

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

VINÍCIUS FERNANDES FERREIRA DA SILVA

MENOR INFRATOR: IMPUNIDADE OU INIMPUTABILIDADE?

RIO DE JANEIRO

2008

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

VINÍCIUS FERNANDES FERREIRA DA SILVA

MENOR INFRATOR: IMPUNIDADE OU INIMPUTABILIDADE?

Monografia apresentada à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da prof.^a Córa Hisae Monteiro da Silva Hagino.

RIO DE JANEIRO
2008

Silva, Vinícius Fernandes Ferreira da.
Menor Infrator: Impunidade ou Inimputabilidade? /
Vinícius Fernandes Ferreira da Silva. – Rio de
Janeiro: UFRJ, 2008.

61f.

Orientador: Córa Hisae Monteiro da Silva Hagino.
Monografia (Graduação em Direito) – Universidade
Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f.58 – 61.

1. Delinqüência Juvenil – Monografias. 2.
Responsabilidade Penal. I. Hagino, Córa Hisae
Monteiro da Silva. II. Universidade Federal do Rio
de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e
Econômicas, Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341.5241

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

VINÍCIUS FERNANDES FERREIRA DA SILVA

MENOR INFRATOR: IMPUNIDADE OU INIMPUTABILIDADE?

Monografia apresentada à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Côra Hisae Monteiro da Silva Hagino – Orientadora
Universidade Federal do Rio de Janeiro – Faculdade Nacional de Direito

Prof^º.Dr. Ricardo Nery Falbo
Universidade Federal do Rio de Janeiro – Faculdade Nacional de Direito

Prof^º.Ms. Cristiane Muniz Thiago
Universidade Federal do Rio de Janeiro – Faculdade Nacional de Direito

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, professora Córa Hisae, pela sua dedicação e zelo, fundamentais à elaboração do presente trabalho.

Aos meus pais e irmã, pelo apoio incondicional durante todo o período acadêmico, jamais teria conseguido sem eles.

A todos os amigos e familiares que sempre incentivaram, mesmo nos momentos de tensão, acreditando sempre no meu sucesso.

RESUMO

SILVA, Vinícius Fernandes Ferreira da. *Menor Infrator: Impunidade ou Inimputabilidade?*. 2008. 61 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O presente trabalho acadêmico analisa as questões relevantes no tocante ao tratamento concedido ao menor infrator na legislação brasileira. Para melhor compreensão do tema, a exordial volta-se à determinação do escopo do trabalho acadêmico no sentido de nortear o leitor do escopo da obra. Na segunda parte, apresenta a história da legislação brasileira relativa à infância e à juventude, demonstrando como eram tratadas as crianças no passado. Na parte que se segue são estudadas as legislações menoristas e a mudança no tratamento desses jovens por parte do legislador constituinte, até a atual implantação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Na parte quaternária do trabalho, será exposto de forma sistemática a diferença entre impunidade e inimputabilidade. Na parte quinária do presente trabalho aborda-se especificamente a redução da maioridade penal, demonstrando, à luz da Constituição Federal da República, que sua implementação é inadmissível, por se tratar de garantia constitucional e, conseqüentemente, de cláusula pétrea. Finalmente, na parte conclusiva da obra, ratifica-se o posicionamento adotado e reitera-se sobre as condições especiais de desenvolvimento do adolescente infrator e da importância de sua reintegração sadia na sociedade.

Palavras-Chave: Menor Infrator; Medidas Socioeducativas; Inimputabilidade; Maioridade Penal.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO..... | 7 |
| 2. A HISTÓRIA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA RELATIVA À INFÂNCIA E À JUVENTUDE..... | 11 |
| 2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA..... | 11 |
| 2.1.1 PRÁTICAS SOCIAIS INDÍGENAS..... | 11 |
| 2.1.2 AS ORDENAÇÕES FILIPINAS..... | 13 |
| 2.1.3 O CÓDIGO PENAL DO IMPÉRIO DE 1830..... | 15 |
| 2.1.4 O CÓDIGO PENAL DA REPÚBLICA - 1890..... | 16 |
| 3. A LEGISLAÇÃO MENORISTA..... | 18 |
| 3.1 O DESENVOLVIMENTO DA LEGISLAÇÃO MENORISTA..... | 18 |
| 3.2 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA)..... | 22 |
| 3.3 AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS..... | 25 |
| 3.3.1 ADVERTÊNCIA..... | 27 |
| 3.3.2 REPARAÇÃO DE DANOS..... | 29 |
| 3.3.3 PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE..... | 30 |
| 3.3.4 LIBERDADE ASSISTIDA..... | 31 |
| 3.3.5 SEMILIBERDADE | 32 |
| 3.3.6 INTERNAÇÃO..... | 33 |
| 4. A NÃO IMPUTABILIDADE PENAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE | 37 |
| 4.1 A IMPUTABILIDADE PENAL..... | 37 |
| 4.2 CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DE IMPUTABILIDADE..... | 41 |
| 4.2.1 SISTEMA BIOLÓGICO..... | 41 |
| 4.2.2 SISTEMA PSICOLÓGICO..... | 42 |

| | |
|---|-----------|
| 4.2.3 SISTEMA BIOPSIOLÓGICO..... | 43 |
| 5. A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL..... | 45 |
| 5.1 A PRETENSÃO DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL..... | 45 |
| 5.2 A INCONSTITUCIONALIDADE DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL | 49 |
| 5.2.1 A MAIORIDADE PENAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL... .. | 51 |
| 5.2.2 A MAIORIDADE PENAL COMO CLÁUSULA PÉTREA..... | 51 |
| 6. CONCLUSÃO..... | 54 |
| REFERÊNCIAS..... | 58 |

1. INTRODUÇÃO

“Aos 15 anos, o americano Charles Andrew Williams era um garoto tímido, vítima freqüente da perseguição dos colegas, com vida familiar complicada. Na manhã de 5 de março de 2001, ele entrou no banheiro masculino de sua escola, a Santana High School, em Santee, na Califórnia, sacou um revólver calibre 22 e começou a disparar. Matou dois colegas e feriu outros 13. A Justiça da Califórnia decidiu que, pela gravidade do crime, Williams deveria ser julgado como adulto. Ele foi condenado a 50 anos de prisão. Ficou até os 18 num reformatório. Desde 2004, cumpre o resto da pena na penitenciária de Calipatria State. Se nada mudar, só sairá de lá em 2051, quando for um senhor de 65 anos. Em 1999, dois anos antes do crime de Williams e três dias antes de completar 18 anos, o brasileiro Rogério da Silva Ribeiro matou com um tiro o estudante de Jornalismo Rodrigo Damus, de 20 anos. Com a ajuda de mais três conhecidos, maiores de 18 anos, Rogério planejou o roubo para conseguir dinheiro para bancar sua festa de aniversário. Os três maiores de idade foram condenados a penas de 22 anos. Estão presos e recorrem para tentar reduzir seu tempo de cadeia. Rogério não. Como ainda era menor de idade no dia do crime, foi condenado a cumprir medidas socioeducativas na Febem. Passou um ano e oito meses internado e foi solto.

Williams e Rogério são resultados das diferentes escolhas feitas por seus países para lidar com o problema dos jovens delinqüentes. O Brasil – como mais de 150 nações – adota os 18 anos como idade a partir da qual são considerados adultos perante a lei, limite conhecido no jargão jurídico como maioridade penal. Antes dos 18 anos, os criminosos estão sujeitos a penas mais leves. O motivo para isso, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA): em tese, os menores ainda não têm noção completa das conseqüências de seus atos. Devem, por isso, estar sujeitos apenas a medidas socioeducativas, como internação com atividades esportivas, escolares e artísticas, de modo que possam ser recuperados para o convívio social. A crescente participação de menores em crimes bárbaros, porem, tem chocado a população e tornado mais presente a discussão: devemos mudar a legislação para julgar adolescentes como adultos? Em que casos? Chegou a hora de rever a maioridade penal no Brasil?”¹

Este foi o trecho inicial da reportagem da revista *Época* de sete de maio de 2007 que tratava, como assunto de capa, sobre a possibilidade de menores criminosos serem julgados como adultos.

Durante todo o decorrer da reportagem, o veículo informativo em foco, tenta persuadir o leitor de que a redução da maioridade penal no Brasil reduziria em quantidade significativa a participação de jovens em atividades ilícitas. E para tanto, faz-se valer de imagens fortes, depoimentos emocionantes dos familiares de vítimas,

¹ LOYOLA. Leandro. Revista *Época*. ed. Globo, 07/05/2007. p. 37-38.

comparações com o direito penal estrangeiro e, inclusive, faz citação de “brechas pró-bandidos na legislação penal brasileira”.²

Válido ressaltar a data da reportagem, sete de maio de 2007, menos de dois meses após o trágico assassinato do garoto João Hélio, em que, dentre os cinco acusados de praticar o crime estava um jovem de dezesseis anos que, sem o devido processo legal, foi julgado por toda sociedade e tido como exemplo de violento adolescente infrator pela mídia brasileira.

Nota-se num primeiro plano, um desrespeito às vítimas e seus familiares que são usados como mártiris pela imprensa a fim de vender suas idéias e produtos. Num segundo momento, vislumbra-se um completo desconhecimento acerca do Direito Penal brasileiro e de sua interpretação, assim como do direito dos jovens e de sua vitoriosa história.

Em defesa do direito dos jovens, o presente trabalho busca a realização de estudo científica, abordando o tema da inimputabilidade e da redução da maioridade penal.

A maioridade penal é atingida aos dezoito anos, o que significa dizer que os menores, antes de completar essa idade, são considerados penalmente inimputáveis, ficando sujeitos, caso pratiquem um ilícito penal, à legislação especial (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), conforme disposto nos artigos 228 da CF, 27 do CP e 104 do ECA.

Tal fixação tem gerado várias discussões sobre a redução da idade para a imputabilidade penal e indignação por parte da sociedade, pois restou associado à inimputabilidade penal à impunidade do adolescente que praticou um crime ou contravenção penal.

Por conseguinte, ao diminuir a idade da responsabilidade penal, o legislador pretende reduzir o número de crimes cometidos por menores de idade, garantindo uma maior segurança ao cidadão brasileiro. Isso porque, existe um falso entendimento cultural de que grande parte da violência praticada no país é cometida pelos adolescentes, e estes ficam impunes pela proteção concedida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

² Ibidem. p. 42.

Ao invés de se tratar o jovem infrator como um delinqüente irrecuperável, o legislador deve se basear no ECA para obter as medidas corretivas necessárias a fim de se obter a reeducação deste menor cujo desenvolvimento intelectual encontra-se inacabado.

Sob nosso entendimento, a tentativa de redução da imputabilidade penal consiste na repressão que o Direito Penal influi sobre os brasileiros, devido ao seu caráter intimidativo, recuperativo e reparatório.

Intimidativo, quando funciona para impedir que outras pessoas cometam a mesma conduta típica qualificada no Código Penal. Recuperativo na medida em que se busca, através do sistema prisional, a recuperação social do agente. Reparatório, ao se tratar que durante a sua punição, está o infrator cumprindo um castigo, e dessa maneira, reparando o mal cometido.

De inquestionável clareza que a redução da idade de responsabilidade penal não é a solução para o problema da crescente criminalidade brasileira, nesse mesmo sentido falhará em satisfazer os anseios sociais caso haja sua implementação. Somente através de programas sociais é que conseguiremos frear o crescimento vertiginoso da violência no Brasil.

Ademais se a idade fosse a solução para o problema no Brasil não haveria delitos cometidos por maiores de dezoito anos. É nessa perspectiva que se dá o presente trabalho, buscando, após o combater os argumentos apresentados pelos defensores da redução da maioridade penal, expor os motivos da sua inaplicabilidade. Isso à luz da Constituição Federal, especialmente no que tange à inimputabilidade penal dos jovens como garantia constitucional e, conseqüentemente, como cláusula pétrea.

Inicialmente, veremos o tratamento dado aos menores durante a história do Brasil. De fácil constatação que desde antes de seu descobrimento até meados do século vinte não houve um cuidado especial em relação à criança e ao adolescente. Quando praticantes de crimes, por muito tempo foram julgados como adultos e isso não influenciava na sua ocorrência.

Em seguida estudaremos o advento e o desenvolvimento das legislações menoristas, momento em que ocorreu a preocupação com o estado especial de desenvolvimento dos jovens brasileiros. Ainda, da edição do Estatuto da Criança e do

Adolescente e da aplicação das medidas socioeducativas, assim como seus fundamentos e objetivos.

Por diante, um estudo sistemático sobre a inimputabilidade da criança e do adolescente, assim como seus motivos e conseqüências legais. E, no último capítulo, a exposição acerca da redução da maioridade penal, o enfrentamento da corrente que a defende e as razões do porquê de se tratar de garantia constitucional e de cláusula pétrea.

2. A HISTÓRIA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA RELATIVA À INFÂNCIA E À JUVENTUDE

2.1 Evolução Histórica

O Código Penal Brasileiro perpetuou-se através dos tempos caminhando e se atualizando mediante as inovações temporais e a evolução necessária, ocasionadas tanto pelos desenvolvimentos tecnológicos e sociais, tanto pelas suas influências na base da sociedade brasileira.

Muitas foram as legislações criadas e aplicadas no Brasil. Cada uma, à sua época, foi demonstrando-se ineficaz frente à arrancada da criminalidade juvenil. O que podemos observar claramente é a tentativa histórica de resolver essa problemática social, mesmo muito antes de sua colonização.

2.1.1 Práticas sociais indígenas

Quando do descobrimento do Brasil, aqui já habitavam os nativos, divididos em inúmeras tribos, cada uma com suas peculiaridades e as quais possuíam regras penais próprias. Embora as tribos ficassem espalhadas pelo continente, todas possuíam um sistema corretivo muito semelhante.

As crianças eram castigadas, para que aprendessem a portar-se, tendo como exemplo a conduta dos mais velhos. Muitos crimes eram punidos no seio da comunidade indígena: furto, adultério, homicídio, lesão corporal etc. Esta última era retribuída pelos familiares do ofendido na mesma proporção e no mesmo local, no corpo do agressor, onde se deu a lesão na vítima do ato criminoso.

É de certo afirmar que nossos índios desconheciam instituições como Governo, Justiça ou Legislação Penal e, nesse contexto social bastante diverso, dispunham simplesmente de alguns regramentos rudimentares que eram transmitidos oralmente, de geração para geração.

Na tribo, buscava-se preservar as tradições, os valores da comunidade, principalmente aqueles transmitidos pelos mais velhos aos mais jovens. Ressalva-se, que algumas dessas tradições eram passadas ritualisticamente e exigiam a participação de todos os seus integrantes.

Ademais, cabe ressaltar que havia, por parte dos mais jovens mancebos, toda uma reverência devida aos mais velhos, pois a estes, reunidos, cabiam as decisões sobre a incidência de punibilidade de uma determinada conduta. Não era observado a idade do faltoso, mas sim o tipo de atitude que, se praticada, ofendia as normas de moral ou dos bons costumes da tribo tumultuando a tranqüilidade dos outros membros.

Muito nos ilumina, no tocante à punição dos menores nativos, a ressalva de Pierangelli:

"as crianças eram castigadas para que aprendessem a urbanidade. 'A polidez e o respeito mútuo eram encarados como a forma ideal de dirigir a vontade dos filhos e incitá-los aos exemplos dos mais velhos".³

Bernardino Gonzaga dispõe da seguinte forma:

"as crianças sempre foram normalmente responsabilizadas nas sociedades pré-Ietradas, inclusive devido à suposição de que nelas podia estar encarnado algum adulto já falecido. O menor é alcançado pela reação vindicativa, ou como responsável direto do crime, ou porque envolvido nas malhas da responsabilidade coletiva".⁴

Ressalva-se que naquela época, mesmo não se tendo uma idade definida, os menores infratores respondiam por seus atos e infrações, cuja responsabilidade equivalia à do adulto, dessa forma não havia de se falar em tratamento diferenciado ou mesmo punições mais brandas.

Foi o direito penal do colonizador português que, de maneira brutal, se sobrepondo totalmente aos costumes e tradições existentes, impôs regularmente a previsibilidade das sanções previstas para punir os que cometessem algum tipo de crime ou delito, ainda que o autor fosse criança ou adolescente. Seria a ele aplicada a mesma sanção do adulto.

³PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil, Evolução Histórica*. Bauru-SP: Jalovi, 1980. p. 4.

⁴ GONZAGA, João Bernardino. *O Direito Penal Indígena*. São Paulo: Max Limonad, 1972. p. 104.

2.1.2 As Ordenações Filipinas

No plano do Direito Penal, quando D. João VI desembarcou em nosso litoral com sua Corte, em 1808, estava em vigência no Brasil as Ordenações Filipinas. Estas ordenações vigoraram em Portugal a partir de 1603 e no Brasil até 1830.

No Livro V das Ordenações Filipinas, aplicava-se um direito difuso, pautado pela responsabilidade objetiva e coletiva, cheio de mitos e tabus, que não se transitava a terceiros.

Sendo à época a Igreja oficial a Católica, suas doutrinas e influências eram a fonte do direito e da moral daqueles que presidiam a jurisdição do Estado. Nesse sentido, como pelo tradicional catecismo católico, a idade da razão era alcançada aos sete anos, também, do ponto de vista do Estado, sete anos seria o marco da responsabilidade penal no Brasil.

Destaca-se que as Ordenações Filipinas asseguravam apenas, em favor dos menores de dezessete anos, a inaplicabilidade da pena de morte. Reportando-se ao Título CXXXV do Livro Quinto daquele diploma legal, José Henrique Pierangelli assim discorreu:

“Quando algum homem, ou mulher, que passar de vinte anos cometer qualquer delito, dar-lhe-á a pena total, que lhe seria dada, se de vinte e cinco anos passasse. E se for de idade de dezessete anos até vinte, ficará ao arbítrio dos julgadores dar-lhe a pena total, ou diminuir-lha. E neste caso olhará o julgador o modo com que o delito foi cometido e as circunstâncias dele, e a pessoa do menor; e se achar em tanta malícia, que lhe pareça que merece pena total, dar-lhe-á, posto que seja de morte natural. E parecendo-lhe que não a merece, poder-lhe-á diminuir, segundo qualidade, ou simpleza, com que achar, que o delito foi cometido. E quando o delinqüente for menor de dezessete anos cumpridos, posto que o delito mereça morte natural, em nenhum caso lhe será dada, mas ficará em arbítrio do julgador dar-lhe outra menor pena. E não sendo o delito tal, em que caiba pena de morte natural, se guardará a disposição do Direito comum”.⁵

⁵ PIERANGELLI, José Henrique. Op. cit. p. 133.

Assim enunciava o referido diploma, tendo idade entre dezessete e vinte anos, fica ao arbítrio do julgador aplicar a pena total, ou diminuí-la. Da mesma forma caso fosse o infrator menor de dezessete anos. Se bem que a pena capital, consoante o regramento, nesse caso haveria de ser mitigada; aplicar-se-ia uma pena não extremada como a máxima.

Ratificando o entendimento em relação à matéria, João Batista Costa Saraiva, numa espécie de resumo, assevera:

“no início do século XIX, a imputabilidade penal iniciava-se aos sete anos, eximindo-se o menor da pena de morte e concedendo-lhe redução da pena. Entre dezessete e vinte e um anos havia um sistema de ‘jovem adulto’, o qual poderia ser até mesmo condenado à morte, ou, dependendo de certas circunstâncias, ter sua pena diminuída. A imputabilidade penal plena ficava para os maiores de vinte e um anos, a quem se cominava, inclusive, a morte em certos delitos”.⁶

E diz mais o sábio estudioso Basileu Garcia a respeito do ente normativo em comento:

“As Ordenações assinalavam-se pela exorbitância das penas, que alcançavam ferozmente fatos às vezes insignificantes, pela desigualdade de tratamento entre os vários agentes do delito, pela confusão entre o Direito, a Moral e a Religião e por outros muitos vícios. Dentre as penas, a de morte era prodigalizada”.⁷

Frente ao apresentado, somos levados a compreender, salvante juízo mais abalizado, que os menores de dezessete anos estavam sujeitos a todas as penas, inclusive à pena de morte, de acordo com doutrinadores que profundamente analisaram a legislação daquele tempo.

2.1.3 O Código Penal do Império de 1830

⁶ SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral. 2. ed. Porto Alegre, 2005..p. 27.

⁷ GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal. 1. ed. São Paulo, 1951. p. 118.

Com a Proclamação da Independência em 1822, tivemos em 1830 o primeiro Código Penal brasileiro. Em face dos menores, assim ditava o Código Criminal:

Art. 10. Também não se julgarão criminosos: § Os menores de quatorze anos”

Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem cometido crimes, obrarão com discernimento, deverão ser recolhidos as casas de correção, pelo tempo que ao juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda a idade de dezessete annos.

Art. 18. São circunstâncias attenuantes dos crimes: § 10 Ser o delinquente menor de 21 annos. Quando o réo fôr menor de dezessete annos e maior de quatorze, poderá o juiz, parecendo-lhe justo, impor-lhe as penas da complicitade .

Dessa forma vemos que havia quatro espécies de menores: os menores de catorze anos - tidos como inimputáveis (excetuava-se quando obrassem com discernimento); os menores de catorze anos que tivessem agido com discernimento e deveriam ser recolhidos em casa de correção por tempo determinado pelo juiz, não podendo superar, recolhido, a idade de dezessete anos de idade; os adolescentes com mais de catorze e menores de dezessete anos, conforme entendimento do juiz, receberiam a pena de complicitade; e em relação aos maiores de dezessete anos e menores de vinte e um caberia aplicar a atenuante genérica da menoridade (circunstâncias atenuantes).

Assim discorreu Manoel Pedro Pimentel quando da Declaração do Tribunal de Relação da Corte, em 23.03.1864:

"no respeitante aos infantes totalmente isentos da applicação de pena se menores de sete annos. Se maiores de sete e menores de catorze annos, demonstrando discernimento, seriam considerados relativamente imputáveis e recolhidos nos termos do já mencionado art. 13. Cabia ao juiz fixar o tempo, não podendo, porém, o internado ultrapassar seus dezessete annos".⁸

Apenava-se também, de acordo com o art. 13 e nos moldes do disposto no Aviso 478, de 17.10.1863, nessa vertente doutrinária: “o crime cometido pelo menor antes de completar 14 annos, deve ser punido de conformidade com o art. 13 do Código

⁸ PIMENTEL, Manoel Pedro. A constituinte e a menoridade penal. São Paulo, 1988 p. 175.

Criminal, visto que o juiz tem de attender para o estado do menor à época do crime, e na do julgamento”.⁹

Importante frisar que o Código Criminal de 1830 teve grande influência sobre o Código Espanhol de 1848. A partir desse importante marco, suas idéias e princípios, através do Código Espanhol, influenciaram inúmeras legislações, como por exemplo, as da Costa Rica, de Honduras, do Peru, da Guatemala e de outros países da América Latina.¹⁰

2.1.4 O Código Penal da República - 1890

Proclamada a República, o País, por intermédio do Dec. 847, de 11.10.1890, foi contemplado com uma nova legislação penal. Para Galdino Siqueira, o novel diploma “não deu solução satisfatória ao problema da criminalidade dos menores”.¹¹

Este alterou o Código Criminal do Império, prevendo a irresponsabilidade total das crianças menores de nove anos, a obrigatoriedade de imposição de penas de cumplicidade ao maior de quatorze e menor de dezessete anos e a manutenção da atenuante de menoridade para os infratores maiores de dezessete e menores de vinte e um anos de idade.

Brilhante, Pierangelli em seu comentário acerca do Código Penal da República:

“Não obstante as criticas, o primeiro código penal republicano possuía um texto liberal, clássico, que simplificou o sistema de penas do Código anterior, ponto que, para seu tempo, significou um sensível avanço sobre o texto do código imperial, inspirado que foi nos melhores modelos disponíveis”.¹²

Nota-se que o primeiro Código Penal Republicano, embora possuísse um texto liberal e avançado, não trouxe uma solução satisfatória ao problema da criminalidade

⁹ FILGUEIRAS JR, Araujo. Código Criminal do Império do Brazil anotado. Rio de Janeiro, 1876. p. 12.

¹⁰ PIERANGELLI, José Henrique. Op.cit. p. 9-10.

¹¹ SIQUEIRA, Galdino. Tratado de Direito Penal, 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950. p. 424.

¹² PIERANGELLI, José Henrique. Op. cit. p. 10.

em relação aos menores infratores. Não havia ainda uma preocupação em relação à reeducação do jovem infrator, tendo as medidas em vigor caráter apenas punitivo.

A real consciência acerca dos jovens brasileiros e da sua condição especial de ser humano em desenvolvimento somente será observada com advento das legislações minoristas, tratadas no capítulo que se segue.

3. A LEGISLAÇÃO MENORISTA

3.1 O desenvolvimento da legislação menorista

Em um primeiro momento, cabe mencionar que a questão de idade no Brasil é tratada de acordo com a matéria. No Direito Civil, contempla-se a maioridade, com dezoito anos; desta forma também no direito penal; no direito trabalhista, traz distinções, sendo que o menor de dezoito anos somente pode exercer a função de aprendiz; segundo a Constituição Federal da República, dezesseis anos para o voto facultativo. Enfim, há de ser esclarecido que tais idades não são determinadas aleatoriamente. Presente a preocupação em fundamentar os critérios que as justifiquem. O mais usual é o critério biopsicológico, no qual são valoradas as condições físicas e psíquicas do sujeito ao qual se destina a norma.¹³

Em vista do demonstrado até o momento, restou cristalino que o assunto **menores** tem ocupado o pensamento de grandes juristas, assim como o de outros segmentos da sociedade, pois é notável o paradoxo: ao mesmo tempo em que é exigido punição ao menor que cometeu um ato infracional, a outra corrente apela para que tal punição seja diferenciada daquela prevista para os adultos.

Assim avançamos, até a presente diferenciação punitiva entre adultos e menores que praticam atos descritos no ordenamento penal, aqueles cumprindo pena e estes cumprindo medidas socioeducativas. Esta não é busca contemporânea, vem desde tempos antigos até os dias atuais.

É de triste constatação, que em nossa época conturbada, não estamos conseguindo pôr em prática o mais elementar critério do direito penal juvenil, que é separar o menor infrator, por idade e por tipo de delito, do menor carente e, principalmente, dos adultos criminosos.

Remonta ao ano de 1923 o primeiro edito que pormenorizava todo o trâmite de processo envolvendo menores, o Decreto 16.272, de 20.12.1923. Assim tratava o referido diploma legal, em relação aos jovens infratores:

¹³ FIRMO, Maria de Fátima Carrada. A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 78.

Art. 24. O menor de 14 annos, indigitado autor ou cúmplice de facto qualificado crime ou contravenção, não será submetido a processo penal de especie alguma; a autoridade competente tomará somente as informações precisas, registrando-as, sobre o facto punivel e seus agentes, o estado physico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e econômica dos paes, ou tutor, ou pessoa em cuja guarda viva.

Art. 25. O menor indigitado autor ou cúmplice de facto qualificado crime ou contravenção, que contar mais de 14 annos e menos de 18, será submettido a processo especial, tomando, ao mesmo tempo, a autoridade competente as precisas informações, a respeito do estado physico, mental e moral delle, e da situação social, moral e econômica dos paes, tutor ou pessoas incumbidas de sua guarda.

Art.25, § 5°. Se fôr imputado crime, considerado grave pelas circumstancias do facto e condições pessoaes do agente, a um menor que contar mais de 16 e menos de 18 annos de idade ao tempo da perpetração, e ficar provado que se trata de individuo perigoso pelo seu estado de perversão moral, o juiz lhe "applicará" o art. 65 do Código Penal, e o remetterá a um estabelecimento para condemnados de menor idade, ou, em falta deste, a uma prisão commum com separação dos condemnados adultos, onde permanecerá até que se verifique sua regeneração, sem que, todavia, a duração da pena possa exceder o seu maximo legal.¹⁴

Este Decreto dava conta das medidas aplicáveis aos delinquentes menores de catorze anos no art. 24, inclusive da impossibilidade de serem submetidos a processo penais de qualquer espécie. No art. 25 tratava dos menores com idade entre catorze e dezoito anos. No §5 do referido artigo previa, para os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos, se constatados como pervertidos ou perigosos, internação em estabelecimento para condenados de menor idade, ou prisão comum separados dos adultos.

Conforme mencionado por Magalhães Noronha, anterior ao supramencionado Decreto, já existia a Lei 4.242 de 05.01.1921, que determinou em seu artigo 3º, § 16, "não ser submetido a processo algum o menor de 14 annos, autor de crime ou contravenção".¹⁵

Mais de seis annos se passaram até a edição do Decreto n. 5.083 de 12.10.1927 denominado Código de Menores. Claramente via-se no instituto a preocupação para se cuidar dos menores infratores. Tanto é assim que seu Capítulo V, no art. 45 enunciado estava como proceder quando o infrator tivesse menos de catorze annos de idade. No art. 46 impunha regras para aqueles menores situados na faixa etária entre catorze e dezoito annos.

¹⁴ PASCUIM, Luiz Eduardo. Menoridade Penal. Curitiba: Juruá, 2007. p. 49.

¹⁵ NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. 20. ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 180.

Art. 45. No caso de menor de idade inferior a 14 anos indigitado autor ou cúmplice de facto qualificado crime ou contravenção, si das circunstancias da infração e condições pessoais do agente ou de seus pais, tutor ou guarda tornar-se perigoso deixal-o a cargo destas, o juiz ou tribunal ordenará sua collocação em asylo, casa de educação, escola de preservação, ou o confiará a pessoa idônea, até que complete 18 annos de idade. A restituição aos pais, tutor ou guarda poderá antecipar-se mediante resolução judiciaria e prévia justificação do bom procedimento do menor e daquelles.

Arf.46. Tratando-se de menor de 14 a 18 annos sentenciado a internação em escola de reforma, o juiz ou tribunal póde antecipar o seu desligamento, ou retardal-o até o máximo estabelecido na lei, fundando-se na personalidade moral do menor, na natureza da infracção e circunstancias que o rodearam no que possam servir para apreciar essa personalidade, e no comportamento no reformatório segundo informação fundamentada do diretor.¹⁶

Cabe oportuno colocar o conceito de menor infrator sugerido por Alyrio Cavallieri, notório conhecedor do Direito: "Menor infrator é uma pessoa de até 18 anos de idade que pratica ato previsto em lei penal sujeitando-se a medidas prescritas na legislação especial".¹⁷

E ainda, tratando do conceito de menor, aduz Nuvolone em síntese: "Trata-se de um delinqüente essencialmente caracterizado pela imaturidade".¹⁸

Muito nos elucida a respeito dos menores de dezoito anos Günther Jakobs quando diz que "constitui um privilégio da lei a presunção de incapacidade, calcada em sua juventude, especialmente em sua imaturidade ou em socialização defeituosa, para dar-se conta do significado da norma, para portar-se de acordo com a mesma".¹⁹

Nas palavras de Oliveira Amaral acerca da temática:

"a missão de recuperar qualquer ser humano é altamente qualificada; com o menor, essa exigência é bem mais profunda por razões que adiante veremos". E segue: "destarte, devemos ter perfeita noção de que a causa menorista (para usarmos o neologismo de Cavallieri) não está restrita a uma visão monolítica, porém global. O menor desajustado, infrator, abandonado, doente, é produto de uma sociedade ainda não plenamente desenvolvida, na amplitude de seus recursos econômicos, sociais e culturais. É verdade, também, que o problema existe noutras sociedades mais desenvolvidas. Ter-se sempre bem presente tal evidência é de suma importância para o trato do tema em exame".²⁰

¹⁶ PASCUIM, Luiz Eduardo. Op. cit. p. 50.

¹⁷ CAVALLIERI, Alyrio. Direito do Menor. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. p. 122.

¹⁸ NUVOLONE, Pietro. O Sistema do Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 90.

¹⁹ JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Fundamentos y teoria de la imputación. 2. ed. Corrigida. Trad. por Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 415.

²⁰ AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. A atual problemática do menor. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, a. 16, n. 61, 1979. p. 84.

Vale transcrever, a fim de melhor elucidação do tema, as palavras do professor Costa e Silva quando em 1930 teceu a seguinte assertiva acerca da legislação menorista:

“O problema da infancia impropriamente chamada criminosa, posto em moda (como se disse) na segunda metade do século passado, constitue ainda hoje preocupação universal. Por unanime convicção, se entende actualmente que o menor não deve estar sujeito a penas e castigos, mas tão somente a medidas educativas e reformadoras. Por isso, com razão, se affirma que para os menores a noção de pena desapareceu e foi substituída pelo tratamento correcional. 1).Em toda parte, se procura evitar que menores sejam recolhidos, ainda que por breve espaço de tempo, preventivamente, a prisões communs. Estas são, por via de regra, lugares de corrupção e de aviltamento. Entre os meios adoptados para conseguir esse desideratum está a criação de estabelecimentos espe-cialmente destinados a receberem menores, enquanto elles aguardam providencias tutelares do juiz. Reconheceu-se também, na maioria dos países, que os tribunaes ordinários, com a solennidade e publicidade de suas audiencias, não eram os mais convenientes para o julgamento de menores. Fazia-se mister confial-o a juizes especiaes, dotados da necessária preparação psychologica, que decidissem as questões á luz dos novos principios, em um ambiente singelo e familiar, paternalmente. A ideia da organização de tribunaes para menores, nascida nos Estados Unidos (o primeiro foi creado em Chicago, em 1899) rapidamente conquistou o orbe civilizado”.²¹

Em 1979, quando do surgimento do Código de Menores, foi que, segundo Luciana de Oliveira Leal, abriu-se campo para a autonomia do Direito do Menor, alicerçada na doutrina jurídica do menor em situação irregular.²²

Comentando o supramencionado dispositivo legal, o juiz Amaral e Silva aduz:

“O sistema tutelar, adotado pelo Código de Menores, precisa ser questionado, quanto às medidas e ao tratamento do menor infrator. Na prática sendo as medidas semelhantes às penas criminaes (ambas objetivam ressocialização e prevenção da criminalidade) não passam de sanções disfarçadas e, por isso, juridicamente só podem ser impostas com observância do devido processo legal. Sendo o menor infrator acusado, tem direito subjetivo à ampla defesa, ao processo contraditório e à presunção de inocência”.²³

²¹ COSTA E SILVA, Antonio José da. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Commentado. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930. p.178-179.

²² LEAL. Luciana de Oliveira. Liberdade da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 53.

²³ SILVA, Antonio Fernando do Amaral e. Menor autor de infração penal. Tratamento e medidas aplicáveis. Jurisprudência Catarinense, n. LXII, 1988. p. 37-38.

Ressalta-se que este ente normativo em comento redirecionou as providências pertinentes em se tratando dos delitos cometidos pelos menores infratores.

Didático em seus ensinamentos, Magalhães Noronha assim nos ensina: "Predomina hoje, entre os países, como regra, que o menor deve ficar fora do Direito Penal e que as leis, que o tiverem por objeto, sejam de caráter tutelar. Não se trata de punição, e sim de pedagogia corretiva. Não há pena, mas providência educacional".²⁴

3.2 O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foi promulgado no dia 13 de julho de 1990 pela Lei nº 8.069. O ECA resultou necessidade da criação de uma Justiça especializada para os menores, diferenciada daquela usada para adultos, tendo em vista suas diferenças, porque as crianças e os adolescentes, como seres especiais, possuem a personalidade, o caráter e o intelecto ainda em desenvolvimento. Portanto, a tarefa de reeducá-los é de suma importância, pois são mais suscetíveis em assimilar as ditas orientações.

Tal Estatuto é considerado um microsistema jurídico, por ser uma lei especial que trata de direitos próprios e especiais das crianças e dos adolescentes que necessitam de proteção especializada e integral por estarem em desenvolvimento

O instituto permitiu que o direito de menores cedesse lugar ao direito da infância e da juventude. A opção teve como diretriz o abandono da doutrina da situação irregular substituindo-a pela doutrina da proteção integral, pois não trata apenas dos menores de dezoito anos que se encontrem em situação irregular, conforme estabelecia o Código de Menores de 1979, mas sim da proteção integral à criança e ao adolescente em geral. Aliás, o ECA, com seu caráter inovador, substituiu o termo menor pelos termos criança e adolescente.

Nesse sentido, as palavras da antropóloga Paula Miraglia:

“A criação e decreto do estatuto acarreta não só uma série de mudanças na prática da lei, mas supostamente também na relação de responsabilidade entre crianças e jovens, Estado e sociedade civil. O ECA apresenta uma nova forma de tratamento e de nomeação. Numa tentativa de desfazer estereótipos

²⁴ NORONHA, E. Magalhães. Op. cit., p. 182.

criados a partir da associação entre menor, crime e delinquência, fala-se agora em ato infracional em vez de crime, adolescente ou pessoa em desenvolvimento em contraposição à expressão menor ou delinquente juvenil. A mudança na conceituação e essa conotação transitória que a infração adquire revelam também a perspectiva de ressocialização presente na nova lei. Esta sempre foi uma aposta do ECA”.²⁵

Foi através do Estatuto da Criança e do Adolescente que o constituinte incorporou como obrigação da família, da sociedade e do Estado assegurar, os direitos da criança e do adolescente. Sendo assim, o Estatuto parte da concepção doutrinária de direitos humanos, tratando, de todas as crianças e adolescentes, indiscriminadamente, adotando a doutrina da proteção integral, conforme preceitua o artigo 227, caput, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 227, caput: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Destarte, o Estatuto da Criança e do Adolescente reduziu a responsabilidade do adolescente para doze anos sendo que, se cometer algum ato infracional, será punido através das medidas socioeducativas. O estatuto adotou uma forma camuflada de punição ao menor de dezoito anos que, por estar em fase especial de desenvolvimento intelectual e de discernimento, não pode sofrer as mesmas penas impostas a um adulto criminoso.

Sobre o assunto, assim elucida João Batista Costa Saraiva:

“O ECA se assenta no princípio de que todas as crianças e adolescentes, sem distinção, desfrutam dos mesmos direitos e sujeitam-se a obrigações compatíveis com a peculiar condição de desenvolvimento que desfrutam, rompendo, definitivamente, com a idéia até então vigente de que os Juizados de Menores seriam uma justiça para os pobres, na medida em que na doutrina da situação irregular se constatava que para os bem-nascidos, a legislação baseada naquele primado lhes era absolutamente indiferente”.²⁶

Há de se saber que o Estatuto rejeitou o entendimento, esculpido no Código Criminal do Império de 1890 e no primeiro Código de Menores, de que a questão era

²⁵ MIRAGLIA, Paula. Aprendendo a Lição. Novos Estudos: CEBRAP, 2005. p. 84.

²⁶ SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral. 2. ed. Porto Alegre, 2005. p. 73.

tão-somente de resolver a delinquência juvenil. Atualmente foi adotada a nova doutrina, "denominada de 'Proteção Integral', por propor que a família, a sociedade e o Estado são obrigados a propiciar aos menores o respeito a todos os seus direitos fundamentais de cidadãos e de pessoas em desenvolvimento".²⁷

Precisa está a manifestação de Mario Volpi em relação tanto a criança como o adolescente:

"concebidos como pessoas em desenvolvimento, sujeitos de direitos e destinatários de proteção integral. Sua condição de sujeito de direitos implica a necessidade de sua participação nas decisões de seu interesse e no respeito à sua autonomia, no contexto do cumprimento das normas legais".²⁸

Destarte, salienta Amaral e Silva:

"a prevalência dos princípios enviesados da antiga 'doutrina', segundo a qual as medidas do chamado 'Direito do Menor' sempre visam ao melhor interesse dos adolescentes, tem propiciado a imposição de respostas mais severas do que em iguais circunstâncias seriam impostas aos adultos pelo Direito Penal Comum. Não se deve confundir a natureza da medida com seus objetivos, Proteção, educação, reeducação, reintegração sociofamiliar, fortalecimento de vínculo familiares, são os objetivos das medidas socioeducativas, mas sua natureza, sob o ângulo jurídico, é penal".²⁹

Nessa esteira, somos levados a concordar com o ilustre José Afonso da Silva, muito feliz em suas reflexões, quando afirma que:

"Os textos normativos colocam a criança e o adolescente a salvo da violência, da crueldade e da opressão, mas, para sentir o contraste, nem é necessário referir-se à violência de grupos de extermínio, basta essa violência silenciosa da miséria que destrói milhões".³⁰

Merece grande crédito o Estatuto que numa única expressão ato infracional, definiu o cometimento tanto de crime como o de contravenção penal, caso sejam

²⁷ COSTA, Daniel Carnio. Estatuto da Criança e do Adolescente - Teoria da Situação irregular e teoria da proteção integral - avanços e realidade social. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Síntese Ltda, a. II, n. 8, nov./dez. 2000. p. 54-55.

²⁸ VOLPI, Mario. O Adolescente o Ato Infracional. 3. ed. São Paulo:Cortez, 1999. p. 14.

²⁹ AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do e. Proteção - pretexto para controle social arbitrário de adolescentes e a sobrevivência da doutrina da "situação irregular". Jurisprudência Catarinense. Florianópolis, a. XXV, n. 87, 3º trimestre de 1999, 2000. p. 12.

³⁰ SILVA, José Afonso da. Direitos Humanos da Criança. Revista de Direito Público. São Paulo: Malheiros, n. 26, 1999. p. 13.

cometidos por criança ou adolescente. Dessa forma, consoante o princípio da legalidade, a criança ou adolescente só cometerá ato infracional se a conduta estiver tipificada nas leis penais, uma vez que o ECA não prevê figuras delituosas. Praticado um ato, por criança ou adolescente, tipificado no Código Penal, configurado estará a ocorrência do ato infracional que ensejará a aplicação de medidas socioeducativas.

3.3 As medidas socioeducativas

As medidas socioeducativas aplicáveis ao adolescente, na eventual prática de ato infracional, estão previstas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente e são as seguintes: advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviço à comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade; internação em estabelecimento educacional.

A aplicação de medidas diversas das previstas no artigo 112, do ECA, não será permitida, pois o rol é taxativo e não exemplificativo. Oportuno parece, para elucidação dos argumentos, a transcrição, *in verbis*, desse rol:

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 autoridade competente a que faz referência o art. 112 do ECA, e que irá aplicar as medidas socioeducativas são o juiz e o promotor de justiça da infância e da juventude.

Contudo, ao aplicar a respectiva medida socioeducativa, o Juiz da Infância e da Juventude não deverá restringir-se à gravidade do delito e às circunstâncias, mas, sobretudo, às condições pessoais do adolescente, suas referências familiares e sociais,

bem como a sua capacidade de cumprir a medida imposta. Ou seja, deve-se observar também os aspectos subjetivos do agente.

As medidas socioeducativas aplicadas em resposta aos atos infracionais praticados por adolescente têm como objetivo finalístico a sua reeducação e reintegração à sociedade.

Então, para o adolescente autor de ato infracional a proposta é de que, no contexto da proteção integral, receba ele medidas socioeducativas (logo, não punitivas), tendentes a interferir no seu processo de desenvolvimento objetivando melhor compreensão da realidade e efetiva integração social.³¹

O Estatuto da Criança e do Adolescente não busca simplesmente a reeducação dos jovens através da punição, mas sim, almeja amparar crianças e adolescentes em necessidade. Procura a recuperação sadia daquele que errou corrompido pelos fatores sociais, ou até mesmo por sua imaturidade, objetivando sempre o seu retorno à sociedade como cidadão recuperado.

Salienta-se que no Estado do Rio de Janeiro, a execução das medidas socioeducativas, de liberdade assistida, semiliberdade e internação, estão sob a responsabilidade do Departamento Geral de Ações Sócio-Educativas, criado em 26.01.1993 pelo Decreto 1843. Tem o dever de prover, controlar e coordenar as ações pertinentes à execução das medidas socioeducativas listadas.

Adiante, serão elencadas as medidas socioeducativas. Observa-se que estão em ordem crescente sob a ótica punitiva. Assim sendo, a primeira medida a ser aplicada é a advertência.

3.3.1 Advertência

A advertência é a primeira medida observada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Consiste na conversa do adolescente com o juiz ou com o promotor de justiça, na presença dos pais ou responsáveis e que deve ser promovida em audiência e reduzida a termo.

³¹ CURY, Munir (Coord.) et alii. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 6. ed. Ver. E atual. Pelo novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 364.

É considerada uma medida simples, à luz que busca principalmente repreender aqueles adolescentes que, pelos impulsos próprios da juventude, cometem ato infracional de menor dano à sociedade.

Nessa medida prevalece o caráter educativo ao punitivo. Basta prova de materialidade e indícios de autoria para a sua aplicação. Se por um lado, a medida acaba por afrontar os princípios legais da ampla defesa e do devido processo legal, por outro lado foi esta a escolha do legislador por tratar-se de uma medida célere de rápida atuação cujos resultados irão influir imediatamente na vida daquele jovem infrator.

O seu procedimento não carece de contraditório, ou seja, a simples elaboração do boletim de ocorrência pela autoridade policial basta para provocar o judiciário. Em especial deve ser aplicada aos adolescentes infratores primários.

Conceituando a referida medida, Mário Volpi nos elucida: “a advertência constitui uma medida admoestatória, informativa, formativa e imediata, devendo ser observado o princípio do contraditório na sua aplicação”.³²

Nessa esteira, a advertência se resume na censura oral ao adolescente que praticou ato infracional, na presença de seus pais ou responsáveis, informando o jovem sobre a ilegalidade da conduta praticada e as conseqüências possíveis no caso da reincidência.

Tal medida socioeducativa incide sobre adolescentes que pela primeira vez ocorreram em atos infracionais, assim como aos que praticaram atos de menor potencial ofensivo à sociedade. Dessa forma, é possível aplicá-la tanto na fase judicial, quando é aplicada pelo juiz, durante a apuração do ato infracional ou após a sentença final como na fase extrajudicial, quando da concessão da remissão pelo representante do Ministério Público, homologado pelo juiz.

Vale ressaltar que muito será exigido do juiz e do promotor de justiça da infância e da juventude, tendo em vista que deverão avaliar com bastante critério os casos apresentados, não podendo agir com demasiada rigorosidade nem sendo por demais tolerantes. Ainda, deverão proceder tendo em vista as circunstâncias e os efeitos do fato, o contexto social, da personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.³³

³² VOLPI, Mario. Op. cit. p. 23.

³³ LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 89.

Cabe transcrever, para fins ilustrativos, uma audiência na Vara Especial da Infância e da Juventude, relatada pela antropóloga Paula Miraglia, que nos revela de forma clara como é a aplicação da medida socioeducativa de advertência:

“Dois meninos. O primeiro, de 16 anos, vem acompanhado do pai e da mãe. O outro, também de 16, está acompanhado só da mãe.

Juiz – Estou lendo aqui que vocês roubaram 16 reais de um casal que andava na rua. Isso é verdade?

Menino 1 – É verdade. A gente tava bêbado e queria dinheiro pra ir no fliperama.

Pai – Se o senhor me dá licença, a gente dá mesada pra ele, ele tem tudo o que precisa, foi uma besteira isso o que eles fizeram, uma bobagem.

Juiz – Quem é o dono da sua liberdade? Cada um é o dono da própria liberdade. Hoje em dia não faz diferença se você é rico ou pobre, veja, por exemplo, o caso do juiz Lalau. Eu sou livre porque sou honesto.

Juiz – Vocês estavam na UAI (Unidade de Atendimento Inicial). O que essa experiência trouxe pra vocês?

Menino 1 – Esses quatro dias na Febem foram muito bons pra eu refletir.

Juiz – Vocês usam drogas?

Menino 2 – Eu usava maconha, mas parei de fumar porque minha mãe ficava triste.

Juiz – Espero que vocês tenham aprendido a lição, vocês não têm aparência alguma de serem violentos, deve ter sido besteira típica de adolescentes, mas não façam mais isso.

Meninos são liberados e vão embora com os respectivos pais”.³⁴

Nota-se que a apuração da culpabilidade parece mera formalidade. A solução apresentada na audiência é resultado da decisão exclusiva do juiz. Nessa esteira, a audiência torna-se uma grande lição em que o magistrado, sem o envolvimento da acusação ou da defesa, impõe a medida socioeducativa que julgar necessário.

3.3.2 Reparação de danos

É válido transcrever o artigo 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

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.

³⁴ MIRAGLIA, Paula. Op. cit. p. 91.

A obrigação de reparar o dano caracteriza-se por ser coercitiva e educativa, impondo ao adolescente o reconhecimento do erro e a obrigação de repará-lo, que, como observado da própria lei em questão, estabelece três hipóteses de reparação: a restituição da coisa, o ressarcimento do dano, ou por outra forma que compense o prejuízo da vítima.

Nesses termos, a medida imposta ao adolescente infrator não tem somente a finalidade literal da medida, mas possui o intuito de inserir no jovem infrator as consequências do ato ilícito que praticou para orientá-lo a respeitar os bens e o patrimônio de seus semelhantes.

Em suma, a obrigação de reparar o dano é uma das medidas socioeducativas que mais possui caráter pedagógico, porque através de uma imposição, faz com que o adolescente que cometeu ato infracional reconheça a ilicitude de seu ato, bem como a sua responsabilidade. Além disso, a medida engrandece no sentido que garante à vítima a reparação do dano sofrido.

Contudo, a efetividade da reparação do dano, através do ressarcimento do prejuízo, tem a sua possibilidade de atuação comprometida, ante as condições financeiras do adolescente infrator e da sua família, o que pode ser agravado quando se tratam de jovens de mesma família que praticam o mesmo ato. Sob tais eventualidades, a ocorrência da referida medida deverá ser substituída por outra mais adequada que não afete financeiramente a família do adolescente.

3.3.3 Prestação de serviços a comunidade

Trata-se de uma das inovações do estatuto, que veio acolher a medida introduzida na área penal pela Lei nº. 7.210 (Lei de Execução Penal) em 1984, como alternativa à privação de liberdade.

O artigo 117 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina, *in verbis*:

Art. 117. A prestação de serviços comunitários 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.

Parágrafo único. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de 8 (oito) horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a freqüência à escola ou à jornada normal de trabalho.

Esta, segundo nosso entendimento, é uma das medidas socioeducativas de maior valor social porque enquanto ajuda a instituições de serviços comunitários, desperta nos jovens infratores o prazer da ajuda humanitária. Nesse sentido, a finalidade primária que é a ressocialização do infrator passa a ser uma consequência do trabalho realizado.

A referida medida deverá ser aplicada de acordo com a gravidade e as consequências do ato infracional cometido, com o propósito de fazer o adolescente compreender os danos resultantes de seu ato, sendo necessária a participação da comunidade, a fim de fiscalizar o trabalho do jovem, bem como o bom cumprimento da medida.

Como já observado na lei supracitada a prestação de serviços comunitários não poderá exceder o período máximo de seis meses. Da mesma forma, as tarefas serão realizadas durante jornada máxima de oito horas diárias e sem prejudicar a freqüência escolar ou a jornada normal de trabalho do adolescente. Isto porque, como consiste na ressocialização e reeducação do jovem infrator, descabido seria privar-lhe dos meios naturais de aprendizado e desenvolvimento humano.

A prestação de serviços à comunidade permite que o adolescente infrator, através do trabalho realizado, venha a adquirir consciência do seu papel na sociedade e o que ele pode fazer para melhorá-la. Portanto, a medida possui imensurável valor educativo e pedagógico, introduzindo no adolescente o senso de responsabilidade e o amadurecimento necessário e imprescindível para que possa reintegrar-se totalmente à sociedade.

3.3.4 Liberdade assistida

Inicialmente, cabe aduzir que essa medida socioeducativa tanto restringe direitos como liberdade. Não é por se dizer uma medida segregadora, mas assume um caráter idêntico.

O artigo 118 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece:

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

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

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

A liberdade assistida é uma medida aplicada ao adolescente que comete ato infracional de maior gravidade, mas que ainda não comporta a privação total da liberdade, significando dessa maneira a possibilidade de o adolescente infrator reconhecer a responsabilidade de seus atos e refletir sobre a sua conduta, certo que irá contar com o apoio psicológico e técnico de assistentes sociais, durante o cumprimento da medida.

Conforme enunciado na legislação, a duração mínima da liberdade assistida é de seis meses, podendo ser prorrogada, revogada ou mesmo substituída por outra medida socioeducativa que melhor atenda a realidade do jovem infrator. Todavia, como não sugere o estabelecimento de prazo máximo, a referida medida deve ser aplicada enquanto perdurar a sua necessidade, tanto do ponto de vista do adolescente, como sob a ótica do juízo. Faz-se notável que o objetivo principal da medida é de vigiar, orientar e reeducar o infrator, de forma a evitar a sua reincidência e conseguir a certeza da recuperação.

O programa de liberdade assistida demanda uma equipe de orientadores sociais, que são designados pelo juiz, adiante que "deverão os técnicos ou as entidades desempenhar sua missão através de estudo de caso, de métodos de abordagem, organização técnica da aplicação da medida e designação de agente capaz".³⁵

Por fim, é válido aduzir que o instituto não define, especificamente, as condições que serão cumpridas pelo adolescente. Essa determinação, segundo Liberati, "cabe à

³⁵ *ibidem*. p. 93.

autoridade judiciária, que individualizará o tratamento tutelar, aplicando no caso concreto as condições".³⁶

Entre as diversas fórmulas e soluções propostas pelo ECA, para o confronto da criminalidade de crianças e adolescentes infratores, a medida socioeducativa da liberdade assistida revela-se como a que melhor atende aos interesses dos jovens. Isto é verdade na medida em que possibilita ao adolescente o seu cumprimento em liberdade com o apoio da família, embora sob o controle sistemático do Juizado especial e da comunidade.

3.3.5 Semiliberdade

Tal medida já era prevista no art. 39 do revogado Código de Menores, sob a denominação de Colocação em Casa de Semiliberdade, que apenas era admitida como forma de transição para o meio aberto, pressupondo anterior à internação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente conceitua a medida da semiliberdade, em artigo 120:

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

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

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

A medida consiste na permanência do adolescente infrator em estabelecimento próprio, determinado pelo juiz, com a possibilidade de atividades externas, sendo obrigatórias a escolarização e a profissionalização do jovem.

Nesse contexto, trata-se da medida mais restritiva de liberdade do adolescente infrator depois da internação, no sentido que afasta o adolescente do convívio familiar, entretanto não restringe totalmente a sua liberdade, pois se destina aos adolescentes

³⁶ Ibidem. p. 93.

infratores que estudam ou trabalham durante o dia e devem retornar para o estabelecimento de correção à noite.

Wilson Donizeti Liberati nos explica suas idéias em sua obra da seguinte maneira:

“Existem duas formas de semiliberdade, sendo a primeira a determinada pela autoridade judiciária desde o início, após a prática do ato infracional, através do devido processo legal, e a segunda, ocorre quando o adolescente internado é beneficiado com a mudança de regime, de internamento para a semiliberdade”.³⁷

Embora não possa durar mais do que três anos, o estatuto em tela não determina especificamente por quanto tempo deverá o adolescente ficar sob o regime da semiliberdade. Imperativo, então, a avaliação de desempenho do adolescente durante o seu cumprimento.

3.3.6 Internação

Trata da medida de internação o artigo 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que determina:

Art. 121. A internação constitui medida privativa de liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

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

§ 2º. A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada 6 (seis) meses.

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

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

§ 5º. A liberação será compulsória aos 21 (vinte e um) anos de idade.

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

³⁷ ibidem. p. 95.

A internação é a mais severa de todas as medidas socioeducativas previstas no estatuto, por privar o adolescente de sua liberdade, devendo ser imposta somente em casos mais graves e de necessidade extrema.

Constitui-se, ainda, de uma das mais complexas medidas socioeducativas a serem aplicadas, pois embora o diploma tipifique objetivamente os casos para a sua utilização, o famigerado discernimento do juiz aumenta-lhe o arbítrio.

É importante salientar que três princípios norteiam a aplicação da medida socioeducativa de internação: da brevidade, da excepcionalidade e do respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento.

Pelo princípio da brevidade entende-se que a internação deve ser decretada pelo período mais curto possível, qual seja, o mínimo de seis meses e o máximo de três anos. Importante ressaltar que independente de sua duração, nenhum adolescente poderá permanecer internado após os vinte e um anos de idade.

Pelo princípio da excepcionalidade compreende-se que a medida da internação deve ser aplicada apenas como última alternativa, ou seja, somente se for inviável a aplicação das demais medidas.

Pelo princípio do respeito ao adolescente, em condição peculiar de um ser em desenvolvimento, o estatuto reafirma que é dever do Estado zelar pela integridade física e mental dos internos. Além disso, a internação será sempre cumprida em local exclusivo para adolescentes, observados os rigorosos critérios de idade e de gravidade da infração.

Seguindo este caminho, temos a lição de Roberto Barbosa Alves:

“Os objetivos fundamentais da internação devem ser o de prevenção, para que não se instale definitivamente a inadaptação; e o de reestruturação da personalidade do adolescente, para alcançar um adequado grau de maturidade pessoal que permita a vida em sociedade através de atividades educativas, laborais e de lazer”.³⁸

A medida de internação deve ser proposta pelo representante do Ministério Público e aplicada pelo juiz somente nos casos mais graves, previstos nesse rol taxativo e exaustivo: os casos de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a

³⁸ ALVES, Roberto Barbosa. Direito da Infância e da Juventude. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 93.

pessoa, devido a reincidência ou por reiterado descumprimento injustificado da medida anteriormente imposta.

Deve ser aplicada somente quando se fizer realmente necessária, pois como é lembrado por Wilson Donizeti Liberati, “provoca nos adolescentes insegurança, agressividade e frustração, e, além disso, afasta-se dos objetivos pedagógicos das outras medidas”.³⁹

O ideal é que a entidade de internação seja dotada de profissionais especializados, com propostas pedagógicas, para permitir a reeducação e a ressocialização do adolescente infrator. Nesse sentido, faz-se imprescindível esclarecer e demonstrar ao adolescente que a limitação do exercício pleno do direito de ir e vir é consequência direta da prática de atos delituosos.

Logo, a fim de concluir o tema sob questão, não há melhores palavras do que a de Munir Cury, autoridade nacional no assunto, que não vê com bons olhos a internação. Diz que das medidas sócio-educativas é a de piores condições para resultados satisfatórios. E conclui, nestes termos:

“Com efeito, a partir da segregação e da inexistência de projeto de vida, os adolescentes internados acabam ainda mais distantes da possibilidade de um desenvolvimento sadio. Privados da liberdade, convivendo em ambientes, de regra, promíscuos e aprendendo as normas próprias dos grupos marginais (especialmente no que tange a responder com violência aos conflitos do cotidiano), a probabilidade (quase absoluta) é de que os adolescentes acabem absorvendo a chamada identidade do infrator, passando a se reconhecerem, sim, como de má índole, natureza perversa, alta periculosidade, enfim, como pessoas cuja história de vida, passada e futura, resta indestrutivelmente ligada à delinqüência (os irrecuperáveis, como dizem deles). Desta forma, quando do desinternamento, certamente estaremos diante de cidadãos com categoria piorada, ainda mais predispostos a condutas violentas e anti-sociais”.⁴⁰

Portanto, muito cuidado deve ter a autoridade judiciária na aplicação da medida socioeducativa de internação. Por se tratar da medida de maior severidade, cuja aplicação imediatamente priva o jovem infrator de sua liberdade, apenas poderá ser imposta quando de sua extrema necessidade, na impossibilidade de aplicação das outras medidas. Além disso, deverá, sempre, ser muito bem fundamentada.

³⁹ LIBERATI, Wilson Donizeti. Op. cit. p. 99.

⁴⁰ CURY, Munir (Coord.) et alii. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 6. ed. Ver. E atual. Pelo novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 379.

4. A NÃO IMPUTABILIDADE PENAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

4.1 A imputabilidade penal

Num primeiro momento, cabe ressaltar que a lei não apresenta definição de imputabilidade, mas seu conceito é encontrado, a *contrario sensu*, no artigo 26, caput, do Código Penal, que trata da inimputabilidade, *in verbis*:

Art. 26. 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.

Sob o ponto de vista doutrinário, inimputabilidade é a incapacidade para entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A posição dominante na doutrina e nas legislações vê a imputabilidade na capacidade de entender e de querer. Nesse sentido, José Lopes Zarzuela:

“Entendemos que a imputabilidade se baseia na liberdade interna do homem, e precisamente a essa liberdade, a esse poder de auto determinação, é que o direito penal recorre, impondo ou proibindo condutas sob a ameaça de uma sanção. O princípio eterno de justiça, um dos valores que orienta o Direito Penal, impõe que se volte os olhos para o poder de eleição ou escolha dos motivos, de ajuizar e decidir, para depois, se fazer a censura ou reprovação do agente. Responsabilidade pressupõe liberdade, surgindo aquela só quando o agente deva e possa agir diferentemente para evitar as conseqüências danosas do seu ato”.⁴¹

Damásio de Jesus, citando Aníbal Bruno, expõe nos seguintes termos: “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 imputável a prática de um fato punível”.⁴²

A imputabilidade não pode ser confundida com a responsabilidade penal, na medida em que esta corresponde às conseqüências jurídicas conseqüentes da prática de

⁴¹ ZARZUELA, José Lopes. Semi-Imputabilidade: Aspectos Penais e Criminológicos. São Paulo: Julex Livros, 1988, p. 76.

⁴² JESUS, Damásio E. de. Direito Penal – Parte Geral. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 469.

um ato infracional, resultante da averiguação do concurso dos requisitos da imputabilidade.

É da lavra do ilustre professor Ramagem Badaró esta aula acerca do assunto, aqui transcrita:

“A culpabilidade e a responsabilidade são conseqüências tão imediatas da imputabilidade, que estas três idéias são consideradas comumente como equivalentes. Mas tal não acontece. A imputabilidade fixa a existência da relação de causalidade entre o crime e o indivíduo. A responsabilidade é Conseqüência da imputabilidade, vez que, é responsável quem tem a obrigação de responder pelas Conseqüências do crime. E a culpabilidade é um elemento característico da responsabilidade, desde que não responde pelo ato que lhe é imputado, quem não tem condições de agir livremente”.⁴³

No tocante a matéria supracitada, Néelson Hungria leciona, em termos assim vazados:

“Segundo um critério tradicional, que o Código rejeitou, haveria que distinguir entre responsabilidade e imputabilidade, significando esta a capacidade de direito penal ou abstrata condição psíquica de punibilidade, enquanto aquela designaria a obrigação de responder penalmente in concreto ou de sofrer a pena por um fato determinado, pressuposta a imputabilidade. A distinção é bizantina e inútil. Responsabilidade e imputabilidade representam conceitos que de tal modo se entrosam, que são equivalentes, podendo, com idêntico sentido, ser consideradas in abstracto ou in concreto, a priori ou a posteriori”.⁴⁴

Nessa esteira, cabe citar Assis Toledo, cujas palavras são relevantes na elucidação do tema, que assim discorreu: "imputabilidade é, tecnicamente, a capacidade de culpabilidade; já a responsabilidade constitui um princípio segundo o qual toda pessoa imputável (dotada de capacidade de culpabilidade) deve responder pelos seus atos”.⁴⁵

César da Silveira acerca da temática vai além, ao comentar sobre responsabilidade.

Para que se torne transparente suas idéias, transpusemos suas palavras:

⁴³ BADARÓ, Ramagem. Da Imputabilidade e Responsabilidade na Sistemática Penal. Rio de Janeiro: José Konfino, 1970. p. 83.

⁴⁴ HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Helena C. Comentários ao Código Penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.257.

⁴⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5. ed. 10ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 314.

“A noção de responsabilidade implica no fato de que se deva responder sob dependência da infração de uma norma: mas a norma não se poderá transgredi-la, enquanto não se tenha capacidade de entender e de querer, porquanto, de outro modo, não terá valor uma violação normativa. Como se poderia, em verdade, dizer-se que uma criança, ou um louco, ou um animal, ou um ente inanimado se tornassem violadores de uma norma, se aqueles indivíduos e objetos não possuem capacidade psíquica de compreender e de querer o imperativo da norma? A norma, portanto, não se pode dirigir a não ser aos capazes de entender e de querer, atento que só esses poderão sofrer a eficácia reguladora da mesma norma e só esses poderão violá-la. A noção de responsabilidade envolve a referência a uma subjetividade inteligente e volitiva, e, assim, se patentiza como um contra-sentido à existência de uma responsabilidade mecânica. Nada obstante alguns movimentos realizados pelos animais podem assumir a forma de verdadeiras ações e ser o produto da vontade”.⁴⁶

Em visão compatível invocamos professor Palomba, que assim discorreu sobre o tema:

“A faculdade de entender (*libertas judicii*) baseia-se na possibilidade que o indivíduo tem de conhecer a natureza, as condições e conseqüências do ato. Implica o conhecimento da penalidade, da organização legal, das conseqüências sociais, e supõe um certo grau de experiência, de maturidade, de educação, de inteligência, de lucidez, de atenção, de orientação, de memória. A faculdade de autodeterminar-se (*libertas consilii*) baseia-se na capacidade de escolher entre praticar ou não o ato, o que requer serenidade, reflexão e distância de qualquer condição patológica que possa escravizar o indivíduo, impulsionando-o para o ato”.⁴⁷

A definição de imputabilidade nos é apresentada como "conjunto de condições para que o fato punível possa e deva ser atribuído à pessoa que o praticou, livre e consciente”.⁴⁸ Isto significa que qualquer ser humano pode ser imputado, mas somente se possuir a perfeita consciência do ato ilícito, ou seja, total conhecimento da antijuridicidade de seu ato, além de entender o caráter delituoso do fato e de determinar-se conforme tal entendimento.

É válido mencionar, acerca da responsabilidade, as doudas palavras de José Lopes Zarzuela, o qual nos informa que “a responsabilidade é o estado subjetivo do indivíduo, resultante da verificação do concurso dos requisitos da imputabilidade, em

⁴⁶ SILVEIRA, V. César da. Tratado da Responsabilidade Criminal. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 98-99.

⁴⁷ PALOMBA, Guido Arturo. Psiquiatria Forense (noções básicas). Sugestões Literárias. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 39.

⁴⁸ ZARZUELA, José Lopes. *Op. cit.*, p. 75.

concreto, sem que intervenham motivos legítimos de exclusão da mesma ou de imputabilidade".⁴⁹

Ainda sobre a imputabilidade, enfático é Manzini quando diz: "imputabilidade penal é o conjunto das condições físicas e psíquicas postas pela lei para que uma pessoa capaz de Direito Penal possa ser considerada causa eficiente da violação de um preceito penal. Trata-se de uma relação entre o fato e seu autor".⁵⁰

Para o autor, responsabilidade penal é atribuição das conseqüências penais que se faz à pessoa por efeito da prévia comprovação de sua imputabilidade. Trata-se de uma relação entre o autor do fato e o Estado.⁵¹

Nessa esteira, somos levados a concordar com Carrara, muito feliz em suas reflexões, quando afirma que:

"imputar significa atribuir determinada coisa a alguém. A imputabilidade é o juízo que se forma de fato futuro previsto como apenas possível. A imputação é o juízo de um fato já acontecido. A primeira é contemplação de uma idéia; a segunda, o exame de um fato concreto. Ali se tem pela frente um puro conceito; aqui está presente uma realidade".⁵²

Ante todo o exposto, fica evidente que o indivíduo menor de dezoito anos que tiver cometido ato infracional, não poderá ser responsabilizado ou imputado penalmente. Caberá à legislação especial, no caso o Estatuto da Criança e do Adolescente, as medidas socioeducativas compatíveis com o ato a fim reeducar o adolescente.

Assim, somos levados a concluir que o indivíduo incapaz de compreender o caráter ilícito do fato em razão de alguma doença mental ou de desenvolvimento intelectual incompleto por ser menor de 18 anos, será considerado inimputável, e, portanto, não será penalmente responsável.

Passaremos agora ao estudo dos critérios de fixação de imputabilidade.

⁴⁹ Ibidem. p. 86.

⁵⁰ MANZINI, Vincenzo, Tratado de Derecho Penal. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón. 1948. p. 125.

⁵¹ Ibidem. P. 125.

⁵² CARRARA, Francesco. Programa do Curso de Direito Criminal. São Paulo: Saraiva, 1956. p.39.

4.2 Critérios de fixação de imputabilidade

A doutrina aponta três sistemas definidores dos critérios fixadores da inimputabilidade, que são: o biológico, o psicológico e o biopsicológico.

4.2.1 Sistema biológico

O sistema biológico é o sistema francês no qual se leva em consideração a causa e não o efeito, ou seja, deve-se levar em consideração somente o desenvolvimento mental do agente.

No Direito Penal brasileiro configura-se a inimputabilidade pelo fato de ser o agente do ato criminoso menor de dezoito anos. Tal procedimento é chamado por Bitencourt de "falta de maturidade penal e, por consequência, incapacidade de culpabilidade".⁵³

O Código Penal Brasileiro, nesta questão da menoridade, adotou um critério estritamente biológico, "não se levando em conta o desenvolvimento mental do menor, que não está sujeito à sanção penal, ainda que plenamente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento".⁵⁴

Consoante nos explica Siqueira, o critério biológico não encara o ser humano "na sua unidade viva, integral, como um composto complexo de psíquico e físico ligados e interdependentes".⁵⁵

Dessa forma, o sistema que exclui a imputabilidade conforme indicação de estados anormais de saúde mental, seja por falta de desenvolvimento ou por debilidade, está sendo, como diz o próprio Siqueira, abandonado pelas novas legislações.

⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 307.

⁵⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 17. ed. ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2001. p. 216.

⁵⁵ SIQUEIRA, José Prudente. A Imputabilidade e a Responsabilidade Criminais. Rio de Janeiro: I. Amorim e Cia. Ltda., 1938. p. 16-17.

4.2.2 Sistema psicológico

O sistema psicológico, ao contrário do anterior, leva em consideração o efeito e não a causa. Baseia-se nas condições psíquicas do agente no momento ato infracional, ou seja, se possuía no à época do ato condições de entender o seu caráter ilícito ou de determinar-se ou não de acordo com esse entendimento. Se o agente não tem essa capacidade é considerado inimputável, sem que seja necessário verificar a causa da inimputabilidade.

O que se busca analisar é se o agente, ao tempo da ação ou omissão, possuía ou não a capacidade de entendimento e autodeterminação, ou seja, capacidade de entender o que estava fazendo, bastando a ausência da capacidade intelectual e volitiva para desculpar o agente.

Sobre o assunto, assim elucida Bento de Faria:

"Método psicológico não indaga se há uma perturbação mental mórbida: declara a irresponsabilidade se, ao tempo do crime, estava abolida no agente, seja qual fôr a causa, a faculdade de apreciar a criminalidade do fato (momento intelectual) e de determinar-se de acordo com essa apreciação (momento volitivo)".⁵⁶

Comentando esse critério, Galdino Siqueira argumenta "bastaria, para torná-lo inaceitável, o demasiado arbítrio que confere ao juiz, para conhecer do estado ou não de imputabilidade".⁵⁷

E elucidando porque o sistema psicológico não é o mais indicado nesta questão:

"Tinha o grande inconveniente de reintrometer na solução do problema da imputabilidade a questão do livre arbítrio, que a ciência penal havia conseguido, pos tantos tantosque labore, levar até a porta da rua, e agora lhe pula pela janela. Sob este ponto de vista, o critério que combato, não merece o nome de psicológico, mas o de metafísico e é mais intrincada e difícil questão de metafísica que se propõe quando perguntamos aos jurados se o delinqüente, no momento de agir, dispunha da livre determinação de sua vontade. A questão em si já envolve uma contradictio in adjecto, porque determinação e liberdade são termos que se repelem ... Por que, no critério psicológico, se fala em estados mórbidos definidos, como a alienação mental, a idiotia, a inconsciência"?⁵⁸

⁵⁶ FARIA, Bento de. Código Penal Brasileiro comentado. Rio de Janeiro: Record, 1958. p. 224.

⁵⁷ SIQUEIRA, Galdino. Tratado de Direito Penal, 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950. p. 402-403.

⁵⁸ Ibidem. p. 25.

Ainda sobre tal sistema, o autor critica a dificuldade que seria fazer prova de que o agente tinha conhecimento da norma infringida. O critério psicológico analisa, de forma exclusivamente subjetiva, o requisito da consciência da ilegalidade, constituindo um dos elementos do conceito da imputabilidade.

Diante de tudo exposto, concluiu o autor:

Seja como fôr, o que é certo é que a mais grave e difícil questão meta física, que até hoje tem embaraçado os filósofos de todos os séculos, terá de ter proposta aos nossos bons burgueses, caipiras e matutos que concorrem, como jurados, ao exercício da soberania popular, por este Brasil afóra, e eles terão de resolvê-la. O critério biológico é simples, seguro e lógico.⁵⁹

4.2.3 Sistema biopsicológico

O sistema biopsicológico é a junção dos sistemas anteriores. Tanto que é por muitos chamado de sistema misto. Misto porque o indivíduo deverá agir sob o manto da inimputabilidade, ou seja, agirá de acordo com uma causa prevista na lei e, no momento da prática da infração, não ter a capacidade de entender a face ilícita do fato ou de portar-se consoante tal entendimento.

É da lavra de Luiz Regis Prado a seguinte argumentação sobre o sistema biopsicológico: "Resulta assim, da combinação dos anteriores: exige, de um lado, a presença de anomalias mentais e, de outro, a completa incapacidade de entendimento (fórmula do art. 26, CP)".⁶⁰

Ainda em torno deste critério, Siqueira assim aduz: "enumeram-se os estados patológicos da mente e os efeitos que produzem na psique do agente ativo do delicto para trazerem como consequência a não imputabilidade".⁶¹

Em suma, o critério biopsicológico é o sistema usado no presente Código Penal para se designar a imputabilidade do agente que ocorreu em infração penal. Na condição de criança e de adolescente, presume-se pelo não desenvolvimento completo tanto

⁵⁹ Ibidem. p. 26.

⁶⁰ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 3. ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 350.

⁶¹ SIQUEIRA, José Prudente. *Op. cit.*, p. 17.

intelectual quanto do discernimento sobre a ilegalidade de seu ato. Nesse sentido, ficam configurados, perante o ordenamento jurídico pátrio, como inimputáveis.

5. A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

5.1 A pretensão de redução da maioridade penal

Um dos temas mais discutidos da atualidade é o da redução da maioridade penal para dezesseis anos de idade, discussão essa que divide opiniões favoráveis e contrárias à mudança.

Reaparece o debate sempre que aparece na mídia um acontecimento de repercussão nacional em que haja a participação de adolescentes. Na maioria das vezes os argumentos aparecem preenchidos de emoção, seja pelo medo da violência, seja por se tratar de jovens infantes. Os mais racionais apela para os dados estatísticos de criminalidade ou recorrem a outros ramos do conhecimento, especialmente ao direito, à sociologia e à psicologia.

A pretendida redução tem a sua busca perseverada quando da ocorrência dramaticamente potencializada pela imprensa um crime cujo protagonista tenha sido uma criança ou adolescente. A cada novo acontecimento, mais adeptos ganha a corrente favorável, que ignorando mais de quinhentos anos de evolução do direito juvenil, insistem na persecução penal dos jovens infratores.

Argumentando sobre a matéria, Saraiva leciona, em termos assim vazados:

“O alarma resultante do crescimento invencível da chamada delinquência juvenil não encontra comprovação nos dados estatísticos. Igualmente os dados desmentem o mito da periculosidade do adolescente infrator. A imagem do jovem infrator, de que seria violento e perigoso, para o qual contribui a mídia mostrando-o com uma voz distorcida nas entrevistas e sem o rosto, permitindo que o imaginário coletivo construa a imagem que desejar, resulta amplamente desmentido pelos dados. Por certo estamos vivendo um momento extremamente difícil no País. O clima de insegurança que inquieta a sociedade brasileira se faz muito grave, transformando nossas cidades, especialmente as maiores, em cenário de medo e intranquilidade. Daí, porém, eleger os adolescentes como os responsáveis por esta situação, propondo como solução o rebaixamento da idade de responsabilidade penal, beira a irresponsabilidade total e escancara a falta de compreensão da situação e a incompetência do Estado, induzindo a sociedade em erro. Não é verdadeira a informação no sentido de que sejam os adolescentes os responsáveis pela escalada de violência”.⁶²

⁶² SARAIVA, João Batista. Desconstruindo o Mito da Impunidade. Um Ensaio de Direito (Penal) Juvenil. Brasília: GV, 2002 p. 34-35.

O que nós vemos hoje, no seio da sociedade brasileira, são as condições precárias o qual se encontram os nossos presídios. Nosso sistema carcerário falho amontoa um imenso número de aprisionados em condições desumanas, vigiados por uma polícia carcerária despreparada, ora agindo como vitimizadora dos presos, através de tortura ou desamparo, ora na posição de vítima sujeita a ameaças e motins. Podemos afirmar incontestadamente que nossos presídios estão longe da sua real finalidade que é a reintegração dos antes criminosos na sociedade.

Seguindo nesse sentido:

“Se a solução dependesse apenas das sanções seríamos o país do mundo menos atingido. Os critérios mais exigentes - intelectual (discernimento), cronológico (presunção de responsabilidade pela idade), político (apuração específica e individualizada da periculosidade) foram experimentados. A irresponsabilidade não exclui o rigor, quando necessário, mas de caráter assistencial, conforme o caso. A solução não será reduzir a idade, mas, sim, assegurar até aos menores entre 18 e 21 (responsáveis) anos condenados por crime ou contravenção tratamento curativo, educativo, laborativo, etc. Se os estabelecimentos de internação para menores irresponsáveis não o asseguram, não seria nas prisões que o encontraríamos. Não há dúvida de que existem menores carecidos de disciplina severa em seu próprio benefício. Mas severidade não quer dizer castigo que suprime lar, convivências edificantes, exemplos salvadores”.⁶³

A fim de corroborar o que foi explicitado, transcreve-se o entendimento de Ivette Senise:

“É do conhecimento geral o estado lamentável em que se encontra o nosso sistema prisional, que sofre de um déficit de estabelecimentos e de profissionais para atuar na execução das penas. Não podemos sequer imaginar as conseqüências daninhas que um rebaixamento de limite da maioridade penal pode provocar, com o aumento de já volumosa população carcerária, sobretudo pela convivência dos jovens infratores com empedernidos facínoras em prisões mal adequadas para recebê-los”.⁶⁴

Dessa forma, não é com a alteração da maioridade penal para dezesseis anos que vamos resolver o problema da violência no nosso país, pois ao colocarmos esses jovens que se encontram no estado especial de desenvolvimento do intelecto e do discernimento juntos com bandidos de periculosidade acentuada, estaríamos

⁶³ LYRA, Roberto. Direito Penal Científico (Criminologia). Rio de Janeiro: José Konfino, 1974. p. 185.

⁶⁴ FERREIRA, Ivette Senise. Imputabilidade e maioridade penal. A Razão da Idade: Mitos e Verdades. Brasília: MJ/SEDH/DCA. 2001. p. 102-103.

matriculando-os em verdadeiras universidades do crime, que são os nossos presídios e as nossas cadeias.

A corrente favorável a redução da maioria penal está tentando reduzir o problema da violência apostando na abrangência de um modelo sabidamente ineficiente e falho. Como já foi dito antes, a falência do sistema prisional brasileiro parece um dado da realidade. A estratégia para prevenir a reincidência e garantir a ressocialização dos jovens não deve inseri-los nesse sistema. Colocá-los junto com presos adultos seria expô-los a esse caos, que não socializa, não educa.

Devemos estar atentos que Estatuto da Criança e do Adolescente não nega punição ao menor delinqüente, mas sim a imputabilidade penal geral. O adolescente infrator não é impune, ele é inimputável. Ao infringir normas de obediência imperativa, ao jovem é imposto a medida socioeducativa adequada, que tem como objetivo principal a reeducação daquele indivíduo marginalizado, evitando a reincidência do mesmo em práticas delituosas.

A corrente favorável a redução da maioria penal constituiu-se de inúmeros argumentos que, segundo eles são suficientes para a realização do mesmo. Fundados em falácias, os pilares do discurso a favor da redução têm o crédito de convencer boa parte da população desconhecadora do verdadeiro Direito. Entretanto, cabe a nós, estudiosos da Lei, o dever de combater essas inverdades e lutar pelo direito das crianças e adolescentes que durante séculos ficaram à margem da lei.

Um dos argumentos utilizados pelos defensores da redução da idade para a imputabilidade penal é o de que os adolescentes têm sido os responsáveis pelo aumento da taxa da criminalidade. A verdade é que tal assertiva carece de embasamento científico. Consoante recente pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), sabe-se que menos de dez por cento dos crimes cometidos são realizados por crianças e adolescentes.

A fim de se obter a redução da criminalidade, deve-se combater as suas causas que, conseqüentemente, cessariam os seus efeitos. O que deve ser feito é o combate ao desemprego, a miséria, a fome, etc. A redução da idade para a imputabilidade penal em nada contribuiria para a redução da criminalidade.

Outro argumento bastante utilizado pelos defensores da redução da idade para a imputabilidade penal é que os adolescentes que têm entre dezesseis e dezoito anos de

idade possuem, pelo grau de informação a que estão expostos, completo discernimento. Portanto, seriam pessoas capazes de entender as conseqüências de seus atos, devendo ser submetidos à legislação penal, pois possuem maturidade suficiente para tanto.

Não se trata de possuir ou não capacidade para discernir entre o certo e o errado. Por estarem passando por uma fase especial de desenvolvimento, os adolescentes devem receber um tratamento de recuperação específico, diferenciado daquele aplicado aos adultos que são submetidos à legislação penal. Cabe frisar que o objetivo pretendido pela submissão de um adolescente a uma medida socioeducativa é o de recuperá-lo para o convívio social.

Admitem também que os jovens menores de dezoito anos estão sendo utilizados pelos adultos para a prática de crimes, prevendo uma punição branda caso seja detido pela polícia, já que são presumidos como não responsabilizados penalmente.

Esse pilar dos defensores da redução é de fraca argumentação e de visível falibilidade. Vez que a dita redução diferente de resolver, irá piorar a situação do jovem. Ao invés de recrutar o adolescente de dezesseis ou dezessete anos, o dito mandante do crime possivelmente passaria a recrutar adolescentes de idade ainda mais tenra, cujo discernimento é ainda menos desenvolvido.

É com grande satisfação que a corrente favorável à redução da maioria penal no Brasil apresenta este argumento. Afirmam que se o jovem com dezesseis anos pode votar e decidir o futuro da eleição no país, então esse mesmo jovem teria maturidade suficiente para determinar-se diante do caráter ilícito de um fato.

Contudo, tal afirmativa encontra-se equivocada na medida em que não se confunde imputabilidade penal com capacidade eleitoral. Temos que observar também, que a própria Constituição Federal estipula idade mínima para outros assuntos, claramente exemplificado na exigência de que tenha trinta e cinco anos o candidato à Presidência da República.

Salienta-se, que enquanto o voto para os jovens menores de dezesseis anos é facultativo, a imputabilidade penal é compulsória.

Outro argumento utilizado pelos defensores da mencionada redução é que as medidas socioeducativas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente não são suficientes para a punição dos menores e como resultado direto promovam a impunidade e a reincidência.

Tal argumento não procede, pois as medidas socioeducativas do referido estatuto não buscam apenas a punição dos adolescentes infratores, o seu real objetivo é a reeducação e conseqüente reintegração do jovem que cometeu um desvio de conduta ao convívio social.

Ressalta-se que esta o ECA possui mecanismos de responsabilização muito fortes, alguns inclusive mais severos que o Código Penal. A legislação especial em comento não preceitua a impunidade, mas sim a ressocialização do jovem.

Outra senda enganadora é dizer que o critério da menoridade penal é simplesmente biológico. Na verdade trata-se de um critério também político, a valorização da dignidade humana.

“Aliás, o discurso para redução de idade de responsabilidade penal é essencialmente político. Trabalha-se com o mito de que aumentando o número de clientes potenciais do sistema penitenciário haverá uma diminuição dos delitos cometidos por adolescentes, por força de um pretenso efeito intimidador e de fim da impunidade. Os argumentos são falaciosos e, na verdade, encobrem uma opção ideológica por um Estado mínimo. Não existe nenhuma base séria para a afirmação de que o aumento de penalização diminui a criminalidade. Se assim fosse, onde é adotada a pena de morte ter-se-ia a redução da prática de crimes e não há notícia de que isso esteja ocorrendo. No Brasil mesmo se verifica isso, pois as estatísticas estão a demonstrar que desde o advento da Lei de Crimes Hediondos - que é de 1990 - em que foram agravadas penas e condições de execução das mesmas não ocorreu a diminuição da criminalidade que tal lei quis coibir. Por outro lado, os adolescentes infratores não restam impunes pelos atos delituosos que cometem. Há previsão de responsabilização, inclusive com privação de liberdade”.⁶⁵

5.2 A inconstitucionalidade da redução da maioridade penal

Destaca-se que quando da elaboração da Carta Magna de 1988, o constituinte utilizou-se de um dos princípios fundamentais da democracia que é o respeito à dignidade da pessoa humana. Optando pela inimputabilidade penal até os dezoito anos, percebe-se haver se estabelecido compromisso com a valorização do jovem - pessoa em fase de amadurecimento merecedor, portanto, de especial atenção.⁶⁶

⁶⁵ TERRA, Eugênio Couto. A idade penal mínima como cláusula pétrea. A Razão da Idade: Mitos e Verdades. Brasília: MJ/SEDH/DCA. 2001. p. 53-54.

⁶⁶ Ibidem. p.30.

A nossa Lei Maior, cuida, em seu art. 228, da menoridade penal, frisante: "são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial".

Hoje, com a intenção de reduzir a idade penal, não pode ser possível o almejado, uma vez que o referido artigo, além de se inscrever entre as garantias individuais, é cláusula pétrea.

Nesse sentido discorreu Abreu Dallari:

“A previsão de tratamento jurídico diferenciado daquele que se aplica aos adultos é um direito dos menores de 18 anos, que são pessoas, indivíduos, sujeitos de direitos. De acordo com o art. 60, § 4º, da Constituição, não poderá ser objeto de deliberação proposta de emenda constitucional tendente a abolir garantias individuais. Como é evidente, qualquer proposta no sentido de aplicar as leis penais aos menores de 18 anos significará a abolição de seu direito ao tratamento diferenciado, previsto em lei, e por esse motivo será inconstitucional”.⁶⁷

Flávia Piovesan, também assim entende:

“A redução da maioridade penal perverte a racionalidade e principiologia constitucional, na medida em que abole o tratamento constitucional especial conferido aos adolescentes, inspirada na ótica exclusivamente repressiva, que esvazia de sentido a ótica da responsabilidade, fundada nas medidas socioeducativas. Com isso, a perspectiva sociojurídica de exclusão (repressiva e punitiva, de isolamento) vem a aniquilar a perspectiva de inclusão (protetiva e socioeducativa, de reinserção social). Não bastando a afronta a direitos e princípios constitucionais, a proposta vê-se corroída de inconstitucionalidade, ao violar cláusula pétrea consagrada pela Constituição”.⁶⁸

Deste modo, a redução da maioridade penal é inconstitucional e injusta, pois, a redução da maioridade penal, afastaria os adolescentes dos programas de reeducação e ressocialização estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente implantado através das medidas socioeducativas.

⁶⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. A razão para manter a maioridade penal aos 18 anos. A Razão da Idade: Mitos e Verdades. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001. p. 25.

⁶⁸ PIOVESAN, Flávia. A inconstitucionalidade da redução da maioridade penal. A Razão da Idade: Mitos e Verdades. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001. p. 75-76.

5.2.1 A maioria penal como garantia constitucional

A Constituição Federal prevê a possibilidade de ser modificada por emenda constitucional. No entanto, no artigo 60, parágrafo 4º, exclui algumas matérias que, jamais poderão ser objeto de emenda supressiva. Dentre elas os direitos e garantias individuais. Senão, veja-se:

Art. 60. [...]

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

IV - os direitos e garantias individuais.

Contudo os adeptos da redução da maioria penal argumentam que a inimputabilidade penal não é uma garantia constitucional por não estar descrita no rol do artigo 5º da Constituição Federal que trata dos direitos e garantias individuais.

Não poderiam estar mais errados. Analisando-se a Constituição Federal, verifica-se que o artigo 228 não deixa de ser garantista, pois as normas constitucionais devem ser interpretadas pelo seu conteúdo e não pela sua localização.

A inimputabilidade penal, com limite fixado em 18 anos, apareceu como garantia constitucional por ser uma forma de proteção especial às crianças e aos adolescentes, e, portanto, constitui cláusula pétrea, não podendo ser suprimida ou alterada.

5.2.2 A maioria penal como cláusula pétrea

A imputabilidade penal tornou-se uma garantia constitucional com a previsão na Constituição Federal. Ao assegurar às crianças e aos adolescentes a não submissão às normas penais, mas sim a uma legislação especial, a qual leva em conta a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, a Constituição acrescenta uma garantia judicial a eles que gozam, ainda, da garantia de serem submetidos a um processo específico de reintegração social.

Seguindo este caminho, temos a lição de Renê Ariel Dotti:

"Trata-se de um dos direitos individuais inerentes à relação do art. 5º, caracterizando, assim, uma cláusula pétrea. Conseqüentemente, a garantia não pode ser objeto de emenda constitucional visando à sua abolição para reduzir a capacidade penal em limite inferior de idade".⁶⁹

De igual importância, as palavras de Konder Comparato: "Ora, tratando-se como se trata, de um direito fundamental de natureza individual, a sua supressão, até mesmo por via de emenda constitucional, é expressamente vedada pela própria Constituição (Art. 60, IV)".⁷⁰

No que tange o assunto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho se manifesta da seguinte forma:

"De qualquer modo, as matérias protegidas por 'cláusulas pétreas' não podem ser abolidas - porque só o abolir é que estas impedem - salvo por um processo em duas etapas, a primeira, de supressão de cláusula protetora, a segunda, atingindo o princípio, regra ou instituto envisado. Isto já não é pouco".⁷¹

A fim de corroborar o que foi explicitado, transcreve-se o entendimento de Cunha Filho:

"prisma eminentemente jurídico, notamos que as cláusulas pétreas de fato protegem os direitos fundamentais, sobretudo se considerarmos a dimensão da constituição dirigente, de que nos fala Canotilho, uma vez que põe limites à atuação dos poderes constituís e ao legislador derivado".⁷²

Em suma, pelos motivos acima expostos, fica evidente a impossibilidade de alteração no texto constitucional visando a redução da maioria penal, pois trata-se de cláusula pétrea.

⁶⁹ DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 413.

⁷⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Parecer à proposta de emenda constitucional, visando a reduzir o limite etário da imputabilidade penal. A Razão da Idade: Mitos e Verdades. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001. p. 71.

⁷¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e Alcance das "Cláusulas Pétreas". Revista de Direito Administrativo. São Paulo: Renovar, n. 202, 1995. p. 17.

⁷² CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Cláusulas Pétreas como Garantias dos Direitos Fundamentais. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. Rio de Janeiro: OAB. Conselho Federal, n. 74, a. XXXII, 2002. p. 34-35.

Sob essa égide, fica garantida a proteção integral concedida à criança e ao adolescente pretendida pelo legislador constituinte ao instituir a inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos de idade.

6. CONCLUSÃO

Em consonância com o trabalho acadêmico que fora apresentado e de acordo com as idéias que nele foram trazidas à tona, concluem-se algumas questões a respeito do assunto.

Em síntese, o que se buscou no decorrer deste trabalho acadêmico foi, precipuamente, demonstrar que o atual tratamento concedido à criança e ao adolescente pela legislação brasileira encontra-se baseado nos princípios fundamentais do Estado democrático de direito e da dignidade humana, assim como do respeito ao ser em fase especial de desenvolvimento.

Os jovens brasileiros devem ser alvo de tutela integral por parte do Estado, da família e da sociedade. Pela Constituição Federal, pelo Código Penal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), restou evidente tal preocupação acerca, especialmente, dos jovens infratores. Sobre a sua condição especial de imaturidade e falta de discernimento ficou claro que são incapazes de entender o caráter ilícito de suas atitudes.

O que é de conhecimento de todos é que a maioridade penal é atingida aos dezoito anos, o que significa dizer que os menores, antes de completar essa idade, são considerados penalmente inimputáveis, ficando sujeitos, caso pratiquem um ilícito penal, à legislação especial do ECA e das medidas socioeducativas, conforme disposto nos artigos 228 da CF, 27 do CP e 104 do ECA.

Tal fixação tem gerado certo desagrado por parte da população, que associou a inimputabilidade penal à impunidade do adolescente que praticou um crime ou contravenção penal. O fato de o menor de dezoito anos não responder pelos ilícitos penais tipificados pelo Direito Penal não o torna impune, mas inimputável. Será o agente devidamente responsabilizado e punido pela aplicação da medida socioeducativa pertinente.

Evidente que o descaso das autoridades pela política social do país e o conseqüente aumento vertiginoso da criminalidade criaram um pandemônio na sociedade. Com medo e cansada dos constantes crimes violentos na nação, parte da sociedade insurgiu em apelo, exigindo a criação de medidas radicais no combate à

violência, entre tantas outras apresentadas, a polêmica tentativa de redução da maioria penal no Brasil.

Como tantas vezes frisado no presente estudo e apoiado por grande parte da doutrina, sabe-se que não será através da referida medida que iremos reduzir a criminalidade no país, pois como já apresentado, menos de dez por cento dos crimes praticados tem como agente menores infratores (IBGE). Além disso, não devemos retroagir os avanços feitos pelo legislador brasileiro no tratamento dos jovens. Mudar a atual política de proteção integral e ressocialização do adolescente infrator seria o mesmo que regredir em mais de 100 anos a legislação pátria.

Vimos e aprendemos que o antigo tratamento concedido aos menores infratores não era capaz de reprimir a sua ocorrência. Crianças e adolescentes eram punidos como adultos, cabendo-lhes, inclusive a pena capital. Caso a referida redução de imputabilidade penal seja imposta, e seus esperados resultados não sejam alcançados, tentarão esses mesmos “revolucionários” aplicar a pena de morte em crianças brasileiras, como assim o faziam no passado?

No decorrer do presente trabalho ficou aparente que a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) são instrumentos que oferecem os subsídios necessários para que se estabeleça a justiça social e a qualidade de vida aos jovens em formação. As medidas socioeducativas mostram-se, com seu caráter recuperativo, como instrumento perfeito para reeducação dos adolescentes infratores, garantindo-lhes um reingresso na sociedade.

O ECA não busca simplesmente a reeducação dos jovens através da punição, mas sim, almeja amparar crianças e adolescentes em necessidade. Procura a recuperação sadia daquele que errou corrompido pelos fatores sociais, ou até mesmo por sua imaturidade, objetivando sempre o seu retorno à sociedade como cidadão recuperado, que não mais participará de atividades ilícitas. E para tanto deverá contar com o apoio do Estado, da família e da sociedade.

Elucidou-se que sobre cada caso específico, a autoridade judiciária da infância e da juventude deverá impor a medida socioeducativa que melhor atenda aos interesses do jovem. Em caso de réu de primário ou de atividade delituosa pouco ofensiva à sociedade, opta-se por medidas mais brandas, sem a necessidade de privação de liberdade. Tratando-se de práticas ilícitas constantes ou de maior potencial ofensivo, ou

ainda, de descumprimento das medidas anteriores, deverá ser aplicada medida socioeducativa restritiva de liberdade. Entretanto, mister esclarecer ao menor que a privação de sua liberdade é resultado direto de suas atitudes, que, uma vez cessadas, o mesmo poderá usufruir do livre direito de ir e vir.

O que foi exaustivamente explicado, e de diversas formas, é que em total desconhecimento sobre a incidência das medidas socioeducativas, a corrente pró-redução da imputabilidade penal argumenta que estas não são suficientes para evitar a prática delituosa por parte dos adolescentes. Reclamam pela equivalência do menor ao adulto transgressor da lei penal e clamam pelo aprisionamento de ambos em penitenciárias comuns.

Os defensores da redução da maioria penal ignoram o fato de que, uma vez recolhido ao falido sistema carcerário brasileiro, o adolescente não terá qualquer chance de recuperação. Não consideram o adolescente como ser ainda em desenvolvimento, apenas como um problema social a ser erradicado.

De certo que colocar juntos adolescentes de maturidade inacabada e homens adultos violentos não iria trazer benefício algum. Muito pelo contrário, essa aproximação forçada certamente ocasionaria uma influência negativa na ressocialização do jovem e aumentaria as chances de reincidência de práticas delituosas.

Por todo o exposto, o que podemos concluir de forma direta é que não será reduzindo a maioria penal que se conseguirá diminuir a criminalidade. Deve-se atribuir ao Estado, à família e à sociedade o dever de assegurar à criança e ao adolescente, os direitos humanos e de cidadania, necessários para sua existência digna e para seu desenvolvimento moral e intelectual, sendo esses direitos, garantidos pela Constituição Federal da República.

Finalmente, através da interpretação sistemática de nossa Constituição Federal, grande garantidora de Direitos e Garantias Individuais não restou dúvidas acerca da inconstitucionalidade da supramencionada redução de maioria penal. Dessa forma, o texto constituído no artigo 228 da CF, que por se tratar de cláusula pétrea, jamais poderá ser alvo de emendas constitucionais e, portanto, está impedido de ser erradicado ou mesmo de sofrer qualquer alteração.

Desta maneira, encerramos o presente trabalho conscientes da grande importância da recuperação de nossos jovens infratores. Mais do nunca, devemos

garantir os seus direitos e lutar pela sua dignidade e educação. O Brasil de amanhã tem seus pilares construídos sobre os menores de hoje.

REFERÊNCIAS

ALVES, Roberto Barbosa. **Direito da Infância e da Juventude**. São Paulo: Saraiva, 2005.

AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. A atual problemática do menor. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, a. 16, n. 61, 1979.

AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do e. Proteção - pretexto para controle social arbitrário de adolescentes e a sobrevivência da doutrina da “situação irregular”. **Jurisprudência Catarinense**. Florianópolis, a. XXV, n. 87, 3º trimestre de 1999, 2000.

BADARÓ, Ramagem. **Da Imputabilidade e Responsabilidade na Sistemática Penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1970.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**. São Paulo: Saraiva, 1956.

CAVALLIERI, Alyrio. **Direito do Menor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

COMPARATO, Fábio Konder. Parecer à proposta de emenda constitucional, visando a reduzir o limite etário da inimputabilidade penal. **A Razão da Idade: Mitos e Verdades**. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001. p. 71.

COSTA, Daniel Carnio. Estatuto da Criança e do Adolescente - Teoria da Situação irregular e teoria da proteção integral - avanços e realidade social. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese Ltda, a. II, n. 8, nov./dez. 2000.

COSTA E SILVA, Antonio José da. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Commentado**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Cláusulas Pétreas como Garantias dos Direitos Fundamentais. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**. Rio de Janeiro: OAB. Conselho Federal, n. 74, a. XXXII, 2002.

CURY, Munir (Coord.) et alii. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 6. ed. Ver. E atual. Pelo novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. A razão para manter a maioridade penal aos 18 anos. **A Razão da Idade: Mitos e Verdades**. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001.

DOTTI, René ArieI. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FARIA, Bento de. **Código Penal Brasileiro comentado**. Rio de Janeiro: Record, 1958.

FERREIRA, Ivette Senise. Imputabilidade e maioridade penal. **A Razão da Idade: Mitos e Verdades**. Brasília: MJ/SEDH/DCA. 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e Alcance das "Cláusulas Pétreas". **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo: Renovar, n. 202, 1995.

FILGUEIRAS JR, Araujo. **Código Criminal do Império do Brazil anotado**. Rio de Janeiro, 1876.

FIRMO, Maria de Fátima Carrada. **A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 1. ed. São Paulo, 1951.

GONZAGA, João Bernardino. **O Direito Penal Indígena**. São Paulo: Max Limonad, 1972.

HUNGRIA, Néilson; FRAGOSO, Helena C. **Comentários ao Código Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

JAKOBS, Günther. Derecho Penal. **Fundamentos y teoría de la imputación**. 2. ed. Corrigida. Trad. por Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

LEAL, Luciana de Oliveira. **Liberdade da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

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

LOYOLA, Leandro. **Revista Época**. ed. Globo, 07/05/2007.

LYRA, Roberto. **Direito Penal Científico (Criminologia)**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1974.

MANZINI, Vincenzo, **Tratado de Derecho Penal**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón. 1948.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 17. ed. ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRAGLIA, Paula. **Aprendendo a Lição**. Novos Estudos: CEBRAP, 2005.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 20. ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 1982.

NUVOLONE, Pietro. **O Sistema do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

PALOMBA, Guido Arturo. **Psiquiatria Forense (noções básicas). Sugestões Literárias**. São Paulo: Saraiva, 1992.

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

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil, Evolução Histórica**. Bauru-SP: Jalovi, 1980.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **A constituinte e a menoridade penal**. São Paulo, 1988.

PIOVESAN, Flávia. A inconstitucionalidade da redução da maioridade penal. **A Razão da Idade: Mitos e Verdades**. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 3. ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SARAIVA, João Batista. **Desconstruindo o Mito da Impunidade**. Um Ensaio de Direito (Penal) Juvenil. Brasília: GV, 2002.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei**: da indiferença à proteção integral. 2. ed. Porto Alegre, 2005.

SILVA, Antonio Fernando do Amaral e. **Menor autor de infração penal**. Tratamento e medidas aplicáveis. Jurisprudência Catarinense, n. LXII, 1988.

SILVA, José Afonso da. Direitos Humanos da Criança. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, n. 26, 1999.

SILVEIRA, V. César da. **Tratado da Responsabilidade Criminal**. São Paulo: Saraiva, 1955.

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de Direito Penal**, 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950.

SIQUEIRA, José Prudente. **A Imputabilidade e a Responsabilidade Criminais**. Rio de Janeiro: I. Amorim e Cia. Ltda., 1938.

TERRA, Eugênio Couto. A idade penal mínima como cláusula pétrea. **A Razão da Idade: Mitos e Verdades**. Brasília: MJ/SEDH/DCA. 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. 10ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

ZARZUELA, José Lopes. **Semi-Imputabilidade: Aspectos Penais e Criminológicos**. São Paulo: Julex Livros, 1988.