e adolescentes em circunstâncias difíceis, por suas condutas ou omissões de terceiros.

Outra inovação trazida é a possibilidade de participação da sociedade civil, por meio de suas organizações administrativas, na elaboração das ações e políticas voltadas ao menor, como também de seu controle e fiscalização. Para uma melhor performance, essas organizações se dividiram em níveis federal, estadual e municipal.

Por tudo que foi mencionado, pode-se ter uma idéia da dimensão de modificações promovidas pela nova lei (8.069 de 1990). Dentro dela, princípios como o da prioridade absoluta e da proteção integral destacam-se pela função de alicerce dos direitos juvenis. As novas medidas protetivas e sócio-educativas brotam como uma nova perspectiva de recuperação para os menores infratores. E sobre todos esses últimos passar-se-á a discorrer.

6.3.1 Princípio da Absoluta Prioridade

O princípio da absoluta prioridade já vem com previsão no próprio artigo 3º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, que estabelece:

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse superior da criança.

Diante de seu amplo campo de atuação e exigência esse princípio significa a primazia no atendimento das crianças e adolescentes sobre todos os outros direitos.

Sua aplicação não fere o princípio da isonomia, pois a própria Constituição Federal busca a igualdade através do tratamento desigual aos desiguais nas medidas de suas desigualdades. Não é lícito tratar igualmente os desiguais e por isso o princípio da prioridade absoluta é medida de rigor na equiparação constitucional. Os menores de idade se encontram em condição especial de desenvolvimento e por isso a lei os compensa com a prioridade absoluta.

A previsão expressa desse princípio advém do artigo 4º, § único, do ECA, que nos diz:

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 de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;

c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;

d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (grifo nosso).

Esse rol não é taxativo tendo caráter meramente exemplificativo. Há previsão de apenas algumas prioridades que juntas configuram o mínimo que se exige para garantia de preferência à infância e juventude.

O cuidado legalmente demonstrado com a absoluta prioridade reitera a importância desse princípio e a necessidade dele ser respeitado como forma de obediência à própria Constituição Federal e de preservação a criança e ao adolescente.

6.3.2 Princípio da Proteção Integral

A origem do princípio da proteção integral denota-se da Declaração de Genebra, de 26 de março de 1924, onde foi determinado “a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial”. Posteriormente, é também matéria presente em outros documentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e a Constituição Americana sobre Direitos Humanos, de 1969.

Na legislação pátria é previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, e na lei 8.069 de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, de seu artigo 1º ao 6º.

Todos esses artigos, em resumo, conceituam o aludido princípio, ao afirmarem ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de salvaguardá-los de toda espécie de opressão, crueldade, violência, exploração, discriminação e negligência.

A consagração do princípio da prioridade absoluta serviu de novo parâmetro para a interpretação do direito infanto-adolescente. As crianças e adolescentes são agora considerados sujeitos de direitos, descartando o antigo conteúdo discriminatório da doutrina da situação irregular, antes vigente.

A condição de pleno desenvolvimento em que se encontra os menores de dezoito anos justifica o privilégio da proteção integral legalmente estabelecida. É por isso que esse princípio é aquele que garante a todas crianças e adolescentes, sem distinção, os direitos concedidos aos adultos desde que aplicáveis a sua respectiva idade, acrescentando ainda uma parcela de direitos especiais por sua peculiar condição humana.

6.4 O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Ato Infracional

Diante da adesão legal ao princípio da proteção integral, em conjunto com outros direitos e garantias previstos pelo “Estatuto da Criança e do adolescente”, os menores de dezoito anos acabaram beneficiados com direitos materiais e processuais existentes para os adultos, desde que aplicáveis a sua condição especial.

Conforme visto anteriormente, a lei trata os menores de dezoito anos como pessoas inimputáveis no âmbito penal, não podendo cometer crimes e contravenções penais. A ausência de responsabilização criminal persiste por se aplicar, no caso em epígrafe, as medidas impostas pela lei especial. Essa última é a lei 8.069 de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, conhecido como “ECA”.

Pelo referido Estatuto o menor inimputável comete apenas atos infracionais e, ao invés das penas e sanções, são aplicadas medidas de proteção ou sócio-educativas. O artigo 103 do ECA ressalta a definição de ato infracional: “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.”

A lei penal descreve minuciosamente as condutas ativas e omissivas proibidas. Quando um menor de dezoito anos é autor de uma delas, terá cometido uma conduta estabelecida como crime ou contravenção penal, mas que, por motivos de política criminal, será um ato infracional.

O crime para o Direito Penal é toda conduta, positiva ou negativa, no qual se comina pena. É todo ato que, imputável ao seu autor, é previsto e punido pela lei com uma sanção.

Na opinião de Luiz Régis Prado (2002, p. 207): “[...] o delito vem ser toda ação ou omissão típica, ilícita ou antijurídica e culpável.”

A ação típica quer dizer ser prevista em lei, ou ainda, ser um fato real que a lei proíbe. Antijurídica ou ilícita é o fato que se demonstra contrário ao ordenamento jurídico. E, por fim, a ação culpável é a reprovabilidade pessoal ou omissão típica e antijurídica, onde se analisa o autor do fato e suas condições.

A contravenção penal, de acordo com artigo primeiro da Lei de Introdução ao Código penal, é a “infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou multa”.

Visto o que é crime e contravenção penal torna-se fácil à identificação do ato infracional. Na verdade são mínimas as diferenças entre ato infracional e crime porque tanto um quanto o outro são condutas contrárias ao Direito, sendo espécies de ato ilícito.

Com a conceituação legal do ato infracional tem-se como conseqüência a materialização dos princípios da legalidade ou anterioridade da lei e da tipicidade. Para o primeiro, só há crime se a ação estiver prevista em figura típica penal e esta previsão for anterior ao fato. Especificando para nosso estudo a lei prevê o que é ato infracional e as respectivas medidas de proteção ou sócio-educativas aplicáveis ao menor infrator, logo, para o aludido princípio, só após sua vigência em texto legal e para os fatos ocorridos posteriormente a isso é que poder-se-á qualificar alguém como autor de ato infracional.

Já o princípio da tipicidade é aquele que exige a exata realização da conduta com aquela descrita pela norma penal. O tipo penal é o modelo legal do comportamento proibido. Portanto, o vínculo existente entre ato infracional, crime e contravenção penal, fará com que todo ato produzido por um menor de dezoito anos, que tiver adequação perfeita com a descrição de crime ou contravenção, seja ato infracional.

A garantia trazida por esses princípios é importante para a manutenção dos direitos e deveres dispostos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Se tais princípios são de ampla magnitude para o ordenamento jurídico dos imputáveis, autores de crimes, imagine-se para os imputáveis, menores de dezoito anos, que possuem um tratamento legal especial, sendo autores somente de atos infracionais.

Inclusive para os últimos, a lei 8.069 de 1990, estipulou sua responsabilização no cometimento de atos infracionais. Isto ocorrerá através das medidas de proteção e sócio-educativas dispostas em seus artigos 101 e 112, respectivamente.

As medidas de proteção são aquelas marcadas por sua natureza protetiva e não punitiva. Seu caráter principal é a finalidade educacional, buscando ressocializar o menor infrator. É aplicada nas três hipóteses relacionadas no artigo 98 do ECA, que assim dispõe:

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
- III - em razão de sua conduta.

Os destinatários dessas medidas não são somente as crianças podendo ser endereçadas aos adolescentes. Para o Estatuto, como já foi visto, é considerado criança aqueles com idade até doze anos incompletos, e adolescentes aqueles com idade entre doze anos e dezoito incompletos. A base legal que justifica seu emprego aos adolescentes infratores é o Artigo 98 e o Artigo 112, inciso VII, ambos do referido estatuto.

A lei 8.069, de 1990, em seu artigo 101 prevê em rol exemplificativo as medidas de proteção:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e freqüência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII - abrigo em entidade;

VIII - colocação em família substituta.

Parágrafo único. O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.

Todas elas podem ser utilizadas tanto isoladamente como cumulativamente, dependendo do caso em concreto. Por possuírem natureza administrativa os Conselhos Tutelares podem ordenar sua aplicação em legitimidade concorrente com a Autoridade Judiciária, salvo na hipótese do inciso VIII que compete exclusivamente ao último.

Sobre o assunto esclarece João Batista Costa Saraiva (1999, p. 29):

Estabeleceu o ECA a competência dos Conselhos Tutelares para aplicação das chamadas Medidas de Proteção (reservada a competência concorrente do Juiz de Direito da Infância e da Juventude, que se mantém mesmo já existindo em funcionamento o Conselho Tutelar).

O Conselho Tutelar é um órgão autônomo e permanente que deve estar presente em todos os Municípios. Possui natureza não jurisdicional e tem a finalidade de zelar pelo cumprimento dos direitos e deveres da criança e do adolescente.

Já as medidas sócio-educativas são aquelas previstas para os adolescentes que forem autores de atos infracionais. Possuem natureza sancionatória e punitiva, mas são aplicadas com meios pedagógicos. Sua finalidade é reintegrar o adolescente na sociedade e na família com a reestruturação de seus valores morais e sociais.

O artigo 112 do ECA traz o rol taxativo das medidas sócio-educativas:

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

I - advertência;

II - obrigação de reparar o dano;

III - prestação de serviços à comunidade;

- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semi-liberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

A execução dessas medidas ocorre por métodos sociais, psicológicos, psiquiátricos e, como já mencionado, pedagógicos. As autoridades competentes para ordenar sua aplicação são os Juízes e Promotores da Infância e da Juventude.

Nesse patamar, discorre Munir Cury, entre outros (2002, p. 362 e 363):

Constituem-se na autoridade competente, referida em tal norma, o Juiz e Promotor da Infância e da Juventude (este último somente no pertinente às medidas previstas nos incs. I, II, III, e VII, quando se tratar de concessão de remissão com aplicação de medida.

Devido à importância das medidas sócio-educativas no contexto desse trabalho, passa-se a discorrer sobre elas individualmente.

6.5 Das Medidas Sócio-Educativas

6.5.1 Da advertência

A medida sócio-educativa da advertência se encontra no artigo 112, I, da lei 8.069 de 1990. Seu sentido literal significa repreensão, aviso, admoestação, no entanto, o próprio Estatuto optou pelo último como nos mostra seu artigo 115:

Art. 115. A advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada.

A admoestação verbal será feita de forma exclusiva pelo Juiz da Vara da Infância e da Juventude durante o processo de conhecimento. A única exceção prevista é do Ministério Público que ganhará legitimidade na hipótese de remissão.

É recomendado para todos adolescentes autores de atos infracionais desde que não tenham histórico criminal e o ato praticado seja de leve gravidade. Além disso, exige, conforme artigo 114, § único, indícios de autoria e materialidade delitiva.

A sua aplicação ocorre por um ato solene que visa repreender, censurar o adolescente na presença de seus pais ou responsável. Sobre a advertência, menciona Saraiva (1999, p. 91): “A advertência, a mais branda das medidas preconizadas pelo art. 112, esgota-se na admoestação solene feita pelo Juiz ao infrator em audiência especialmente pautada para isso”.

Juntamente com admoestação é recomendável a autoridade judiciária conceder conselhos e orientações ao menor com a finalidade de seu retorno ao bom caminho. Apesar de ser uma medida branda é importante para despertar no jovem sua atenção às ações incorretas que tenha praticado.

Para Wilson Donizeti Liberati (2003, p.103):

Por ser singela, a medida sócio-educativa de advertência não é menos importante que as demais. A presença da autoridade, alertando o jovem para as conseqüências do ato indesejado que praticou, irá contribuir, sobremaneira, para sua educação.

Aliás, é por isso que seu emprego deve ocorrer com cuidado, pois pode significar o início da recuperação juvenil ou início da derrocada ao submundo do crime.

6.5.2 Da obrigação de reparar

A obrigação de reparar é prevista no inciso II, do artigo 112, do ECA. É conceituada como o ressarcimento ou restituição do dano ocorrido pela pratica do

ato infracional. Traz em seu bojo natureza sancionatória e punitiva, porém, acumula finalidade educacional pois exige do próprio menor uma atitude sua para reparação.

É aplicada somente nos casos de atos infracionais que acarretam danos de reflexos patrimoniais. Seu objetivo principal visa o nascimento no jovem infrator do sentimento de responsabilidade pelos prejuízos causados. Por esse motivo há exigência que seu cumprimento seja pessoal e intransferível.

O artigo 116 do ECA o regulamenta:

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

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

A responsabilização pessoal ocorrerá, ou pela devolução da coisa, que consiste na restituição do bem; ou pelo ressarcimento do dano, com sua substituição por pagamento em dinheiro; ou por compensação do prejuízo por qualquer outro meio.

Insta salientar que sua imposição somente ocorrerá através de um procedimento contraditório onde estarão ressaltados todos direitos assegurados constitucionalmente como a ampla defesa, igualdade processual, entre outros.

6.5.3 Da prestação de serviços à comunidade

A prestação de serviços à comunidade vem regulamentado nos artigos 112, inciso III, e 117, ambos do ECA. Conforme o último dispositivo ela “consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a 6(seis) meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.”

Novamente, é medida de cunho pessoal ou personalíssimo sendo impossível a substituição do menor por outra pessoa. A natureza também é punitiva-sancionatória e ao mesmo tempo educativa.

Há vantagens tanto para a comunidade em geral, quanto para os jovens, na aplicação dessa medida. Por um lado os jovens recebem experiência de vida ao suportar as conseqüências de seus atos praticados e por outro, a comunidade é contemplada com os serviços prestados e o desenvolvimento da cidadania e recuperação do menor infrator.

Detalhe importante é a impossibilidade de imposição dessa medida contra a vontade do menor. Tal ato feriria a liberdade individual e configuraria trabalho forçado o que é vedado constitucionalmente.

6.5.4 Da liberdade assistida

Como bem proclama o artigo 118 do ECA, a medida da liberdade assistida deve ser empregada quando for a mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente. É prevista no artigo 112, inciso IV, e regulamentada nos artigos 118 e 119, todos do ECA.

Por ser uma imposição do Juiz de Direito é natural sua natureza sancionatória e punitiva, mas, da mesma forma que as medidas anteriores, ainda é concorrente sua finalidade educativa e pedagógica.

O prazo mínimo disposto pela lei para seu cumprimento é de 6(seis) meses. Não há previsão de prazo máximo. A revogação, substituição ou prorrogação da liberdade assistida pode ocorrer a qualquer tempo necessitando-se apenas ouvir a opinião do Ministério Público, do defensor e do orientador do menor.

O menor a qual se impõe essa medida terá um orientador escolhido pelo Juiz que lhe assistirá em suas atividades sociais(escola, família, trabalho). As incumbências do orientador serão, entre outras, as mencionados nos incisos do artigo 119 do ECA:

I - promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social;

II - supervisionar a freqüência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula;

III - diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho;

IV - apresentar relatório do caso.

O Juiz, além de determinar o orientador, também individualizará as atividades do menor, delimitando-as dentro de suas capacidades.

Essa medida é geralmente aplicada nos casos de reincidência de menores em infrações leves. Em uma análise global é tida por muitos como medida de alto índice de sucesso devido ao elevado número de jovens recuperados quando executada de forma correta.

6.5.5 Da inserção em regime de semiliberdade

A medida de semiliberdade é prevista no artigo 112, inciso V, e artigo 120, ambos ECA. É indicada para os adolescentes autores de atos infracionais que ocorram com violência ou grave ameaça à pessoa, ou então nas hipóteses de reiteração de atos infracionais graves.

O método da semiliberdade consiste em canalizar as atividades dos adolescentes infratores, durante o dia, para atividades de estudo e trabalho, e durante a noite, em recolhimento em uma entidade especializada. Há uma parcial privação da liberdade com características punitivas e sancionatórias, mas preservando a reeducação e os fins pedagógicos.

Durante sua aplicação é obrigatória à escolarização e profissionalização do menor. Também a todo tempo, técnicos sociais avaliam a possibilidade do fim do tratamento levando em consideração os progressos atingidos.

Em dois momentos pode ser aplicada: o primeiro é determinado desde o início pelo Juiz, após apuração do ato infracional; e o segundo, no caso de progressão de regime onde o menor passará da medida sócio-educativa de internação a de semiliberdade.

A imposição dessa medida é realizada por sentença terminativa do processo. Frequentemente há necessidade de formulação de relatórios pelos técnicos sociais sobre os avanços ou prejuízos com o tratamento.

Quanto a questão do tempo a própria lei(artigo 120, §2º, ECA) admite sua duração por prazo indeterminado, sendo aplicado no que couber, as disposições da medida de internação.

6.5.6 Da internação

A medida sócio-educativa de internação do menor em estabelecimento educacional é considerada a mais grave de todas pela restrição que provoca ao direito pessoal de liberdade. É citada no artigo 112, inciso VI, e regulamentada pelos artigos 121 a 125, todos do ECA.

Sua aplicação depende obrigatoriamente da obediência aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, dispostos no artigo 121, *caput*, do ECA.

O primeiro deles fixa necessidade de existência de tempo máximo e mínimo para internação. O período máximo será de três anos de acordo com §1º, do mesmo artigo 121. O prazo mínimo a lei não prevê, mas para evitar conflito com o princípio constitucional da legalidade, é utilizado o tempo de 6(seis) meses por ser o lapso mínimo necessário para reavaliação do menor frente a medida aplicada.

O segundo princípio é o que estabelece que somente se dará à internação se for inviável ou inutilizável o emprego de qualquer das outras medidas. Ficará restrito aos casos de atos infracionais praticados mediante grave ameaça ou violência à pessoa e por reiteração na realização de outras infrações graves.

Por último, o terceiro deles dispõe ser dever estatal zelar e cuidar da integridade física e social do menor, adotando medidas de segurança e contenção indispensáveis para esse fim.

Além de respeitar os mencionados princípios é exigência legal que a medida sócio-educativa seja cumprida em lugar apropriado para adolescentes, separados por critérios de idade biológica, compleição física e gravidade da infração.

O artigo 122 ressalta em rol taxativo as hipóteses de internação:

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Por ser a medida sócio-educativa de maior gravidade é exigível sua determinação taxativa haja vista a segurança jurídica e garantia trazidas.

Assim como a anterior possui caráter sancionatório e punitivo mesclado com fins pedagógicos e retributivos. Deve ser considerada um meio necessário para obtenção da finalidade desejada que é a reeducação.

Pode ser substituída a qualquer tempo desde que provado a autoridade judiciária os avanços esperados. Aliás, o Juiz de Direito é a única autoridade competente para determinar a aplicação dessa medida, sendo obrigado a fundamentar sua decisão caso empregue-a.

Ao ser constatada a necessidade da desinternação, essa só poderá ser feita por autorização judicial e com manifestação do Ministério Público.

7 DA MENORIDADE PENAL NO DIREITO COMPARADO

Interessante para ilustrar o tema, e fundamentar a futura conclusão desse trabalho é um estudo sobre a minoridade penal no direito comparado. A civilização humana é na verdade una, o que muda, são detalhes em seu modo de vida, trabalho e entendimento sobre fatos idênticos. Cada raça, povo e etnia buscam encontrar as melhores regras e costumes que lhes garantam a pacificação social. Nesse contexto urge posições antagônicas sobre a idade em que um jovem esta de fato, e de direito, pronto, a assumir responsabilidades na esfera penal.

No Brasil a maioridade penal é atingida aos dezoito anos. Dentro do que já foi demasiadamente explicado, adota-se o critério biológico, no qual, independentemente de qualquer outro fator, o menor só pela idade biológico será ou não imputável.

No Direito Comparado não há uma uniformidade quanto à idade em que uma pessoa atinge a maioridade penal. As diferentes visões de mundo, unidas as diversas interpretações jurídicas, geram a ausência de um consenso mundial. As chamadas “Regras de Pequim”, ou melhor, “Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil”, dispostas na Resolução nº 40/33 das Nações Unidas, de 29/11/1985, entendem e recomendam que a imputabilidade penal dos jovens deve ser verificada a partir de sua maturidade emocional, mental e intelectual, não devendo ser baixa demais. O problema é que a expressão “baixa demais” não foi conceituada estando em aberto para a interpretação de cada um.

Analisando todos países do mundo com população de pelo menos dez milhões de habitantes, são encontrados na tabela logo abaixo a idade em que um jovem atinge a maioridade penal no seu respectivo país (Tabela 1):

TABELA 1 – Idade de responsabilidade criminal

País	Idade	País	Idade	País	Idade	País	Idade
México	6-12*	Indonésia	8	Turquia	11	Itália	14
Bangladesh	7	Quênia	8	Coréia, Rep.	12	Japão	14
Índia	7	Reino Unido (Escócia)	8	Marrocos	12	Rússia	14
Mianmar	7	Etiópia	9	Uganda	12	Vietnã	14
Nigéria	7	Irã	9***	Argélia	13	Egito	15
Paquistão	7	Filipinas	9	França	13	Argentina	16
África do Sul	7	Nepal	10	Polônia	13	Brasil	18***
Sudão	7	Reino Unido (Inglaterra)	10	Uzbequistão	13	Colômbia	18***
Tanzânia	7	Reino Unido (País de Gales)	10	China	14	Peru	18***
Tailândia	7	Ucrânia	10	Alemanha	14	República Democrática do Congo	-
Estados Unidos	7**						

*Maioria dos estados 11 ou 12 anos; idade de 11 anos para crimes federais **Idade determinada pelo estado; a idade mínima é 7 na maioria dos estados de acordo com a tradição anglo-saxã da common law. ***Idade de 9 anos para meninas e 15 para meninos ****Idade oficial da responsabilidade criminal; os crimes cometidos por crianças a partir de 12 anos estão sujeitos a procedimentos legais específicos para jovens. Referências: Maher, Gerry. Age and Criminal Responsibility. 2005 Vol 2. Ohio State Journal of Criminal Law. 493 [1] CRC Country Reports (1992-1996); Juvenile Justice and Juvenile Delinquency in Central and Eastern Europe, 1995; United Nations, Implementation of UN Mandates on Juvenile Justice in ESCAP, 1994; Geert Cappelaere, Children's Rights Centre, University of Gent, Belgium. Unicef

Fonte: <<http://www.opiniaoenoticia.com.br/interna.php?mat=4748>>. Acesso em: 20 jan. 2008.

Dados interessantes podem ser extraídos do que foi por ela exposto. Somente três países consideram imputáveis aqueles com idade de dezoito anos, sendo eles Peru, Colômbia e Brasil. Todos esses Estados são sul-americanos e apresentam drásticos problemas sociais, de miséria e de corrupção. São instáveis e dependentes de investimentos externos. Pela pouca eficácia que apresentam quanto às soluções jurídicas para os menores infratores e por não serem exemplos no mundo de combate à violência e a criminalidade, suas posições não possuem grande relevância positiva.

Entre os países com imputabilidade penal admitida para idades menores que a de dezesseis anos destaca-se, entre outros, os Estados Unidos, Inglaterra, integrantes do Reino Unido, Itália, Escócia, França. Esses países expressamente citados são todos desenvolvidos, com alto grau de organização, infra-estrutura, e investimentos na educação. Seus modelos de Estado são democráticos e comparando com o resto do planeta possuem uma democracia

altamente desenvolvida. Por esse motivo é errôneo o argumento de que a redução da menoridade penal para idade inferior a de dezoito anos tomaria sentido contrário do que dispõe a legislação dos países desenvolvidos.

Não constam no gráfico porque suas populações são inferiores a de 10 milhões de habitantes, mas os seguintes países, Suécia, Finlândia, Noruega e Dinamarca, só admitem a responsabilidade penal a partir dos quinze anos. Importante serem destacados porque todos esses Estados são clássicos defensores dos direitos humanos, e, tendo por base a relevância que dão a criança e ao adolescente, consideram o melhor para toda sociedade a reduzida idade para a imputabilidade penal.

O montante de países restantes na tabela não divergem do que é entendido pela maioria dos países desenvolvidos. Eles mantêm uma idade reduzida para a responsabilidade penal e não estão de encontro à tendência mundial em delimitar a inimputabilidade em números menores do que os demarcados pelo Brasil.

A interpretação dos dados em questão permite a conclusão de que o Brasil não seguiu a tendência internacional. Ele responsabiliza penalmente os jovens de forma tardia para aplicar ações específicas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. O problema é que essas ações são muito brandas, não se tem infra-estrutura compatível em todo país para aplicá-las e cresce dia-a-dia a criminalidade infanto-juvenil. Diante desses argumentos é que se defende a redução da imputabilidade penal para os dezesseis anos.

Cabe aqui ressaltar que muitos afirmam ser correta a posição brasileira em não seguir o que dispõe legislações como a norte-americana e a inglesa. Justificam dizendo que a reduzida imputabilidade deles só pode ser aplicada porque esses países garantem condições sociais e de desenvolvimento muito boas a seus cidadãos e dessa forma aquele menor que realiza um ato ilícito poderá ser responsabilizado.

Não são aceitáveis tais argumentos porque se o fator primordial fosse apenas a condição social do menor infrator, como se explicaria às ocasiões em que menores de classe social rica ou média alta cometem atos infracionais. Não é porque uma pessoa é pobre que obrigatoriamente será um infrator da lei. O homem

não é criminoso somente por suas deficientes condições sociais, pois, se isso fosse verdade, conforme reportagem da FolhaOnline¹, no Brasil onde a desigualdade social é imensa, tendo 10% dos mais pobres apenas 0,7% de toda renda produzida no país, e os 10% mais ricos, 46,9% dessa renda, grande parte de toda população seria criminosa ou repleta de menores infratores.

Os verdadeiros motivos que levam o menor infrator a cometer atos infracionais devem ser combatidos com políticas governamentais de inclusão, distribuição de renda e oportunidades. Mas a partir do momento que ocorre o ato infracional, deve ser voltada a atenção para as ações a serem tomadas desde então, e não mais na mera prevenção. Neste instante a redução da menoridade penal é defendida como forma de se ressocializar o menor e evitar possíveis sinais de impunidade no seu tratamento oriundos do atual sistema ineficaz de medidas sócio-educativas.

O exemplo internacional advindo de países que respeitam e consagram os direitos das crianças e dos adolescentes não pode ser desconsiderado na hora de se avaliar nossa própria sistematização. E, por isso, as principais posições internacionais amplamente favoráveis à redução fundamentam a posição que será à frente defendida.

¹ <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u112798.shtml>>

8 REDUÇÃO DA MENORIDADE PENAL

8.1 Cláusula Pétrea

Não se pode chegar ao ponto clímax de nosso trabalho sem antes adentrar a um assunto polêmico e altamente discutível na doutrina que é a previsão do artigo 228 da Constituição Federal como cláusula pétrea.

Duas correntes divergem no entendimento e suas conseqüências influenciam diretamente na possibilidade ou não de redução da menoridade penal para idade inferior a estabelecida pelo ordenamento jurídico pátrio

Antes de mais nada, é necessário ser mencionado o conceito de cláusula pétrea e suas implicações para o direito. Cláusulas pétreas são bases ou pilares da Constituição Federal que são imodificáveis, irreformáveis, ou seja, insuscetíveis de alteração pelo legislador. Não se subordinam a mudanças por qualquer meio legislativo e constituem verdadeiros alicerces de um Estado Democrático de Direito. O artigo 60, §4º, incisos I, II, III e IV, da Constituição Federal, regulamenta as cláusulas pétreas:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa." (grifo nosso).

Como se vê, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação de Poderes, e os direitos e garantias individuais, constituem o que se chamam de cláusulas pétreas possuindo como característica a inadmissibilidade de serem suprimidas ou revogadas.

Os direitos e garantias individuais, constantes no inciso IV acima exposto, englobam sem dúvida alguma, todos direitos presentes no artigo 5º da atual Constituição Federal. Eles são espécies dos direitos e garantias fundamentais que consistem em todos direitos necessários e imprescindíveis para a condição humana.

A discussão ganha ímpeto quando se busca interpretar quais são os direitos e garantias individuais presentes na Constituição Federal: somente os do artigo 5º, ou além desses, outros dispostos em capítulos diversos do texto constitucional. A consequência disso é que, no primeiro caso, o artigo 228, que trata da inimputabilidade dos menores de dezoito anos, não será direito e garantia individual; mas no segundo, poderá. Ao aferir o que é direito e garantia individual, extrai-se o que é cláusula pétrea.

Desse conflito jurídico surgem as duas correntes que serão discutidas.

A primeira é aquela que considera o rol de direitos e garantias individuais do artigo 5º da Constituição Federal meramente exemplificativo possibilitando a existência de outros direitos e garantias individuais espalhados entre as disposições da Lei Maior. Baseia-se no §2º, do artigo 5º, que assim prevê:

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

Nesse contexto consideram o artigo 228 da Constituição Federal como direito e garantia individual por tratar de garantia peculiar da criança e do adolescente tendo em vista sua condição especial de desenvolvimento. Dessa forma, sendo direito e garantia individual, é abrangido pela hipótese do artigo 60, §4º, inciso IV, e, portanto, cláusula pétrea.

Discorrendo no mesmo raciocínio, comenta Alexandre de Moraes (2005, p. 2176):

A questão, todavia, deve ser analisada em seu aspecto mais complexo, qual seja, a possibilidade de alteração constitucional que possibilitasse uma redução da idade geradora da imputabilidade penal. Seria possível uma emenda constitucional, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, para alteração do art. 228?

Entende-se impossível essa hipótese, por tratar-se a inimputabilidade penal, prevista no art.288 da Constituição Federal, de verdadeira garantia individual da criança e do adolescente em não serem submetidos à persecução penal em Juízo, tampouco poderem ser responsabilizados criminalmente, com conseqüente aplicação de sanção penal. Lembremos, pois, de que essa verdadeira cláusula de irresponsabilidade penal do menor de 18 anos enquanto garantia positiva de liberdade, igualmente transforma-se em garantia negativa em relação ao Estado, impedindo a persecução penal em juízo.

Assim, o art. 288 da Constituição Federal encerraria hipótese de garantia individual prevista fora do rol exemplificativo do art. 5º, cuja possibilidade já foi decidida pelo STF em relação ao art. 150. III, b(Adin nº 939/DF – conferir comentários ao art. 5º, §2º), e, conseqüentemente, autêntica cláusula pétrea prevista no art. 60, §4º, IV (“não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais).

Em contrapartida, tem-se a posição dos que defendem a impossibilidade do artigo 228 da Constituição Federal constituir cláusula pétrea. Eles se dividem em duas vertentes que bem fundamentadas buscam excluir a inalterabilidade do artigo 228 da Constituição Federal.

Uma das vertentes entende que o rol de direitos e garantias individuais previstos no artigo 5º do texto constitucional não é realmente taxativo, no entanto, o artigo 228 da Constituição Federal não configura direito e garantia individual e nem princípio adotado por nossa Lei Maior, conforme se prevê no §2º, do mesmo artigo 5º.

O artigo 228 é mero direito de liberdade negativa restringindo o Estado de aplicar normas penais às crianças e aos adolescentes. Diante dessa sua

natureza jurídica ele não consagra nenhum princípio constitucional, excluindo, portanto, a hipótese fática dele ser consequência lógica do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Esse princípio por sua vez tutela apenas direitos e garantias amplas do cidadão, ou seja, direitos e garantias “*latu sensu*”, como por exemplo, o direito à vida, e, por consequência, é impossível abranger a tutela negativa e específica da irresponsabilidade juvenil.

A segunda vertente consolida a posição de que o rol de direitos e garantias individuais do artigo 5º da Constituição Federal é qualificado como taxativo o que, instantaneamente, exclui o artigo 228 do domínio daqueles direitos e garantias abrangidos como cláusulas pétreas.

Detalhadamente, Guilherme de Souza Nucci (2000, p. 109 e 110) explica tal tese:

Apesar de se observar uma tendência mundial na redução da maioria penal, pois não mais é crível que menores com 16 ou 17 anos, por exemplo, não tenham condições de compreender o caráter ilícito do que praticam, tendo em vista que o desenvolvimento mental acompanha, como é natural, a evolução dos tempos, tornando a pessoa mais precocemente preparada para a compreensão integral dos fatos da vida, o Brasil ainda mantém a fronteira fixada nos 18 anos. Pela primeira vez, inseriu-se na Constituição Federal matéria nitidamente pertinente à legislação ordinária, como se vê no art. 228: ‘São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial’. No mesmo prisma encontra-se o disposto neste artigo do Código Penal. A única via para contornar essa situação permitindo que a maioria penal seja reduzida, seria através de emenda constitucional, algo perfeitamente possível, tendo em vista que, por clara opção do constituinte, a responsabilidade penal foi inserida no capítulo *da família, da criança, do adolescente e do idoso*, e não no contexto dos direitos e garantias individuais (Capítulo I, art. 5º, CF). Não podemos concordar com a tese de que há direitos e garantias fundamentais do homem soltos em outros trechos da Carta, por isso também *cláusulas pétreas*, inseridas na impossibilidade de emenda prevista no art. 60, § 4º, IV, CF, pois sabe-se que há ‘direitos e garantias de conteúdo material’ e ‘direitos e garantias de conteúdo formal’. O simples fato de ser introduzida no texto da Constituição Federal como *direito e garantia fundamental* é suficiente para transformá-la, formalmente, como tal, embora possa não ser assim considerada materialmente. É o caso da proibição e identificação criminal para o civilmente identificado ou mesmo para o julgamento pelo tribunal do júri, que são garantias fundamentais apenas porque foram colocados dentro do art. 5º, embora não façam parte de direitos internacionalmente reconhecidos como *fundamentais* – como diz Pontes de Miranda, os *supra-estatais*, aqueles que procedem do direito das gentes, o direito humano no mais alto grau (apud Guilherme de Souza Nucci, *Júri – Princípios constitucionais*, p. 22). Por isso, a maioria penal, além de não ser direito fundamental em sentido material (não há notícia de reconhecimento global nesse prisma), também não o é no sentido formal.

Assim, não há qualquer impedimento para a emenda constitucional suprimindo ou modificando o art. 228 da Constituição.

E ainda continua:

O menor de 18 anos já não é o mesmo do início do século, não merecendo continuar sendo tratado como pessoa que não tem noção do caráter ilícito do que faz ou deixa de fazer, sem poder conduzir-se de acordo com esse entendimento. A redução é uma imposição natural, podendo-se, como ocorre em outros pontos do Globo, estabelecer uma nítida separação entre o local de cumprimento de pena para os maiores de 18 anos e para os menores considerados imputáveis. (NUCCI, 2000, p. 110).

Diante de tudo isso, aqueles que defendem a taxatividade do art. 5º, ainda lecionam que todos direitos de natureza penal que o legislador quis transformar em cláusulas pétreas ele dispôs no mencionado artigo. Se não previu o mandamento do artigo 228 naquele rol é porque cláusula pétrea ele não o é. Impossível considerar que o legislador esqueceu de qualificá-lo como cláusula pétrea visto à importância do conteúdo regulado.

Outro argumento que baseia ambas vertentes é o de que a atual Constituição Federal trouxe entre seus artigos vários dispositivos que deveriam ser tratados nas leis infraconstitucionais. O artigo 228 é um deles. Por isso, tendo em consideração sua inferioridade hierárquica, seria impossível sua qualificação como direito e garantia individual ou princípio constitucional.

Pela grandeza de todos argumentos expostos e combatidos entre si nas duas correntes, que são respectivamente, desfavorável e favorável, a possibilidade de redução da menoridade penal, conclui-se ser a mais adequada e correta do ponto de vista jurídico e social, aquela capitaneada pelos ideais da existência de direitos e garantias individuais em outros artigos do texto constitucional, além dos previstos no artigo 5º, mas que defende a legal alteração do artigo 228 da Constituição Federal ao definir o mesmo como ausente do rol de direitos e garantias consagrados como cláusulas pétreas.

É admitido que somente haverá o devido respeito à criança e ao adolescente quando se eliminar a liberdade negativa trazida pelo artigo 228 da lei Maior, já que sua utilização significa um meio para impunidade. Na realidade não há

obstáculos que impeçam o Estado de alterar essa previsão pouco aconselhável ao contexto juvenil nos dias atuais. A barreira da inadmissibilidade da redução da responsabilidade juvenil pode ser legalmente vencida, e diante dos fatos tristes e horripilantes onde atos infracionais são praticados com extrema crueldade e violência, a alteração do artigo 228 da Constituição Federal, com a conseqüente fixação da imputabilidade penal aos dezesseis anos, é medida de urgência.

8.2 Discussão Legislativa

A problemática da alteração da idade para a responsabilidade penal não poderia chegar ao grau de clamor social que alcançou, sem atingir os órgãos legislativos representantes de todo povo brasileiro, e responsáveis pela produção das leis de nosso país. A discussão passou a ser calorosa no ambiente considerado “o berçário das leis”, frutificando diferentes posições e, por conseqüência, diversos projetos legislativos.

Dentro do Senado Federal foi encontrado em uma pesquisa, no endereço de seu *site* na Internet², vários projetos que visam alterar a idade para início da imputabilidade penal, acarretando modificações no artigo 228 da Constituição Federal. Estão todos dispostos no Anexo A, e a maioria deles busca a redução da responsabilidade para a idade de 16 anos quando preenchidos certos requisitos.

A Proposta de Emenda à Constituição, conhecida como “PEC”, nº 03 de 2001, prevê a redução da imputabilidade penal para a idade de dezesseis anos, havendo responsabilização para aqueles com idade entre dezesseis e dezoito anos, nos casos de reiteração ou reincidência em ato infracional, e, constatado o amadurecimento intelectual e emocional desses jovens, na forma da lei.

As PECs de números, 26 de 2002; 26 de 2007; 18 de 1999 e 20 de 1999, visam todas, a redução da responsabilidade penal para idade também de dezesseis anos, quando presentes certos requisitos específicos. A primeira exige

² <<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/pesqAvancada.asp>>.

que o delito seja hediondo ou contra a vida e se tenha laudo técnico comprovando a capacidade do agente de entender o caráter ilícito do ato na época dos fatos. A segunda só prevê a responsabilização se o jovem revelar suficiente desenvolvimento mental para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento, caso em que a pena aplicável poderá ser diminuída em até dois terços.

A terceira exige apenas que os crimes sejam contra a vida ou contra o patrimônio, e ainda, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, não necessitando de entendimento ou compreensão do ato. A quarta traz a responsabilização somente quando houver constatado o amadurecimento intelectual e emocional do jovem infrator, na forma da lei.

De modo mais radical, as PECs de número, 09 de 2004 e 90 de 2003, também regulam o tema. A primeira afirma haver responsabilidade penal sempre que o jovem tiver idade psicológica, e não biológica, de dezoito anos ou mais, acrescentando, ser capaz de entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento, e ainda, que o delito praticado seja hediondo ou de lesão corporal de natureza grave. Já a segunda prevê responsabilização dos menores de dezoito e maiores de treze anos que tenham praticado crimes definidos como hediondos.

Grande parte dos projetos citados justificam suas propostas através da capacidade obtida pelos jovens de hoje de compreender e discernir sobre atos lícitos e ilícitos, visto a evolução dos tempos, o desenvolvimento dos meios de comunicação e as experiências de vida no cotidiano. Todas essas Propostas de Emenda a Constituição se encontram em tramitação para ainda serem apreciadas.

Já na outra Casa Legislativa, a Câmara do Deputados, o número de projetos envolvendo o tema é bem maior. Diversas idéias e alterações foram propostas produzindo uma maior demora em suas apreciações. Em pesquisa realizada no *site*³ da Câmara do Deputados de nosso país, foram encontrados inúmeros projetos sobre a redução da maioria penal. No entanto, estão todos apensados, direta ou indiretamente, ao Projeto de Emenda à Constituição chamado de PEC nº 171 de 1993, conforme se vê no Anexo B..

³ <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>.

A PEC nº 171 de 1993 visa modificar o artigo 228 da Constituição Federal reduzindo a irresponsabilidade penal somente para os jovens com menos de dezesseis anos. Ela é justificada pelo grau de evolução que se encontra os jovens de hoje ao receberem grande quantidade de informações da imprensa, ao terem direito de votar, ao poderem trabalhar já aos quatorze anos, que, juntos, lhe trazem capacidade de compreensão e determinação sobre seus atos. O Código Penal de 1940 foi redigido para os jovens daquela época, e hoje a realidade é outra. Esses menores, conscientes, matam e assaltam, são manipulados pelos adultos criminosos, e muitas vezes, a polícia não tem técnicas suficientes para detê-los já que os seus métodos usados para os adultos pouco podem ser utilizados para os jovens. É por tudo isso que a PEC nº 171 de 1993 vem resolver essa questão, atribuindo responsabilidade àqueles que já a possuem.

Apensado a esse projeto, encontram-se vários outros que também prevêm a responsabilidade penal para aqueles com dezesseis anos de idade. São eles: PEC nº 37 de 1995, PEC nº 48 de 2007, PEC nº 68 de 1999, PEC nº 85 de 2007, PEC nº 91 de 1995 (que traz a PEC nº 386 de 1996 apensada a si), PEC nº 133 de 1999, PEC nº 150 de 1999, PEC nº 167 de 1999, PEC nº 272 de 2004, PEC nº 301 de 1996, PEC nº 302 de 2004, PEC nº 377 de 2001, PEC nº 531 de 1997, PEC nº 582 de 2002, PEC nº 633 de 1999 e PEC nº 64 de 2003.

O primeiro, o segundo e o terceiro projetos visam de forma objetiva trazer responsabilidade penal para todos com idade de dezesseis anos ou mais. O quarto atribui essa responsabilidade para os menores com idade entre dezesseis e dezoito anos, nos casos de crimes dolosos contra a vida, em que haja laudo, por uma equipe reconhecida pelo juiz, constando que ele tinha consciência do caráter ilícito do fato e condições de determinar-se de acordo com esse entendimento. Já o quinto só prevê a responsabilidade penal de forma objetiva para todos com idade igual ou superior a dezesseis anos. Esta apensada a si a PEC nº 386 de 1996 que prevê a imputabilidade penal para aqueles maiores de dezesseis e menores de dezoito anos que tenham praticado delitos contra a pessoa e o patrimônio, além dos definidos como hediondos.

Do sexto ao décimo projeto, todos se juntam ao time daqueles que atribuem a responsabilidade objetivamente, sendo imputáveis todos com idade de dezesseis anos ou mais. O décimo primeiro prevê imputabilidade para os maiores de

dezesesseis anos quando houver parecer de junta médico-jurídica, ratificado pelo Juízo competente na forma da lei. Do décimo segundo até o décimo quinto à responsabilidade não se diferencia, considerando como inimputáveis os menores de dezesseis anos. Por último, cabe ressaltar o décimo sexto projeto que considera imputáveis aqueles com idade entre dezesseis e dezoito anos nas hipóteses excepcionais que a lei prever.

Esses projetos justificam suas medidas de várias formas. Entre elas serão citadas as principais: o jovem de hoje já tem capacidade de votar e está buscando autorização para dirigir, o que demonstra seu grau de capacidade e entendimento; a alteração do artigo 228 da Constituição Federal não é cláusula pétrea e, portanto, possível; é crescente o número de jovens no mundo do crime praticando atos infracionais graves, logo, medidas de urgência devem ser tomadas; se o problema é a mistura desses jovens infratores com adultos perigosos nas penitenciárias então é só serem construídos estabelecimentos adequados para esse contingente; por serem brandas as medidas do Estatuto da Criança e do Adolescente, pouco recuperam os jovens infratores, e ainda instalam uma impunidade que incentiva a prática de atos infracionais; vários países desenvolvidos adotam essa alteração; e, por fim, a união desses fatores demonstra que os menores de hoje conseguem compreender e discernir, tendo consciência ao praticarem atos infracionais.

Além dessas propostas ainda existem outras mais e menos radicais buscando também a alteração do artigo 228 da Constituição Federal. As Propostas de Emenda à Constituição de números, 73 de 2007, 87 de 2007, 125 de 2007, 321 de 2001 e 489 de 2005, dispõe sobre a possibilidade de imputabilidade penal aos menores de dezoito anos desde que obedecidos determinados requisitos.

A primeira delas preconiza a autoridade judiciária o direito de decidir sobre a imputabilidade do menor de dezoito anos desde que seja ouvido o Ministério Público e ocorra avaliação do agente com laudo médico e psicológico versando sobre sua capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de autodeterminar-se conforme esse entendimento. A segunda considera imputável o menor que tiver praticado crime doloso contra a vida, ou inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, ou imprescritível, salvo no caso de comprovada incapacidade desse menor

em entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento, hipótese em que o juiz poderá considerá-lo inimputável.

A terceira proposta entende ser a criança penalmente inimputável, mas o adolescente será imputável sempre que houver decisão judicial favorável a isso, tendo por fundamento, os fatores psicossociais e culturais do agente, e as circunstâncias que ocorreram à infração penal. Já a quarta determina a maioridade penal observando os termos da lei e os aspectos psicossociais do agente, aferido em laudo emitido por junta de saúde, que dentre outros quesitos avaliará a capacidade de se autodeterminar e de discernimento do fato delituoso. A quinta, e última proposta, diz ser imputável aquele menor que, acusado da prática delitiva, for submetido à prévia avaliação psicológica e ficar constatado que seu grau de maturidade justifica a aplicação da pena. Caso contrário estará sujeito às normas da legislação especial.

Cabe ressaltar que a peculiaridade que interliga esse rol de propostas é a ausência de uma idade específica para a responsabilidade penal, o que será obtido conforme os parâmetros de cada caso.

Os parlamentares as justificam de forma variada, mencionando, entre outros, o já citado argumento de que os jovens de hoje possuem discernimento pela alta quantidade de informações que recebem e por isso compreendem o que é crime, a fixação da idade para responsabilidade penal foi feita pelo Código penal de 1940 que não acompanhou a evolução dos tempos, hoje o Código Civil já reconhece até a responsabilidade civil para os menores de dezoito anos e a diminuição da imputabilidade penal trará uma resposta precisa à sociedade diante da delinquência juvenil, coibindo a entrada dos jovens no mundo do crime.

Esse conjunto de projetos, que visam à alteração constitucional, terminam com propostas que se destacam pela alta ou baixa redução da idade inicial para a incidência da responsabilidade penal. Nesse rol são encontradas as quatro últimas propostas de emenda constitucional, sendo elas: PEC nº 169 de 1999, PEC nº 242 de 2004, PEC nº 260 de 2000 e PEC nº 345 de 2004.

As duas primeiras prevêm a inimputabilidade somente para aqueles menores de quatorze anos, independentemente de qualquer outro fator. Inclusive, a segunda está apensada na primeira para apreciação. A terceira reduz a

inimputabilidade penal para a idade de dezessete anos. A última é a mais radical de todas fixando a inimputabilidade para os jovens menores de doze anos.

Dentre as justificativas dessas, são principalmente mencionadas: o aumento de jovens na participação de crimes, a consciência obtida pelos menores inimputáveis maiores de doze ou quatorze anos, dependendo da proposta, diante do grau de informações nos dias atuais, a referência de países desenvolvidos que adotam sistemas para imputabilidade penal com idades reduzidas, a ineficácia das medidas sócio-educativas em recuperar os infratores e, um motivo específico da PEC nº 260 de 2000, que é a possibilidade de avaliar os frutos de sua mudança para posteriormente aumentar ou reduzir a respectiva idade para a responsabilidade penal.

Todos projetos legislativos propostos na Câmara dos Deputados se encontram apensados a PEC nº 171 de 1993, diretamente ou indiretamente. Juntamente com os do Senado, estão em tramitação, conforme a ritualística exigida pela lei para elaboração de uma nova norma com validade e eficácia jurídica.

Em contrapartida aos ideários da redução da menoridade penal existe a posição daqueles que são contra tal medida. Dentre as soluções que muitos desses apresentam para o crescimento da delinquência juvenil podem ser citados projetos legislativos que buscam aumentar o tempo de duração e a eficácia mais rígida das medidas sócio-educativas. O senador Aloísio Mercadante, que é contra a redução da idade para responsabilidade penal, por exemplo, propôs outra solução ao ser autor do projeto de Lei do Senado nº 118 de 2003, que visa uma específica e dura punição para aqueles que utilizam menores na prática de crimes graves.

Embora existam propostas legislativas no mesmo sentido que o ideal anterior, elas são medidas ineficazes diante do estágio de gravidade, preparo, e consciência com que milhares de atos infracionais são cometidos. Será que um menor com dezessete anos que tenha praticado inúmeros atos infracionais consistentes em homicídios seria recuperado ou ressocializado com três, quatro ou cinco anos apenas de internação na Casa do Menor? A perspectiva é negativa, e por isso, projetos tendentes a aumentar somente o tempo de internação nesta faixa etária, que é a mais dura das medidas sócio-educativas, não serão suficientes.

A realidade é complexa e demonstra de forma triste episódios horripilantes de atos bárbaros perpetrados por menores infratores capacitados e preparados para os mais variados fins, inclusive matar, roubar e estuprar. A sociedade espera soluções daqueles que foram eleitos para fazerem leis, buscando o bem da própria sociedade. Por isso, há necessidade de urgência nas respostas legislativas de nossos congressistas para que o povo honesto não fique refém de uma classe de jovens infratores e impunes.

8.3 Correntes Doutrinárias

Os focos de discussões legislativas, jurídicas e sociais sobre o tema da redução da menoridade penal se perfazem em duas correntes doutrinárias que ciclicamente são revividas no cenário nacional, quando ocorrem episódios de extrema violência tendo como autores menores inimputáveis.

A primeira delas é a corrente que defende a impossibilidade de se reduzir à responsabilidade penal a idades inferiores a constitucionalmente fixada. Acredita ser medida ineficaz e legalmente impossível dentro do nosso sistema de leis vigente.

Seus principais argumentos começam, é claro, com alusão a afirmativa de que o artigo 228 da Constituição Federal é cláusula pétrea. Como já exhaustivamente explicado, em momento apropriado, esse artigo seria um direito e garantia fundamental da criança e do adolescente por sua condição de desenvolvimento. Sendo assim, está englobado no artigo 60º, §4º, inciso IV, da Constituição Federal, configurando perfeita hipótese de cláusula pétrea. A consequência é a inadmissibilidade de sua alteração.

Seguem, rechaçando a aludida antinomia principiológica existente na lei quando se permite aos jovens de dezesseis anos o direito facultativo de votar e de se emancipar civilmente, enquanto que, penalmente são inimputáveis até completar dezoito anos. Explicam dizendo ser tal previsão uma condição especial aos jovens em cada ramo do direito. Não é novidade que os adolescentes são

pessoas em desenvolvimento e, por isso, ainda não possuem a mesma capacidade dos adultos.

Nesse patamar, direitos especiais lhes foram garantidos em idades diversas não havendo nenhum nexos subjetivo entre elas. A especialidade é comprovada porque no âmbito penal eles são inimputáveis até completarem dezoito anos, no âmbito civil podem se emancipar aos dezesseis anos se presentes certas condições, e, por fim, no âmbito eleitoral podem votar a partir dos dezesseis anos sendo tal direito especial por ser facultativo.

Existem, portanto, previsões especiais sem qualquer vínculo etário, que diante da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento são justificados e garantidos. Há direitos especiais e não antinomia legal que se deve a critérios políticos e não a uma incoerência da lei.

Ainda nessa linha é importante destacar que o Direito do Trabalho pátrio permite que jovens com quatorze anos trabalhem porque essa regulamentação veio com a finalidade de tirar da informalidade, o grande número de adolescentes, que diante da pobreza de seus lares, trabalham para contribuir com o orçamento da família. Não foi uma previsão reconhecendo o discernimento dos menores, mas somente garantir direitos a uma classe de jovens da nação que inevitavelmente buscariam alguma forma de evitar a fome e a miséria. O governo permitiu ser empregado, mas somente sob condições especiais, sendo a idade inicial de quatorze anos, a finalidade de aprendiz, e não se podendo prejudicar os estudos.

Terceiro argumento dessa corrente diz ser errôneo alegar discernimento de uma classe de crianças e adolescentes que desde pequenos foram criados em um ambiente de pobreza, com más companhias, lares violentos e que dessa forma possuem uma visão do crime como algo normal. Nessas condições, a necessidade de meios para sobrevivência impulsionam esses jovens de alguma maneira a prover o seu sustento, e diante da ausência de compreensão de algumas ações como ilícitas, acabam por cometê-las. Não se estará corrigindo o verdadeiro problema com a redução da menoridade penal visto tal medida, tratar somente o efeito e não a causa.

Além disso, mencionam que o sistema penal previsto para os adultos imputáveis não vem nem recuperando os condenados, nem inibindo a crescente criminalidade.

Atualmente as penitenciárias se encontram com suas capacidades esgotadas enfrentando problemas de superlotação. A soma desses fatores culmina que, se jogados nesses ambientes considerados verdadeiras escolas do crime, os jovens se tornariam perigosos criminosos cada vez mais cedo e não haveria perspectiva de ressocialização. Dizem, por isso, que seria ineficaz essa medida, e que, se a resposta estatal para os imputáveis criminosos tivesse o condão de evitar novos crimes, não se teria práticas delitivas tão numerosos como se vê nos dias de hoje.

Os defensores da redução da menoridade penal afirmam veementemente que diminuindo a responsabilidade penal, seria diminuída a quantidade de jovens infratores. No entanto, para essa corrente contrária à redução, deve-se ter em mente que, se for realmente instituída essa medida, os criminosos recrutariam menores cada vez mais novos para praticarem seus serviços, dentre os quais, atos infracionais. Neste sentido veja-se: se a maioridade penal estiver fixada em dezesseis anos, os jovens de quinze e quatorze anos serão os alvos dos criminosos para as práticas ilícitas, e se reduzir mais, jovens de menos idade é que serão os escolhidos. Delgado (2005, s.p.) explica:

Se a imputabilidade penal for reduzida para o patamar dos 16 anos, a sociedade, feliz com tal medida, e isso aplacaria a sandice de muitos, se verá aliviada, pois ao cometerem um crime e serem condenados, os menores ficarão escamoteados da sociedade por um bom tempo. Resolvido o problema? Depende. Mas, depende de quê? E se no caso citado, dois menores de 14 ou 13 anos forem os responsáveis pelo delito? Será que nova proposta de redução da menoridade virá à tona? Provavelmente, posto que, como dito, são assuntos a serem discutidos em dados momentos que não se verificam com tanta frequência quanto se imagina. E se, reduzida a menoridade novamente, o delito for praticado por menores de 12 ou de 11 anos? Novamente defender-se-á a redução da menoridade? Então porque não se reduz logo a menoridade para 10 anos, ou quem sabe para 8, ou ainda para 5? Como se vê, isso gera um novo problema cíclico, e, portanto, infundável.

O quinto argumento recorre às origens do ato infracional. Conforme acima dito, muitos jovens passam extremas necessidades em comunidades pobres

de todo país. Nesses locais, traficantes e criminosos provêm com recursos ilícitos essas insuficiências materiais. O caso se agrava com a ausência da participação estatal. Os jovens beneficiados, em contrapartida, acabam por ficarem agradecidos e a idolatrar esses criminosos. Nesse contexto, adentrar no submundo do crime e dos atos infracionais é uma distância muito curta.

Os jovens de hoje vivem em uma realidade em que as informações e os esclarecimentos são cada vez maiores. Isto é fato. Mas a interpretação disso, para essa corrente é que deve ser feita com cuidado. Os defensores da redução da idade para imputabilidade penal dizem que esse conjunto de informações é suficiente para os menores ganharem discernimento e, por conseqüência, responderem penalmente por seus atos.

No entanto, a corrente contra tal redução explica que, se aplicado e considerado esse argumento, daqui a pouco crianças de oito anos ou menos iriam para as cadeias ao saberem que agredir é errado e não permitido pela lei. É inevitável que algum discernimento os menores conquistem com a exposição da mídia e da imprensa, e dos esclarecimentos recebidos por pessoas próximas. Mas isso não quer dizer que eles terão condições de se comportar conforme essa compreensão. Com o passar dos anos o desenvolvimento intelectual é obtido e os jovens durante a adolescência passam por essa evolução. Nessa fase, pesa a condição especial de desenvolvimento e a nem sempre possibilidade do jovem compreender o caráter ilícito de alguns dos seus atos, ou prever as conseqüências deles. Diante dessa verdadeira imaturidade é que a lei previu o Estatuto da Criança e do Adolescente aos menores, respeitando tal fase da vida e suas limitadas capacidades.

Outro polêmico argumento é a citada impunidade dos jovens infratores. Como já caracterizado em capítulo anterior, essa corrente defende a inexistência de impunidade aos menores autores de atos infracionais visto que ficam a mercê do Estatuto da Criança e do Adolescente e das respectivas medidas de proteção e sócio-educativas. O real problema é a não concretização das medidas preconizadas pelo ECA. As medidas de proteção e sócio-educativas não são executadas conforme foram previstas e por isso ficam comprometidos a ressocialização do menor e a pacificação social. Nem metade daquilo que é assegurado pelo ECA já foi

concedido e, por tal motivo, essa corrente defende a implantação correta da Lei 8.069 de 1990 e não a redução da menoridade penal.

Por último, os defensores da impossibilidade de redução da idade para responsabilidade penal consideram que tanto o crime como o ato infracional são questões políticas, sociais e econômicas, e não somente jurídicas. Política, porque depende de medidas dos setores políticos da sociedade para sua diminuição ou extinção. Social, pois envolve questões como famílias desestruturadas e ausência de estudos e compreensão, haja vista a existência de medidas como a não repetência de alunos no ensino público chegando-se a formar jovens intelectualmente subdesenvolvidos e de fácil manipulação. E, econômicas, já que nossa economia não amplia para números suficientes a quantidade de empregos, proporcionando uma das desigualdades sociais mais acirradas de todo mundo, havendo uma classe grande de pobres e miseráveis que partem para ilegalidade por ausência de oportunidades.

O efeito disso tudo, conforme essa corrente, é que o ato infracional deve ser combatido com medidas preventivas em todas áreas e não somente na jurídica. A redução da menoridade penal é impossível e inviável, mas outras medidas para real implantação do ECA e até o aumento da rigidez nas medidas sócio-educativas podem ser pensadas. Justificando essa diretriz é destacável as palavras de Cláudio Santo de Moraes (2007, p. 4 e 5):

A causa da criminalidade juvenil está, em primeiro lugar, na família, que não vem dando a atenção necessária aos filhos. Ficando cada vez mais ausente da vida deles no momento em que mais precisam de acompanhamento. Não basta se preocupar em dar-lhes bens materiais e conforto. É preciso mais, estar presente na vida deles a maior parte do tempo para que eles não se desvirtuem da educação que procuram dar-lhes.

A ausência dos pais na vida dos filhos não está apenas naquelas famílias ditas desestruturadas, que não contam com um dos pais, mas sim, naquelas desestruturadas em que nenhum deles encontra tempo para acompanhar o que os filhos fazem e com quem andam quando estão distantes.

Hoje, infelizmente, não se dá a devida atenção e valor nas causas que envolvem políticas públicas relacionadas à criança e ao adolescente. Quando as colocam à disposição, normalmente ela é de má qualidade, como acontece, por exemplo, com a educação pública. No Ensino público a preocupação é fazer o aluno passar de ano, mesmo sabendo que ele não aprendeu o que lhe foi ensinado. Porque, se retê-lo, ele impedirá que outro mais novo entre em seu lugar. Então a solução é ir empurrando, qualquer custo, quem entrou primeiro. E o bonde da ignorância vai aumentando.

Some-se a isso falta de perspectivas. O jovem de hoje não tem nenhuma expectativa profissional. Não sabe o que vai fazer amanhã. Se vai conseguir arrumar algum emprego honesto e ter seu salário. Aí vem a lei do mais forte, quando o pai, de alguma forma pode, arruma uma colocação qualquer, seja no setor público ou privado, mas arruma, ocupando-lhe o tempo ocioso, o que não acontece com a maioria pobre. Depois vêm as drogas, peste que as autoridades públicas não conseguem controlar. Ela está disseminada pelos quatro cantos. Barata e acessível aos jovens, principalmente para aqueles ociosos, que não têm mais motivação para estudar e sem a mínima perspectiva de trabalho honesto.

Reforçando o descaminho, estão os meios de comunicação, que transmite cada vez mais os maus exemplos, transformando vilões em 'mocinhos'. Confundem a liberdade com libertinagem e o amor com promiscuidade. Incentiva o consumismo desenfreado. Ensina que festa que não 'rola' bebidas alcoólicas para adolescentes não é festa. Desvaloriza a ética e os bons costumes. Enfim, inverte totalmente os valores e retira a pouca autoridade que resta aos pais para educar os filhos.

Portanto, essa corrente reconhece a ineficiência do sistema e tenta encontrar soluções legais e eficazes para tal problema. O menor, hoje, é uma questão complexa, e somente com boa vontade e muito trabalho esse contexto será alterado.

Em contrapartida aos argumentos acima descritos, advém a segunda corrente que defende a redução da idade para responsabilidade penal. À medida que o tempo passa, ela ganha mais adeptos já tendo sido alvo de diversos projetos legislativos.

Inicialmente ela repele a argumentação de que o artigo 228 da Constituição Federal é cláusula pétrea. Para alguns não é cláusula pétrea porque os direitos e garantias individuais se encontram, apenas, dentro do rol do artigo 5º. Entendem ser este taxativo, o que possibilitaria qualquer mudança na previsão constitucional da inimputabilidade penal aos menores de dezoito anos. Já para outros, o artigo 5º da Lei Maior não é taxativo, no entanto, o artigo 228 não se enquadra como direito e garantia individual porque não configura nenhum princípio constitucional, nem direito individual, já que possui natureza jurídica de liberdade negativa que nem deveria ser destacada em texto constitucional. Portanto, possível sua alteração.

O segundo argumento destaca os direitos concedidos aos jovens inimputáveis penalmente. Pela lei é assegurado o direito de voto aos menores com idade entre dezesseis e dezoito anos. Além disso, no direito civil, já é possível o menor obter sua emancipação aos dezesseis anos. E para consolidar a gama de

direitos, o jovem com quatorze anos já pode trabalhar. É inegável que esse conjunto de permissões não seria concedida se os menores nessas idades já não tivessem discernimento o bastante para si e para a vida.

No primeiro caso o menor tem o direito de uma escolha que influirá diretamente no futuro do país. Essa decisão possui uma tremenda importância e exige grande responsabilidade e consciência de qualquer pessoa para exercê-la. Devido a isso, a lei reconhece a capacidade de discernimento, compreensão e responsabilidade aos jovens de hoje. Confirma-nos Éder Jorge (2002, s.p.) que assim diz:

O próprio 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 expressa previsão constante no artigo 14, § 1º, inciso II, alínea c, da Magna Carta. Segundo a Constituição da República, 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). Cuida-se, evidentemente, de responsabilidade só atribuída a quem possua elevado grau de maturidade. Esta é a conclusão lógica diante das implicações do voto no processo político e no destino da nação. A propósito, o Professor e jusfilósofo MIGUEL REALE, comentando a necessidade de reduzir a maioria penal, já em 1990 escreveu⁽⁵⁾:

‘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 cultivava 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.’

No segundo caso, a lei permite que o menor seja emancipado aos dezesseis anos. É inegável que, realizar atos no comércio, casar-se, ser responsável civilmente, entre outros, exige uma ampla capacidade de decisões e compreensão dos atos. O reconhecimento desses direitos também reforça o argumento de que a lei prevê capacidade aos menores, podendo esses, além de discernir e compreender, tomar suas decisões e responder por elas. Já o terceiro, direito de trabalho aos menores com no mínimo quatorze anos, corrobora para a conclusão de que nosso arcabouço jurídico é incoerente ao prever direitos de grande magnitude e importância aos menores, enquanto que outros, menos complexos, como a responsabilidade penal, não o é. Devido a essa incoerência legal é que configura medida acertada e justa a defendida redução.

Já o próximo argumento explica que a condição sócio-econômica de uma pessoa não é fator absoluto para qualificá-la como criminosa ou infratora. A presença em nosso país da desigualdade social, descaso das autoridades com os menores pobres e abandonados, e a alta criminalidade das camadas menos favorecidas economicamente, é um fato. Mas o meio não é um único e restrito motivo que produz a delinquência juvenil.

No Brasil há uma grande parcela de pessoas que vivem na pobreza e que configuram um alto índice populacional considerando a integralidade de seus cidadãos. Se a afirmação de que todo pobre é criminoso ou infrator fosse verdadeira, seria impossível a convivência nos dias atuais, as cadeias não dariam conta da quantidade de presos e nossa sociedade entraria em colapso. Existem exemplos de várias pessoas que eram pobres na adolescência e que com o fruto de seu trabalho se encontram em ótimas condições financeiras. O pobre também tem capacidade e discernimento sobre seus atos. O poder de decisão e escolha é algo inerente a condição humana. Os motivos para cometimento de um ato infracional vão além da mera condição social. Caso contrário, como explicar o fato de menores de classe média ou classe rica praticarem atos infracionais?

Nessa mesma linha de raciocínio se chegaria à conclusão de que, se os adultos cometem crimes por sua difícil condição social, não deveriam ir, pelo mesmo argumento dos menores, para as cadeias. Muitos adultos, desde sua infância e adolescência, também cresceram em lares com dificuldades sociais e financeiras. Logo se cometem crimes hoje, seria culpa do desenvolvimento carente que tiveram. Não se estaria diante de uma verdadeira incoerência legal usar essa justificativa para favorecer os menores, enquanto que, não vale para os maiores. Para alguém com dezessete anos, onze meses e vinte e nove dias ela vale. Para outro com dezoito anos e um dia ela não vale? E a obediência ao princípio da paridade? A lei trata desigualmente os iguais?

Outra forte razão a favor da diminuição da responsabilidade penal é a ineficácia das medidas sócio-educativas previstas pelo ECA. Alguém acredita que três anos de internação na Casa do Menor ressocializará ou reeducará menores que praticam atos bárbaros como estupros e homicídios?

Não é de hoje que a imprensa vem noticiando fatos tristes proporcionados por adolescentes inseqüentes autores de atos infracionais com

resquícios de crueldade e planejamento. A medida sócio-educativa de maior rigor que pode ser aplicada é a de internação, e só pode ocorrer por no máximo três anos. Após isso, esses menores retornam as ruas, estando com a ficha criminal limpa. Ainda cabe aqui mencionar que, a ausência de investimentos nesse setor acaba por proporcionar situações inusitadas onde menores infratores, logo após cometerem o ato ilícito, sejam liberados com a mera assinatura de um termo de compromisso já que não há estrutura suficiente para todas internações.

A evolução dos tempos ainda vem por reforçar o ideal da redução. Nos dias atuais a presença forte dos meios de comunicação e publicidade, a televisão, o rádio, os jornais e tudo mais, proporcionam jovens cada vez mais informados e com consciência de seus atos. A televisão alcança muitos dos lares pobres do país sendo um veículo de informação importante para divulgação de propagandas e notícias. Nesse contexto, é impossível os menores do século XXI não ganharem discernimento, conhecimento e maturidade.

Nosso Código Penal é de 1940 e naquela época a realidade era outra, sendo interessante à manutenção da idade para responsabilidade penal no patamar dos dezoito anos. Na atualidade há uma nova ordem e, portanto, é impróprio a adoção da imputabilidade penal nos termos vigentes, já que essa é justificada apenas pela ausência de compreensão e discernimento dos menores sobre seus atos. Sobre esse ponto, escreve, Marcelo Augusto Rimonato (2007, p. 197):

As leis brasileiras *in casu* são falhas e ultrapassadas. Hoje menores de 18 anos têm o mesmo grau de consciência de qualquer adulto, pois qualquer pessoa que comete crimes com requintes de crueldade, seja menor, seja maior, sabe muito bem o que está fazendo e, portanto, merece punição a altura.

Deve-se admitir que o jovem deste novo milênio não é ingênuo como o do século XX. A evolução mundial foi intensa e influenciou as responsabilidades, os direitos e as obrigações. Contudo, o ECA prevê no máximo 3 anos de reclusão para menores infratores, com aplicação de advertências e penas brandas. Isso deve ser mudado.

Soma-se a isso, até a entrada de jovens menores de dezoito anos nas universidades e faculdades de todo país. A juventude hoje tem discernimento, e, por isso, é necessária e justificada a redução da menoridade penal.

Em um país como o Brasil, de tantos avanços conquistados e de uma democracia consolidada, é muito importante a opinião do povo em questões polêmicas que envolvem todos seus cidadãos. A redução da menoridade penal não é diferente por ser um dos temas mais discutidos nos últimos tempos. Em pesquisa realizada pelo Estado-Ibope⁴, 85% da população é favorável a redução da menoridade penal. Com essa matéria provou-se que o povo quer mudanças e conforme opinião da corrente defendida a população brasileira não pode ficar refém de menores infratores.

Pela grandeza da instituição também se deve ressaltar pesquisa realizada pela AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros)⁵, no ano de 2006, onde ficou constatado que 61% dos magistrados brasileiros são favoráveis a redução da menoridade penal contra uma porcentagem de 23,4% que são contra. Essa pesquisa demonstra que o Judiciário brasileiro é favorável a tal diminuição, opinião que deve ser levada com muita consideração por aqueles competentes pela produção legislativa.

Sétimo argumento dessa corrente remonta-se a uma situação fática do cotidiano. Nos crimes praticados por maiores que tenham a participação de menores, sempre que ambos são presos o menor assume sozinho toda autoria retirando do maior qualquer responsabilidade. O menor é usado como escudo para impunidade do maior, e o fato de serem tão brandas as medidas sócio-educativas, acaba-se por ter um incentivo legal para que essa situação se perpetue.

A questão da impunidade ainda é reiteradamente ressaltada por essa corrente. Por saberem das mínimas punições recebidas os menores pouco dão importância quando vão para Casa do Menor após a tentativa ou até concretização de um ato infracional. Admitindo-se o real fato de serem brandas, as medidas sócio-educativas acabam por incentivar a entrada dos menores no cenário do crime. Dessa forma a redução da idade para imputabilidade penal seria medida eficaz no combate dessa circunstância assustadora, levando em conta que, ao ser aplicada, intimidará os menores na prática de atos infracionais.

Outro argumento citado é a adoção por outras nações do planeta de uma baixa idade para responsabilização penal dos menores infratores. Neste ponto

⁴ <<http://txt.estado.com.br/editorias/2006/08/02/cid-1.93.3.20060802.32.1.xml>>.

⁵ <<http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa2006.pdf>>.

é perceptível que grande parte dos países desenvolvidas utilizam idades inferiores a do Brasil para responsabilidade penal. Portanto esse é um motivo favorável à redução. Para maiores detalhes, deverá o leitor retornar ao capítulo específico sobre a menoridade penal no direito comparado.

Décimo argumento é o de que, se as medidas preventivas aplicadas pelo Estado no combate aos crescentes números de atos infracionais são ineficazes, não devem ser interpretadas como maneira de se excluir a real responsabilidade do menor diante de seus atos perpetrados. Uma coisa são as medidas preventivas, outras são as repressoras quando o ato infracional ocorre. A redução da responsabilidade penal infanto-juvenil advém como proposta de repressão para pacificar a sociedade diante do número crescente de jovens infratores.

Quanto aos motivos sociais, econômicos ou estruturais, ensejadores de menores infratores, esses devem ser sim, discutidos, analisados e neutralizados, mas de forma autônoma com a medida jurídica debatida. Superlotação de cadeias, locais de internações ruins e inadequados que não recuperam, problemas internos dentro da Casa do Menor, são outros problemas que devem ser resolvidos em setores diversos do jurídico. Tal corrente defende a necessidade urgente de redução da responsabilidade penal, por ser forma de tratamento direto àqueles que já delinqüiram, trazendo como contribuição secundária à possibilidade de se evitar novos atos infracionais.

Demonstrado os posicionamentos a respeito da possibilidade e viabilidade da redução da menoridade penal, cabem aqui serem tecidas algumas considerações. De maneira ampla já se aceita a idéia de que o menor do mundo de hoje não é mais ingênuo. Ele entende o que faz e já possui maturidade. Esse reconhecimento não é feito somente pela sociedade, trazendo a própria lei um rol de direitos complexos só concedidos aqueles que já possuem discernimento.

Poucos discordam que um adolescente com dezesseis ou dezessete anos possui a mesma capacidade de compreensão e entendimento que um adulto de dezoito anos. O tratamento diferenciado concedido permite uma impunidade instituída, colocando-se em conflito a brandura das medidas sócio-educativas e a gravidade dos atos infracionais praticados.

A realidade está cheia de casos que comprovam a última afirmativa. O assassinato brutal do menino João Hélio Fernandes Vieites, de seis anos, arrastado por um carro após bandidos roubarem o mesmo, e o triste episódio que tirou a vida de Ana Cristina Johannpeter, após um assalto no Rio de Janeiro, são apenas alguns exemplos disso. Eles se interligam pela brutalidade, violência, e por terem como autores menores de dezoito anos. Para esses a resposta mais enérgica que o Estado pode dar é a medida sócio-educativa de internação por um período máximo de três anos. E aí se pergunta: Tal medida é suficiente para recuperá-los? Há algum indício de ressocialização? A sociedade estará realmente segura e essa medida sócio-educativa evitará novos atos infracionais?

Ainda nesse ponto cabe frisar mais duas situações. Primeira, se um menor com dezesseis anos comete quinze assassinatos e trinta seqüestros relâmpagos, havendo sua prisão com aplicação do Código penal já no primeiro deles, que seja o assassinato, não se estaria evitando a morte de mais quatorze pessoas, além do seqüestro de outras trinta? E segundo, se esse mesmo menor assassinar as quinze pessoas na idade de dezessete anos, o máximo de repreensão que o Estado poderia aplicar seria a aludida medida de internação, por um período máximo de três anos, para cada ato. A indignação aqui reside no seguinte ponto, considerando que a internação só ocorre até o limite de vinte e um anos de idade, esse menor infrator somente sofreria quatro anos de internação total tendo matado quinze pessoas. Com tal hipótese, será que não está comprovada a impunidade instituída trazida por essa legislação? Para o caso anterior, quantas vidas seriam perdidas por um entendimento legislativo inadequado?

É evidente que o sistema atual está errado. No papel é bonito e avançado, mas em nosso contexto sua aplicação ainda não terá os efeitos desejados. Cada país tem seu grau de desenvolvimento e evolução, e o Brasil ainda não está pronto para enfrentar o problema da delinqüência juvenil com essas simples medidas.

O discurso da problemática social não é suficiente para manutenção do atual regime. Para por fim a questão, se esse fator influenciasse sozinho na prática de atos infracionais esses somente atentariam contra o bem jurídico do patrimônio, o que não é verdade. É, portanto, hipócrita o discurso tentando justificar a má índole com apenas fatores sociais.

Os menores de dezoito e maiores de dezesseis anos sabem que, se com uma arma de fogo atirar contra uma pessoa, com grande probabilidade irão matar. Nessa linha, se os defensores da imputabilidade penal aos dezoito anos acreditam que o sistema penal não deve ser aplicado aos menores por estar falido e não recuperar ninguém, por que então aplicar aos maiores? Os dois não compreendem o caráter ilícito do fato? Os maiores não possuem dignidade e não merecem tratamento penal que os puna e recupere para não mais delinquir? No trágico fim desse raciocínio se chegará ao ponto que por tal justificativa os maiores não deveriam ficar nas penitenciárias, mas sim, serem todos libertados.

O artigo 227 da Constituição Federal garante a absoluta prioridade aos menores, adolescentes e crianças. Nesse ínterim, se destacam, entre outros, o dever de garantir à vida, à saúde, à dignidade, à liberdade, e colocar os menores a salvo de toda forma de violência, crueldade e opressão. A redução da responsabilidade penal não trará nenhum abuso a essas garantias. As normas de execução criminal não atentam contra a vida, contra a saúde, nem contra a dignidade, muito menos são praticadas com violência, crueldade e opressão, pois, caso contrário, seriam impróprias serem preconizadas aos adultos.

A liberdade, assim como sua previsão para os maiores, deve ser relativizada em algumas hipóteses. A própria lei a restringe com a possibilidade de aplicação da medida sócio-educativa de internação, e no caso de conflitos jurídicos envolvendo sua presença e a de outros bens jurídicos importantes tutelados pela lei, podendo-se citar como exemplo o próprio direito à vida e a integridade física. É por isso que a aludida mudança não traria ofensa ao princípio da absoluta prioridade, constituindo até uma forma de preservação desses direitos ao menor no caso de ofensas diretas perpetradas por outro adolescente infrator.

O atual sistema carcerário brasileiro também recebe muitas críticas por enfrentar problemas sérios de escassez de investimentos e esquecimento político. O contato entre os adolescentes com dezesseis anos e adultos presidiários é visto por muitos como algo perigoso. Mas, saídas contra tal argumento são possíveis de serem concretizadas.

Propõe-se a adoção de locais separados para o cumprimento de penas dos infratores com idades entre dezesseis e dezoito anos daqueles prisioneiros velhos e corrompidos. Com essa medida se estaria evitando ataques daqueles

contrários à redução, no sentido de se misturar os jovens criminosos com antigos e profissionais transgressores da lei.

De qualquer forma, a troca de informações entre presos é algo inconcebível de ser proibido. Mas, mesmo assim, algumas ações para minimizar a potencial influência por parte dos mais inescrupulosos prisioneiros sob os mais novos e ingênuos criminosos poderia ser uma medida de política criminal a ser tomada. Nesse sentido, a respectiva separação é defendida como forma de se evitar o contágio da alta criminalidade e de preservar os mais novos freqüentadores do sistema penitenciário da ampla subjugação moral e física impostas pelos detentos mais antigos.

É o que defende Nucci (2000, p.110):

A redução é uma imposição natural, podendo-se, como ocorre em outros pontos do Globo, estabelecer uma nítida separação entre o local de cumprimento de pena para os maiores de 18 anos e para os menores que forem penalmente imputáveis.

Com relação aos possíveis questionamentos oriundos do tratamento para os menores de dezesseis anos, que continuariam inimputáveis, sugere-se a adoção das medidas sócio-educativas, mas com ênfase em duas modificações. Uma delas seria a aplicação de um maior e proporcional tempo de internação ou de cumprimento de outra medida menos rigorosa; e segundo, a maior efetividade do que está hoje disposto na lei para que essas medidas possam atingir seus fins, sendo necessário um maior investimento do Estado nas instituições responsáveis pelo tratamento do menor.

Inclusive nesse ponto, seria interessante uma maior ação daqueles responsáveis por políticas preventivas no combate a criminalidade infanto-juvenil. Projetos como o de Lei do Senado nº 118, de 2003, proposto pelo senador Aloísio Mercadante é uma saída recomendável, em conjunto com a redução da menoridade penal, para esse problema. Ele defende um maior rigor nas penas daqueles que, individualmente ou em grupo, induzem, constroem, ou ajudam os menores a praticar ações delituosas. Cabe destacar parte da justificativa do projeto:

A participação de menores em atividades delituosas tem aumentado significativamente nos últimos anos, paralelamente ao desenvolvimento e proliferação do chamado 'crime organizado'. A utilização de menores por parte dessas organizações criminosas tem conseqüências extremamente graves, não somente porque contribui para expandir e generalizar a violência, mas sobretudo porque significa, em uma grande parte dos casos, condenar à morte prematura as crianças e adolescentes envolvidos. O fenômeno é de tal magnitude que já se reflete nos indicadores demográficos de algumas metrópoles brasileiras. [...] propomos direcionar o rigor da lei para aqueles que, individualmente ou em grupos, induzem, constrangem ou ajudam os menores a praticar ações delituosas.

Sala das Sessões, 9 de abril de 2003. – **Aloizio Mercadante**.

Além desse, inúmeras outras idéias existem, principalmente por parte daqueles que são contra a possibilidade de redução da menoridade penal, para se investir em ações de política preventiva. De longa data já se reconhece os benefícios da prevenção quando comparado com o tratamento e, por isso, da importância de se ressaltar esses ideais. Para a real erradicação da delinqüência juvenil é necessária a união de políticas preventivas com medidas enérgicas após a ocorrência ato infracional.

Não se pode por simples capricho, ignorar excelentes projetos de prevenção propostos pela corrente contrária a aqui ressaltada. Nesse contexto, não seria correto descartá-los só porque vieram de pessoas com outras metas e restrições. Independente da posição defendida deve ser visualizado como bem supremo a classe humana e seu bem-estar, e, por isso, a união de idéias por diferentes visões apenas fortaleceria o processo de prevenção aos atos ilícitos advindos de crianças e adolescentes.

Por tudo já exposto, a redução da menoridade penal é a medida mais bem justificada para a defesa da ordem em um Estado onde a delinqüência juvenil mostra sua cara consciente e assustadora. A idade de dezesseis anos é atualmente considerada pela maioria, como o momento ideal para a atuação penal devido o discernimento apresentado. Não há necessidade de exame psicológico porque é inadmissível a ausência de entendimento ou compreensão. A sociedade quer respostas, e, fica apreensiva, esperando qual cidadão de bem será o próximo alvo da classe de adolescentes infratores e impunes. A Proposta de Emenda Constitucional nº 171 de 1993 vem à defesa dos próprios cidadãos, e, por isso, se apresenta como a solução mais viável, sendo sinônimo de reestruturação e justiça.

9 CONCLUSÃO

A legislação brasileira vigente qualifica as crianças e os adolescentes como seres penalmente inimputáveis, cabendo apenas a aplicação de sua lei especial. Essa, conforme já mencionado, é a lei 8.069 de 1990, que prevê medidas sócio-educativas e de proteção aos adolescentes infratores. Por simetria, a irresponsabilidade penal dos menores de 18 (dezoito) anos também veio disposta no artigo 228 da Constituição Federal e no artigo 27 do Código Penal.

Esses dispositivos legais adotaram o critério biológico para aferição da imputabilidade penal considerando como inimputáveis todos aqueles com idade biológica inferior a de 18 (dezoito) anos. Para isso, basta a existência de enfermidade ou deficiência mental, independente de indagação posterior.

Dentre os movimentos de política criminal demonstrou-se à necessidade de uma mista solução a criminalidade vigente, com a adoção de práticas associadas aos três movimentos descritos, sendo elas: rigidez nas penas para os crimes mais graves, práticas penais preventivas, e a criminalização de ações contra bens jurídicos coletivos e metaindividuais.

O crescente número de atos infracionais graves constantemente presentes nos noticiários demonstraram a necessidade de respostas rápidas para a questão do adolescente infrator. Por conseqüência, discussões sobre as soluções para tal problema se tornaram corriqueiras e a redução da menoridade penal veio à tona.

No direito comparado, à maioria dos países desenvolvidos adotam limites etários inferiores aos brasileiros para a responsabilidade penal. Outros países conhecidos pela sua clássica história na luta pelos direitos humanos também ratificam esse ideal considerando níveis mais baixos para a responsabilização criminal.

As medidas sócio-educativas preconizadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente são brandas demais diante da gravidade dos atos infracionais praticados. A conseqüência é uma impunidade instituída que incentiva a reiteração

ilícita infanto-juvenil. A infra-estrutura que o Estado dispõe para aplicar o ECA é insuficiente, e mesmo que fosse melhorada não conseguiria responder aos anseios da sociedade nas hipóteses de atos infracionais gravíssimos.

Os problemas sociais são reconhecidos como problemas sérios, mas que, por si só, não produzem um jovem infrator. Pessoas são mortas, assaltadas e vítimas dos mais bárbaros atos infracionais possíveis e a inimizabilidade é taxada como impunidade.

A juventude de hoje é diferente da existente em 1940 quando o Código Penal atual, com o critério biológico para a imimizabilidade penal, foi idealizado. As informações e notícias estão presentes na vida de qualquer jovem e, dessa forma, a maturidade intelectual é alcançada, possibilitando ao mesmo capacidade de compreender o caráter ilícito de um fato e se comportar conforme esse entendimento.

A redução da menoridade penal é apresentada como a solução imediata para o problema em tela, não conflitando com as cláusulas pétreas por ser o artigo 228 da Constituição Federal considerado como mero direito de liberdade negativa que deveria ser previsto na legislação infraconstitucional, não configurando nenhum princípio constitucional.

O Projeto de Emenda à Constituição, nº 171 de 1993, vem ao encontro do que está sendo defendido. O adolescente com idade de 16 (dezesseis) anos já possui discernimento integral e, portanto, assim como os maiores de dezoito anos, merece responder por suas atitudes perante o Código penal.

Juntamente com a aludida redução restou dispostas medidas secundárias necessárias para que o efeito da solução do problema da juventude infratora seja a maior pacificação social possível. Os adolescentes que serão presos devem ficar em estabelecimentos separados daqueles disponibilizados para os maiores de dezoito anos. Medidas preventivas no âmbito social devem ser fortalecidas e, para evitar a impunidade dos adolescentes menores de dezesseis anos, ainda sob a tutela do ECA, as medidas sócio-educativas para os crimes mais graves devem ser enrijecidas.

A idade não pode servir como forma de impunidade, e, a criança e o adolescente, pelos princípios preconizados a seu favor, merecem uma real

reeducação como forma de recuperação. Neste sentido a redução da menoridade penal é a única forma hoje viável, para reeducar o adolescente infrator levando-se em conta seu grau de maturidade. A sociedade só poderá encontrar total segurança e o devido sossego, quando as crianças e adolescentes crescerem reeducados, recuperados e devidamente reabilitados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Pesquisa AMB 2006**: Tabela 15. Disponível em:
<<http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa2006.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2008.

CÂMARA DO DEPUTADOS: Pesquisa completa. Disponível em:
<<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 21 jan. 2008

CURY, Munir. et. al. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DELGADO, Rodrigo Mendes. Algumas palavras sobre menoridade penal. **DireitoNet**, 17 jan. 2005. Disponível em:
<<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/18/86/1886/>>. Acesso em: 03 fev. 2008.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad

JESUS, Damásio Evangelista. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1.

JORGE, Éder. Redução da maioridade penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, s - p, nov. 2002. Disponível em:
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3374>>. Acesso em: 03 fev. 2008.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato infracional**: medida sócio-educativa é pena?. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti(org.). **Direito penal e Constituição**. São Paulo: Malheiros editores, 2000.

MACHADO FILHO, Aires da Mata. **Novíssimo dicionário ilustrado urupês**. 24. ed. São Paulo: Age, 1977.

MAIORIDADE Penal. **Opinião e Notícia**. Editorial. Disponível em:
<<http://www.opiniaoenoticia.com.br/interna.php?mat=4748>>. Acesso em: 20 jan. 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: parte geral. arts. 1º a 120 do CP. 24. ed. rev., atual. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Cláudio Santo de. A tônica de redução da menoridade penal. **Revista APMP**. São Paulo, ano XI, n. 43, p 4-5, maio/jul. 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.

85% apóiam a redução da maioria penal. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 02 ago. 2006. Disponível em: <<http://txt.estado.com.br/editorias/2006/08/02/cid-1.93.3.20060802.32.1.xml>>. Acesso em: 21 jan. 2008.

PRADO, Luiz Regis Prado. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte geral. 3 ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RIMONATO, Marcelo Augusto. Idade Limite da Imputabilidade Penal. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v. 8, n. 45, p. 197, ago./set. 2007.

SARAIVA. João Batista da Costa. **Adolescente e ato infracional**: garantias processuais e medidas sócio-educativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SENADO FEDERAL: Pesquisa Avançada. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/pesqAvancada.asp>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZIMMERMAN, Patrícia; SIPTZ, Patrícia. O Brasil é o oitavo país em desigualdade social, diz pesquisa. **FolhaOnline**, São Paulo: 07 nov. 2005. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u112798.shtml>> Acesso em: 23 jan. 2008.

ANEXO A – Projetos de Emenda Constitucional encontrados no Senado Federal

ANEXO B – Projetos de Emenda Constitucional encontrados na Câmara dos Deputados