



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUAN SERRA ARAUJO

**ATOS INFRACIONAIS E A QUESTÃO DA REDUÇÃO DA
MAIORIDADE PENAL**

Salvador
2015

LUAN SERRA ARAUJO

**ATOS INFRACIONAIS E A QUESTÃO DA REDUÇÃO DA
MAIORIDADE PENAL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof.

Salvador
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

LUAN SERRA ARAUJO

**ATOS INFRACIONAIS E A QUESTÃO DA REDUÇÃO DA
MAIORIDADE PENAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2015

A Meus pais, Gleison e Helena, por
todo apoio e incentivo.

AGRADECIMENTOS

A minha família, em especial para meus pais, Mauricio e Amenaide; minha irmã, Camila e minha avó, Nirley, por todos os ensinamentos e toda a motivação durante essa fase de aprendizagem.

Ao Professor Roberto Gomes, meu orientador, por toda paciência, dedicação e conhecimento que foram fundamentais na construção do meu trabalho.

Aos professores da Faculdade Baiana de Direito por todo o saber jurídico que me foi passado de forma tão competente e responsável.

A Dra. Rosemunda Valente por todos os ensinamentos, pelo exemplo de pessoa ética e que reforçou em mim o sentimento de Justiça.

“Sempre há uma outra chance, uma outra amizade, um outro amor.
Para todo o fim, um recomeço”

Antoine de Saint-Exupéry

RESUMO

O presente trabalho apresenta uma análise sobre a discussão da redução da maioridade penal. A Constituição Federal de 1988 estabelece a imputabilidade penal para os indivíduos com menos de 18 anos, além de trazer os princípios da proteção integral e da prioridade absoluta para as crianças e os adolescentes. O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA- surge em 1990 para reforçar essa proteção especial trazida pela Constituição e estabelece a aplicação de medidas sócio-educativas para os adolescentes que praticam atos infracionais, reforçando a existência de um Direito Penal Juvenil. O ECA equiparou os atos infracionais aos crimes e contravenções penais do Direito Penal. Mesmo com a existência de uma responsabilização para os jovens infratores, há quem defenda a redução da maioridade penal argumentando, principalmente, que os jovens que cometem atos infracionais ficam impunes. Por outro lado, e esse é o objetivo maior desse trabalho, há quem defenda posição contrária sustentando constitucionalmente a impossibilidade de redução da maioridade penal, além de considerar questões biopsicológicas acerca do desenvolvimento dos adolescentes. Para explorar o tema, foram analisados, além da Constituição Federal de 1988 e o ECA, artigos e livros sobre a redução da maioridade penal.

Palavras-chave: redução da maioridade penal, ECA, atos infracionais, medidas sócio-educativas, idade penal, critério biopsicológico.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CASA	Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente
CF/88	Constituição Federal da República de 1988
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
FEBEM	Fundação Estadual para o Bem Estar do Menor
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 ASPECTOS GERAIS	14
2.1 CÓDIGO DE MENORES	14
2.2 MUDANÇAS CONSTITUCIONAIS E O ECA	15
2.3 A IDADE PENAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	18
2.4 ASPECTOS PSICOLÓGICOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES E A QUESTÃO DO DISCERNIMENTO	20
2.5 IMPUNIDADE X IMPUTABILIDADE	24
3 ATOS INFRACIONAIS	28
3.1 CONCEITO E ASPECTOS GERAIS	28
3.2 PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DOS ATOS INFRACIONAIS DE ACORDO COM O ECA	29
4. MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS	34
4.1 MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS X MEDIDAS PROTETIVAS	34
4.2 NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS	38
4.3 APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS	39
4.4 MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS EM ESPÉCIE	40
4.4.1 Advertência	40
4.4.2 Obrigação de Reparar o Dano	41
4.4.3 Prestação de Serviço a Comunidade	41
4.4.4 Liberdade Assistida	41
4.4.5 Regime de Semiliberdade	42
4.4.6. Internação	42
4.4.7 Remissão	44
5 CONSIDERAÇÕES SOBRE A IDADE PENAL	45
5.1 ASPECTOS GERAIS	45
5.2. DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL	46
5.3. DA NÃO REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL	51
5.3.1 Redução da Maioridade Penal em Face à Constituição Federal	51
5.3.2 O Mito da Impunidade	54
5.3.3 O Estado de Desenvolvimento do Jovem como Impossibilidade de Redução da Maioridade Penal	57
5.3.4 Medida Emergencial Simbólica ou Eficaz?	59

5.3.5 Redução da Maioridade Penal como Solução para a Diminuição da Violência e da Criminalidade Juvenil	62
5.3.6 O Jovem no Sistema Carcerário Brasileiro: Uma Escola para o Aperfeiçoamento da Criminalidade	64
CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	
Erro! Indicador não definido.	

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará sobre a redução da maioria penal. O interesse por esse tema surgiu após as aulas de ECA, ministradas pelo Prof. Roberto Gomes, durante o semestre letivo de 2012.2 na Faculdade Baiana de Direito.

A questão da criminalidade juvenil sempre foi motivo de atenção durante o estágio na 1ª Vara de Tóxicos – Salvador/BA. São inúmeros os processos que tem como réu pessoas que acabaram de completar 18 anos, porém já têm uma atividade significativa no crime.

Não é incomum também os depoimentos de traficantes adultos que revelam o uso de adolescentes para ajudar na prática criminosa do comércio ilícito de drogas, seja como olheiro, avisando os demais sobre a presença de policiais no local; seja como “aviãozinho”, levando drogas até os compradores ou armas até os demais traficantes ou até mesmo auxiliando na embalagem das drogas ou na segurança das bocas de fumo (com armas de grande calibre nas mãos).

A experiência prática aliado aos conhecimentos teóricos aprendidos em sala de aula, resultaram no interesse de desenvolver um trabalho sobre a idade penal.

No segundo capítulo desta monografia, busca-se apresentar questões históricas e gerais sobre o tema. Tenta-se demonstrar o surgimento da proteção especial das crianças e dos adolescentes, bem como ela foi desenvolvida ao longo do tempo. Busca-se demonstrar como a Constituição Brasileira adota o tema da redução da maioria penal, estabelecendo princípios e adotando teorias para a imputabilidade penal. Também pretende-se expor como se deu a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente e quais suas diretrizes fundamentais sobre o presente tema.

Procura-se, ainda no segundo capítulo, esclarecer sobre as questões psicológicas que envolvem as crianças e os adolescentes. Destacando a necessidade de uma análise psicológica sobre a formação dos jovens, buscando trazer esclarecimentos sobre a fase de desenvolvimento dos menores de 18 anos e como isso funciona como uma justificativa para a imputabilidade penal.

Intenta-se também desmistificar o mito da impunidade dos adolescentes que cometem atos infracionais, diferenciando imputabilidade de impunidade. Preocupa-

se o presente trabalho em demonstrar as principais diferenças entre os institutos e trazer diretrizes sobre a existência de um Direito Penal Juvenil.

No terceiro capítulo, passa-se a tratar dos atos infracionais praticados pelos menores de idade, buscando esclarecer o conceito de ato infracional e quais as consequências dessa prática estabelecidas pelo ordenamento menorista. Tenta-se demonstrar, principalmente, que há uma punição para os jovens infratores, ainda que essa seja uma punição especial devido ao caráter de formação dos adolescentes. No último tópico do terceiro capítulo, pretende-se demonstrar o procedimento de apuração de um ato infracional e quais são as medidas cabíveis ao verificar-se a prática de um ato infracional, inclusive mostrando os prazos legais e condutas obrigatórias das autoridades que são estipuladas pelo ECA e pela Constituição Federal.

No quarto capítulo, buscou-se explicar sobre as punições estabelecidas pelo ECA, trazendo o conceito de medida sócio-educativa, conceituando também suas espécies e a forma que são aplicadas. Pretende-se mostrar também como as medidas sócio-educativas compõem o Direito Penal Juvenil e qual o procedimento para a sua aplicação. Além disso, intenta-se demonstrar o caráter punitivo das medidas sócio-educativas, bem como busca-se trazer as discussões e definições acerca da natureza jurídica das medidas, esclarecendo se há ou não um caráter punitivo e retributivo. Também pretendeu-se estabelecer uma comparação entre as medidas sócio-educativas e as penas de Direito Penal, principalmente buscando demonstrar a semelhança entre elas, de forma que as medidas sócio-educativas reforçam a existência de um Direito Penal Juvenil.

No quinto e último capítulo, pretende-se trazer as questões mais relevantes sobre a redução da maioridade penal. No primeiro tópico, busca-se apresentar os argumentos dos autores que defendem a redução da idade penal como solução para a criminalidade brasileira, além de defenderem a inexistência de punição para os jovens que cometem atos infracionais.

A partir do segundo tópico buscou-se desmistificar e desconstruir os principais argumentos a favor da redução da maioridade penal. Procurou-se construir um raciocínio para defender a não redução da maioridade penal com base no sistema punitivo existente do ordenamento brasileiro, além de tentar reforçar a necessidade

de proteção especial da criança e do adolescente e enaltecer a existência de um Direito Penal Juvenil.

Encerrou-se o presente trabalho buscando também demonstrar que a redução da maioria penal seria uma medida emergencial simbólica e não eficaz para o problema da criminalidade juvenil, sendo o investimento em educação e infraestrutura, por exemplo, medidas muito mais eficazes para a diminuição de atos infracionais praticados por menores de 18 anos.

2 ASPECTOS GERAIS

2.1 CÓDIGO DE MENORES

A proteção legal para as na crianças e dos adolescentes tem seu marco no século XX. Antes deste tempo não existia nenhuma proteção especial aos menores que cometiam delitos; os jovens que praticavam condutas criminosas eram encarcerados nas mesmas instituições que os adultos e nas mesmas condições. É a partir do século XX que surgem as casas de recolhimentos especiais para atender menores infratores e as leis especiais para tratarem desses jovens.

A filosofia do positivismo influenciou essa mudança, uma vez que não se pode considerar que o jovem infrator comete determinado delito pelo seu livre-arbítrio, mas sim por circunstâncias alheias a sua vontade devido ao seu estado de formação. É com base nesse pensamento que surgem as primeiras mudanças e os menores infratores passam a não mais serem encarcerados junto com adultos e são encaminhados para instituições especializadas, nas quais é lhes dado um tratamento diferente da sanção. São aplicadas algumas medidas com finalidades educativas para auxiliarem os jovens e não apenas repreende-los, como acontecia antigamente.

Seguindo essas mudanças, em 1927 instituiu-se o Código Mello Mattos. Esse Código não distinguia o menor abandonado do menor delinquente, o que gerava a falta de qualquer compromisso com o caráter em formação do jovem, pois qualquer medida poderia ser aplicada a qualquer categoria de menor – abandonado ou delinquente.

Em 1979, através da Lei 6.697/79, surgiu o Código de Menores, porém a essência do problema não foi modificada, uma vez que o novo Código continuava trazendo a idéia do menor irregular e também não se preocupava com qualquer tipo de garantia para as crianças e os adolescentes.

O Código de Menores continua sem fazer a distinção entre menor abandonado e menor delinquente, de forma que um menor abandonado muitas vezes era colocado em um mesmo estabelecimento que um menor infrator devido ao fato de ambos estarem em situação irregular.

Também não existia qualquer garantia ao devido processo legal quando se tratava de adolescentes ou crianças. Os juízes de menores tinham suas atuações equiparadas à um pai de família, uma vez que podiam agir sem qualquer formalidade, restando os menores ficarem à sorte do bom senso de cada juiz.

Além disso, pode-se afirmar que as medidas aplicadas aos menores infratores pelo Código de Menores eram bastante semelhantes as sanções impostas pelo Código Penal da época, o que, segundo o Juiz Amaral e Silva, citado às fls. 57 do livro de Luiz Eduardo Pascuim chamou de “sanções disfarçadas”.

2.2 MUDANÇAS CONSTITUCIONAIS E O ECA

A Constituição Federal de 1988 trouxe mudanças significativas para o ordenamento jurídico do Brasil. Essas mudanças trazidas pela nova Constituição demonstravam o amadurecimento pelo qual o país passava naquele momento. O Brasil tinha estabelecido a proteção especial à determinados grupos e as crianças e os adolescentes formavam um desses grupos.

O texto constitucional de 1988 ratificou disposições da Declaração dos Direitos das Crianças de 1959 e da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que traziam em seus textos dispositivos que reconheciam a necessidade de proteção especial das crianças e dos adolescentes em face do período de desenvolvimento pelo qual estavam submetidos.

De acordo com SPOSATO (2006, p.89):

A Constituição de 1988, ainda que elaborada num contexto de franco reducionismo dos direitos de caráter social, adotou a roupagem do Estado de Bem-estar Social, o que se pode compreender pela própria história social brasileira marcada por profundos padrões de desigualdade e repressão de suas demandas básicas por um longo regime ditatorial. Com a participação intensa da sociedade civil, jamais verificada antes da história do país, e também sob forte influência corporativa, a Constituição de 1988 se configurou num compromisso entre os diversos setores articulados que detinham, naquele momento, parcelas de poder.

Nesse momento, a Constituição reconheceu a necessidade de proteção especial para os jovens, conforme comprova o seu artigo 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.

Dirley da Cunha (2009, p. 733) trata da importância desse artigo da Constituição Federal e ressalta o dever do Estado e da família de tratar das questões dos jovens com absoluta prioridade, demonstrando a importância do artigo 227 da Constituição Federal.

É necessário o reconhecimento da importância da constitucionalização da uma matéria:

Em primeiro lugar, a constitucionalização de um ordenamento significa para o autor que o mesmo encontra-se totalmente impregnado por normas constitucionais. Um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza, portanto, por uma Constituição extremamente invasora, até mesmo intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação quanto a jurisprudência e a doutrina, assim como também a ação de atores políticos e as relações sociais. (SPOSATO, 2009, P. 82).

Além disso, o próprio parágrafo 3º do art. 227 da Constituição Federal define os aspectos da proteção especial:

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

Com base nessas mudanças constitucionais, podemos afirmar que:

[...] A Constituição democrática de 1988, ao constitucionalizar o Direito da Criança, evidenciou a necessidade de reformulação da legislação especial infraconstitucional para crianças e adolescentes, como condição para o alinhamento entre os avanços da normativa internacional, da própria

construção da normativa constitucional e a legislação ordinária. (SPOSATO, 2006, p. 95/96).

Diante disso, foi criado o ECA através da Lei 8.069 em 13 de julho de 1990 e passou a tratar as crianças e os adolescentes como sujeitos de direito e não mais como apenas “menores”. O Estatuto da Criança e do Adolescente foi pensado levando em consideração toda essa proteção especial estabelecida pela Constituição às crianças e aos adolescentes. O ECA trouxe em sua legislação a necessidade de proteção especial para os jovens, criando mecanismos e uma série de deveres a serem cumpridos por parte da sociedade para que os princípios da proteção integral e da prioridade absoluta para as crianças e os adolescentes, trazida pela Constituição Federal, fossem amplamente assegurados.

A expressão “menor” utilizada no Código de Menores de 1979 passou a não ser mais utilizada, pois trazia muito mais uma idéia de discriminação do que de inclusão. A idéia da palavra “menor” remontava a um sujeito que estava à margem da sociedade. Diferentemente do ECA, o Código de Menores não estipulava uma proteção para os jovens, apenas servia como uma forma de punir atos contrários ao ordenamento que eram praticados por crianças e adolescentes.

O ECA, no art. 2º, considera criança a pessoa de até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade, estabelecendo ainda que, se uma criança praticar algum ato infracional apenas poderá lhe ser aplicada as medidas que não tenham caráter punitivo, conforme seu art. 105.

O Estatuto também trouxe as garantias processuais legais que não eram previstas no Código de Menores, assim, é assegurado ao adolescente infrator a igualdade na relação processual, podendo contar com o depoimento de testemunhas e podendo ser ouvido pessoalmente pela autoridade policial, por exemplo.

Toda essa proteção especial que foi concedida as crianças e aos adolescentes não derivou de uma simples mudança constitucional, mas sim de uma série de mudanças pelas quais o país passou naquele momento. O Brasil passou a se preocupar com a proteção das minorias e daquelas pessoas que tinham necessidades de tratamento especial, como os índios e os idosos.

Diversas foram as discussões sobre a necessidade de modificação da legislação sobre os jovens do país. No momento em que as mudanças constitucionais

ocorreram e o Estatuto da Criança e do Adolescente foi criado, o Brasil passava por um período em que era necessário avançar em certos aspectos sociológicos, como verifica-se no entendimento de Cury e Marçura (2000, p.) Garantir a proteção integral e a prioridade absoluta aos jovens era abrir mão de outros grupos em detrimento deste; os idosos, por exemplo, apesar de uma proteção na lei federal, não foram contemplados constitucionalmente pelo Princípio da Prioridade Absoluta. Porém, apesar disso, tal preferência era amplamente necessária para que houvesse uma mudança no país e que o Brasil ficasse de acordo com a Declaração Universal dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes, por exemplo.

Ainda sobre a proteção integral, necessárias são as palavras de SPOSATO (2006, p. 102/103):

A proteção integral deve ser concebida como doutrina jurídica que sustenta todo atual Direito brasileiro da Criança e do Adolescente. Seu significado está em reconhecer que todos os dispositivos legais e normativos tem por finalidade proteger integralmente as crianças e os adolescentes em suas necessidades específicas, decorrentes da idade, de seu desenvolvimento e de circunstâncias materiais. A proteção integral, no entanto, deve-se materializar por meio de políticas universais, políticas de proteção ou políticas sócioeducativas, conforme a necessidade. Trata-se de um princípio norteador que deve obter implementação concreta na vida das crianças e dos adolescentes sem qualquer distinção.

É importante que o ECA ratificou a Declaração de Direitos das Crianças de 1989, que enaltecia a necessidade de proteção e cuidados especiais às crianças, em virtude de sua condição de imaturidade física e mental. A referida convenção demonstrou a necessidade de políticas públicas em todos os países que tivessem por objetivo o reconhecimento da hipossuficiência das crianças.

A partir de então, a legislação brasileira passou a analisar os aspectos psicológicos para estabelecer a idade penal do país.

2.3 A IDADE PENAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 surgiu com novas concepções e trouxe o rompimento do Estado Liberal para o Estado do Bem-Estar Social.

De acordo com Paulo Bonavides (2008, p.74), o Estado do Bem-Estar Social nasceu pautado nos ideais de justiça, igualdade e liberdade e foi justamente a partir desses

ideais e da nova concepção do Estado que surgiram os direitos e garantias fundamentais.

Sob essa ótica, a Constituição Federal, em seu artigo 228 afirma que os menores de dezoito anos são inimputáveis e estão sujeitos às normas da legislação especial.

Tal norma da Constituição constitui um direito individual, portanto indisponível.

Apesar de no Brasil a idade penal ser de 18 anos e a idade civil de 21 anos, muito se discute sobre a idade a idade penal.

Seguindo os ensinamentos de Gercino Gerson Gomes Neto, em seu artigo “A Inimputabilidade Penal como Cláusula Pétreas”, com a Constituição Federal de 1988 a inimputabilidade penal e todas as questões relacionadas às crianças e os adolescentes passaram a ser uma questão constitucional. Tal afirmação pode ser comprovada através das mudanças que ocorreram na nova Constituição e já foram explicitadas anteriormente.

Diante disso, a inimputabilidade passou a ser uma garantia individual, portanto, não passível de mudança, assim como dispõe o art. 60 da Constituição Federal. Sob essa questão, o referido autor cita Ives Gandra que afirma que os direitos e garantias individuais configuram cláusulas pétreas e, sendo assim, não são passíveis de mudança. O autor afirma ainda que os direitos fundamentais não estão apenas no artigo 5º da Constituição Federal, mas em vários dispositivos do referido ordenamento.

O fato de inimputabilidade penal ter sido considerada uma garantia individual passa pela explicação de dois aspectos, segundo afirmou Eros Roberto Grau. Para ele, existem os critérios biopsicológicos e psicológicos.

O critério biopsicológico decorre do fato de o indivíduo que praticou uma ação ou uma omissão ser, na época da consumação do fato, absolutamente incapaz, seja por desenvolvimento mental incompleto ou por doença mental.

Já o critério psicológico, considera apenas a idade e nenhum outro aspecto para classificar o sujeito como inimputável.

Além disso, Dalmo de Abreu Dallari destaca em seu artigo “A razão para manter a idade penal aos 18 anos” o fato de a constituição deixar bem claro em seu ordenamento a idade mínima para punição pelo Código Penal, considerando todos

os fundamentos da vulnerabilidade que as crianças e adolescentes estão submetidos.

É justamente sob os fundamentos da vulnerabilidade pela qual os jovens passam nessa fase da vida que a Constituição definiu a inimputabilidade penal como uma garantia individual. Sob essa questão, muito bem explicitou Gercino Gerson Gomes Neto ao afirmar que:

Quis o constituinte separar os direitos e garantias das crianças e adolescentes das disposições relativas ao conjunto da cidadania, visando sua maior implementação e defesa. Elegeu tais direitos, colocando-os em artigo próprio, com um princípio intitulado de prioridade absoluta, que faz com que a criança tenha prioridade na implementação de políticas públicas, por exemplo, e desta forma, inclusive por questão de coerência jurídico-constitucional, não iria deixar ao desabrigo do artigo 60, §4º, IV, os direitos e garantias individuais de crianças e adolescentes, quando, foi justamente o contrário que desejou fazer e o fez.

Diante disso, pode-se afirmar que o legislador constituinte da Constituição Federal de 1988 considerou, mais uma vez, ao aplicar o princípio da prioridade absoluta, a vulnerabilidade dos jovens e reconheceu a necessidade de proteção especial também no que diz respeito a idade penal, adotando assim o caráter biopsicológico para estabelecer a imputabilidade penal para os menores de 18 anos.

2.4 ASPECTOS PSICOLÓGICOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES E A QUESTÃO DO DISCERNIMENTO

Diante dessa nova proteção proporcionada pela Constituição e pela legislação especial do ECA, foi reconhecida também a vulnerabilidade da qual as crianças e os adolescentes estão submetidos. A necessidade de proteção especial decorre de uma questão psicológica e nada tem a ver com estrutura física. Maria Auxiliadora Minahim (1992, p. 60) considera sobre essa vulnerabilidade e afirma que muitas vezes os comportamentos dos jovens são vistos como uma forma de “agressão e transgressão de normas e valores”, mas que na verdade, não passam de uma necessidade de afirmação que deriva da fase vulnerável pela qual estão passando.

O ECA estipulou que seus dispositivos iriam abranger os sujeitos de 0 à 18 anos, sendo de 0 até 11 anos e 11 meses e 364 dias considerado como criança e de 12 à 17 anos e 11 meses e 364 dias como adolescente. Ou seja, toda essa necessidade

de proteção especial vai se aplicar a esses jovens que se encontram em um período de formação e passam por uma situação de vulnerabilidade.

Maria Auxiliadora Minahim, em seu livro “Direito Penal da Emoção – A inimputabilidade do menor”, p.60, afirma que o período entre a infância e a idade adulta é uma fase em que ocorrem diversas mudanças psicológicas nos jovens, na qual diversos sentimentos e sensações são descobertas. Os atos praticados nessa fase da vida nem sempre podem ser considerados como opção.

Ainda de acordo com a autora, na infância ocorre a formação do jovem e é durante esse período que se formam os desvios e transgressões que podem aparecer depois em outra fase da vida, por isso a necessidade de uma proteção e de propor um ambiente adequado para que o desenvolvimento dos jovens ocorra da melhor forma possível.

É na adolescência que o jovem passa a se conhecer e a formar suas próprias convicções e conceitos, mesmo que estes estejam distantes da realidade. É um período pelo qual as mudanças são muito mais intensas. MINAHIM, p. 64, afirma que quando os jovens sentem que suas descobertas ou suas atitudes não são compreendidas, eles passam a transgredir as formas clássicas de autoridade, e a escola, por exemplo, passa a ser rejeitada na fase em que se mais precisa dela.

Alexandre Morais da Rosa (2006, p. 17) também destaca as mudanças que ocorrem na fase da adolescência, ressaltando que é nesse período da vida que acontecem os desvios de comportamento, principalmente, no que tange a relação dos jovens com os pais. O autor afirma ainda que é como se houvesse um “declínio da figura paterna” perante ao adolescente.

Dinah Martins (2000, p.56), afirma também que todas as experiências vividas pelo adolescente quando criança fazem parte, nessa nova fase da vida, de um pensamento que deixa de ser mágico e torna-se real. O fato de o adolescente criticar a família, por exemplo, decorre do confronto entre ficção e realidade que decorre dessa fase de desenvolvimento.

Fernando Laércio Alves da Silva e Luciene Rinaldi Colli conceituam:

Entre essas duas fases, contudo, existe uma terceira, que seria, como dito linhas acima, a adolescência, exatamente o período de transição entre a primeira e a segunda etapas. Como toda transição se mostra turbulenta e complexa, não apenas para o indivíduo que por ela passa, como também para todos os que o cercam. É o indivíduo caracterizado, acima de tudo,

não pelo que é, mas pelo que não é. Não é não criança e nem adulto. Mostra-se mais amadurecido e independente do que era na infância, mas ainda não é inteiramente capaz e seguro de si como os adultos.

É justamente essa insegurança e essa necessidade de afirmação que, muitas vezes, levam os jovens a praticarem condutas típicas. Os adolescentes, em razão da fase de transição em que vivem, buscam sempre se firmarem na sociedade e é a partir disso que surgem as primeiras transgressões, principalmente no âmbito familiar, como afirmou Maria Auxiliadora Minahim (1982). A autora destaca ainda que esses comportamentos de agressão não são conscientes e que nem sempre essa auto-afirmação é possível, uma vez que existem muitas dificuldades até a transição para a maturidade. Além disso, Minahim (1982, p. 28) destaca que muitas dessas dificuldades resultam de situações mal resolvidas na infância que geram influências negativas no processo.

OSÓRIO (1989) discorre sobre a questão biopsicológica do adolescente:

A psicopatologia peculiar a grupo etário adolescente caracteriza-se fundamentalmente por alterações na área comportamental, onde o adolescente, na impossibilidade de superar seus conflitos com o mundo que o cerca, protesta contra o modo como este está estruturado e tem como objetivo transformá-lo em lugar de modificar-se [...] o conflito eu-mundo externo, decorrente da própria necessidade evolutiva de diferenciar-se e individualizar-se do adolescente, quando exacerbado dá origem aos distúrbios de conduta.

Nesse sentido, MINAHIM (1982, p. 31) destaca:

O descobrimento do *eu*, como afirma Debesse (1955), supõe um desdobramento da atividade psíquica que torna o sujeito capaz de fazer um campo de observação de seus sentimentos, atos e pensamentos, diferenciando-se da criança que “vive nas coisas e nos acontecimentos e que não tem consciência de si mesma, a não ser pelas formas de comportamento (p. 104).” Esse momento representa uma mudança sensível no indivíduo que passa a ver o mundo com uma perspectiva própria, embora ainda inadequada e distante da realidade, consequência do egoísmo natural desse instante. É possível então que qualquer fato possa provocar desequilíbrios e tensões, já que o sólido mundo infantil de condicionamento é substituído por um outro de valores mais instáveis. O adolescente passa a refletir, a analisar, é capaz de examinar, enquanto o *eu* interior da criança é basicamente emocional. Essa é a fase que Erikson (1956, p.58) chamou de identidade de si mesmo, afirmando que se faz acompanhar de ansiedade, resultante de incertezas quanto à possibilidade real de desenvolver, livremente, suas próprias potencialidades e dar continuidade a seus desejos e fantasias. Auto-descobrir-se importa, por sua vez, em uma atitude de reflexão, recolhimento interior, e de afirmação exaltada, que pode assumir formas de rebeldia e excentricidade, Comportamentos extravagantes, roupas escandalosas, uso de palavras pesadas e resistência a um mundo que conhecem mal, fazem parte dos caminhos pelos quais o jovem se afirma.

Esses comportamentos dos adolescentes demonstram a luta que eles mantêm contra a sociedade e nesse momento que pode surgir o ato infracional. É justamente

por causa da necessidade de auto-afirmação que muitos jovens se colocam contra a sociedade e os comportamentos por ela impostos e acabam cometendo crimes. Nas palavras de PAPALEO (1968, p. 33) citado por Maria Auxiliadora Minahim (1982), o delito surge como “o atestado final, dramático, de uma confrontação: o menor com sua identidade se defronta com a identidade dos demais, podendo ocorrer sejam agudamente conflitivas entre si”.

Ainda sobre os comportamentos e atos que são praticados muitas vezes por uma necessidade de auto-afirmação típicas de uma fase transitória, explicitou Sérgio Salomão Schecaira (2008, p.103):

Muitos jovens praticam inúmeros delitos associados à idade. Infrações de bagatelas, envolvimento com gangues, brigas como demonstração de virilidade para o sexo oposto são condutas que expressam um comportamento experimental e transitório, dentro de um mundo mais complexo, em que tais atitudes são expressão da afirmação pessoal para a entrada na idade adulta. As ações anti-sociais típicas da juventude não significam, por si só, raiz de uma criminalidade futura do adulto, nem passagem para uma forma mais grave de criminalidade violenta.

Além disso, pode-se afirmar que a idéia de que a criminalidade praticada pelos jovens e adolescentes faz parte de uma fase de transição que todos os jovens passam. Existe uma normalidade nesse desvio dos jovens. Dinah Martins de Souza Campos, em sua obra *Psicologia da Adolescência* (2000), afirma que pesquisas científicas demonstram uma homogeneidade em determinada fase da vida dos jovens quando se diz respeito a prática de condutas criminosas.

Porém, Sérgio Salomão Schecaira (2008, p.108) explica que:

Ainda mais importante que o conceito de normalidade do desvio da adolescência é a tese da construção social do comportamento desviante, concebida pelos estudiosos da teoria da rotulação social. Tal pensamento descreve com muita propriedade o processo de internação do infrator como o rótulo que lhe é atribuído. Praticada a conduta desviada, e havendo uma reação pautada por um processo de identidade alterada, chamado estigma. Para Goffman, o estigma pode ser definido como um tipo especial de relação entre atributo e estereótipo, o qual leva a pessoa ao descrédito. Atribuído-lhe o conceito de “criminoso”, “bandido” ou “transviado”, passa o autor do ato delituoso a interagir com o rótulo, incorporando-o ao seu padrão de conduta cotidiana. Nunca é demais lembrar que o ato delituoso jamais é ato isolado, ele é a expectativa da reação ao ato, é a própria interação com o ato. O ato deixa, pois, de ser exclusivamente uma aguda manifestação da interioridade humana, é também o que se espera que ele seja.

É com base nesses fundamentos que se pode afirmar que “o ato infracional, tal qual o crime, é uma realidade construída socialmente, dentro dos interesses ínsitos a uma sociedade discriminadora”, como afirma Schecaira (2008, p.109).

Outra questão merecedora de análise diz respeito a diferença entre discernimento e aptidão para absolver informações. Atualmente ouve-se muito falar que os jovens possuem mais discernimento, pois têm um amplo acesso a informações, principalmente pelos meios de comunicação (televisão e internet) e com isso tornam-se maduros mais cedo.

Não se pode chegar a essa conclusão, uma vez que o discernimento nada tem a ver com as informações que são disponibilizadas para os jovens. O discernimento está relacionado com a capacidade de compreender que determinado ato é ilícito e quais são as consequências daquela ilicitude, como pontuou Roberto da Freiria Estevão (2007, p. 119). Já as informações gerais da sociedade não necessitam dessa compreensão de ilicitude e do que dela deriva para serem absolvidas pelos jovens. O adolescente ser capaz de compreender uma informação não quer dizer, em hipótese alguma, que ele tenha capacidade psicológica absoluta para compreender os atos que pratica e suas consequências. O fato de o adolescente saber, por exemplo, que furtar um chocolate da padaria é errado não impede que ele o faça, principalmente porque ele possui o sentimento de superioridade, de achar que nada vai acontecer com ele, portanto aquele ato ilícito que ele está praticando não vai gerar consequências para sua vida. O sentimento de ser inatingível é típico dos jovens em desenvolvimento de seu discernimento.

Diante disso, verifica-se que todas essas mudanças que ocorrem nessa fase inicial da vida demonstram a necessidade de proteção especial e da prioridade absoluta para as crianças e os adolescentes, uma vez que essa é uma fase de formação na qual os jovens estão tentando se adequar na sociedade de acordo com o que acreditam estar certo.

Apesar do caráter de formação dos jovens, o ordenamento não deixou de estabelecer punições para os adolescentes que praticam atos infracionais, de forma que pode-se afirmar a existência de um Direito Penal Juvenil.

2.5 IMPUNIDADE X IMPUTABILIDADE

A imputabilidade está relacionada à plena capacidade que o indivíduo tem de responder por determinado ato que praticou livre e conscientemente. Luiz Eduardo Pascuim (2006, p.98) cita Manzini em sua obra e afirma que:

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.

O referido autor (2006, p.101) também traz outro conceito de imputabilidade que é de extrema importância em relação às crianças e aos adolescentes, pois considera que, sob o ponto de vista doutrinário, a inimputabilidade pode ser considerada como a falta de capacidade de o sujeito querer e entender, ou seja, “um conjunto de condições de imaturidade ou de insanidade mental que possibilita o agente conhecer o caráter ilícito do ato que pratica ou de determinar-se de acordo com esse conhecimento”. Tal definição de imputabilidade como falta de capacidade para entender o que é ilícito é corroborada pelo pensamento de Delmanto, citado por Fernando Laércio Alves da Silva e Luciene Rinaldi Colli (2004, p.38).

Na definição de Fernando Capez (2005, p. 306):

Imputabilidade é a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. (...) Além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter total controle sobre sua vontade. Em outras palavras, imputável é não apenas aquele que tem capacidade de inteligência sobre o significado de sua conduta, mas também de comando da própria vontade, de acordo com esse entendimento.

Maria Auxiliadora Minahim (1992, p.54), afirma:

Para a teoria psicológica, imputabilidade, como foi visto, é pressuposto da culpabilidade, mas este vínculo psicológico que prende o agente ao seu fato pressupõe sujeito capaz de entender e querer. Isto quer dizer que existe uma situação de fato do próprio agente, independentemente de qualquer valoração, que o torna ou não capaz de dolo ou de culpa. Asúa (1966a) afirma que “imputabilidade é capacidade constituída por um conjunto de condições (maturidade e sanidade mental), apreciadas o mínimo necessário para que o agente deva responder por seu ato. Nada põe em dúvida que isto é psicológico” (p.73).

A imputabilidade dos jovens está ligada à vulnerabilidade desses jovens já citada anteriormente. É durante a infância e a adolescência que se forma o caráter dos jovens e é justamente por causa dessa fase de formação que não se pode afirmar que a criança ou o adolescente tem capacidade plena para responder por todas as condutas que pratica. É realmente uma imaturidade para perceber o caráter ilícito de algumas condutas que são praticadas.

Outra questão importante é esclarecer que imputabilidade nada tem a ver com impunibilidade. As crianças e os adolescentes são inimputáveis e não impuníveis.

Karina Sposato (2009, p. 109/110), afirma que qualquer adolescente, ou seja, qualquer indivíduo com mais de 12 anos e menos de 18 anos de idade que praticar

conduta equiparada a crime ou contravenção penal será responsabilizado. Para SPOSATO (2009, p. 110), “não há discussão nem dúvida de que a aplicação de uma medida socioeducativa equivale à aplicação de uma sanção penal”.

João Batista da Costa Saraiva (2002, p.93), afirma que os jovens não ficam livres da aplicação da norma e, além disso, estão sujeitos ao devido processo legal, caso seja comprovada a prática de algum ato ilícito e sendo assim, lhe serão aplicadas medidas sócio-educativas que estão de acordo com a sua fase de desenvolvimento.

O autor afirma ainda que a medida de internação é um exemplo de como o Direito Penal é aplicado ao jovem, sob a forma de incorporar o garantismo jurídico em sua prática.

A definição de punibilidade tem a ver com as consequências que serão aplicadas em resposta determinados atos cometidos.

Nas palavras da professora Maria Auxiliadora Minahim (1992, p. 52):

A imputabilidade tem função limitadora do ingresso do sujeito no domínio da punibilidade, por que só pode ser culpável o indivíduo capaz de entender o caráter criminoso do fato e de determinar-se na forma deste entendimento. Ou seja, a imputabilidade é pressuposto de culpabilidade e resulta na responsabilidade que, por sua vez, consiste na obrigação do imputável, julgado culpado, de sofrer as consequências do delito.

Essa é justamente diferença entre punibilidade e imputabilidade. A punibilidade é a forma como o sujeito que comete atos ilícitos será punido e a imputabilidade é a capacidade de culpabilidade.

João Batista Costa Saraiva (1997, p.77/78) destaca que “a inimputabilidade – causa de exclusão da responsabilidade penal – não significa, absolutamente, irresponsabilidade pessoal ou social”. O autor ressalta ainda que os adolescentes são sujeitos de direito e responsabilidades e no caso de prática de ato infracional, o ECA preceitua a responsabilização pelo ato através de medida sócio-educativa, inclusive podendo ter sua liberdade cerceada. Roberto da Freiria Estevão (2007, p. 117/118) destaca que os jovens não deixam de ser punidos apenas porque não são julgados pela Corte Penal; afirma que os adolescentes são punidos de forma diferente e de acordo com o ECA.

Ou seja, as crianças e os adolescentes são inimputáveis, mas não são impuníveis. Os jovens que cometem atos infracionais não ficam sem uma punição, apenas são punidos de uma maneira diferente da dos adultos.

Reiterando a diferença entre responsabilidade e imputabilidade, PASCUIM (2006, p.109) cita Romagnosi e afirma que “a imputabilidade é coisa de fato: a responsabilidade é coisa de direito. A primeira pode dar causa à segunda, mas não constituí-la, é dizer, forma ou constitui seu fundamento legal, mas nada mais”.

Cezar Roberto Bittencourt (2009, p. 381) destaca a responsabilização do adolescente de acordo com suas necessidades:

(...) Por isso, os menores de dezoito anos, autores de infrações penais, terão suas “responsabilidades” reguladas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA -, que prevê as *medidas* adequadas à gravidade dos fatos e à idade do menor infrator (Lei n. 8.069/90). Nessa faixa etária os *menores* precisam, como seres em formação, mais de educação, de formação, e não de prisão ou de encarceramento, que representa a universidade do crime, onde é impossível alguém sair melhor do que entrou (...).

É sob essa ótica que o ECA estabeleceu que quando as crianças e os adolescentes praticam um ato infracional, eles deverão ser punidos com base na referida legislação e não com as penas e procedimentos do Código Penal. Essa diferença na forma deriva da imputabilidade que é assegurada aos indivíduos com menos de 18 anos.

3 ATOS INFRACIONAIS

3.1 CONCEITO E ASPECTOS GERAIS

O ECA trouxe o conceito do que seria ato infracional e de acordo com o artigo 103 do referido ordenamento, é considerado ato infracional “a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

Diante desse conceito, verifica-se que uma criança ou um adolescente não pratica crime ou contravenção penal, mas sim ato infracional. A legislação brasileira não prevê a prática de condutas típicas para as crianças e os adolescentes. A conduta do ato infracional apenas equipara-se as condutas típicas, mas não se configuram em uma conduta típica em si.

Mesmo equiparando os atos infracionais aos crimes e as contravenções penais presentes no ordenamento penal do país, o ECA também estipulou que as crianças e os adolescentes não seriam punidos da mesma forma que os adultos. Essa proteção especial a imputabilidade das crianças e adolescentes.

De acordo com Sérgio Shecaira (2008, p. 168):

(...) não obstante a imputabilidade do autor, definida pelos arts. 27 do CP e 228 da Constituição Federal, o fato típico praticado por adolescentes não se aparta do campo do Direito Penal, com todos os contornos garantistas que estão previstos no ordenamento. Ao contrário, quando a Constituição prevê garantia de pleno e formal conhecimento, da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual, defesa técnica de profissional habilitado (art. 227, § 3º, IV, da CF), obediência aos princípios da brevidade e excepcionalidade na medida privativa de liberdade (art. 227, § 3º, V, da CF), nada mais está do que configurando as características de um outro direito que, em tudo e por tudo, é comparável ao Direito Penal. Está conformando o chamado Direito Penal Juvenil, modalidade de um direito Penal especial. Normas particulares são adotadas, o que diferencia uma modalidade de outra. Mas muitas identidades estão presentes, sendo a primeira delas a identificação do ato infracional com os crimes e as contravenções. Se não houvesse um sistema especial de tutela da liberdade previsto constitucionalmente, totalmente identificado com o Direito Penal, não existiriam parâmetros para a persecução penal juvenil.

Dessa forma, as crianças e os adolescentes não ficam sem uma punição, há apenas uma “variável a intensidade da responsabilização, porquanto há uma relativização do princípio da proporcionalidade em função do superior interesse da criança”, como afirmou Shecaira (2008, p. 169).

Ressalte-se que, através do que foi estabelecido pelo ECA em seu art. 103, para haver a configuração de um ato infracional é necessário observar se houve uma

conduta que além de típica foi antijurídica, uma vez que “não sendo antijurídico, não será conduta típica crime, e, não sendo a conduta típica crime, também não será ato infracional”, conforme afirmou João Batista Costa Saraiva em seu artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais 47 (2004, p. 140).

Outro aspecto que também deve ser observado na hora de verificar a existência da prática de ato infracional é a questão da culpabilidade. Sendo um dos requisitos do conceito de crime, a culpabilidade, quando não está presente, ainda que se tenha antijuridicidade e ato típico, não haverá crime, e, conseqüentemente, não haverá ato infracional.

Como o ato infracional é equiparado ao crime e as contravenções penais, conforme disposto em lei, é preciso observar as garantias legais conferidas aos menores na aplicação das medidas cabíveis decorrentes da prática de ato infracional. Não só por isso, há também o fato de existir um Direito Penal Juvenil, e assim sendo, um sistema de garantias processuais.

3.2 PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DOS ATOS INFRACIONAIS DE ACORDO COM O ECA

De acordo com Ishida (2011, p. 229), quando é verificada a prática de um ato infracional, surge o direito de reeducar do Estado. Porém, antes do direito de reeducar existe o direito subjetivo de liberdade.

Diante disso, o ordenamento juvenil considera as hipóteses elencadas no art. 302 do CPP para definir o momento da prisão em flagrante, considerando que a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LXI, define que nenhum adolescente poderá ter sua liberdade cerceada se não em prisão em flagrante de ato infracional ou por ordem judicial. Ressalte-se que apenas o adolescente pode ser apreendido em flagrante, as crianças devem ser imediatamente encaminhadas ao Conselho Tutelar ou Juizado da Infância e Adolescência.

Quando o adolescente é apreendido e tem sua liberdade privada, ele deve ser imediatamente informado dos seus direitos, vide art. 106, parágrafo único do ECA. Tal dispositivo visa evitar arbitrariedades, como era comum ocorrer na década de 90 com os menores que se encaixavam na chamada “situação irregular”, de forma que ficavam vagando pelas ruas e, comumente, eram apreendidos.

Após apreender um menor, a autoridade competente deve comunicar *incontinenti* o juiz, para que o mesmo decida se mantém a apreensão ou a relaxa, se houver alguma irregularidade. É facultada a autoridade policial, mesmo com a apreensão tendo ocorrido de forma correta, liberar o adolescente se entender que assim é melhor para o seu bem estar. Sergio Salomão Schecaria (2008, p. 173/174) destaca:

O Estatuto, no art. 107, não se limitou a convalidar o direito (que é também uma garantia) de comunicabilidade da constrição da liberdade física e do local onde se encontra o constrito. Não só substituiu a expressão prisão por *apreensão*, mas também substituiu o advérbio de modo *imediatamente*, utilizando um sentido temporal ainda mais restrito – *incontinenti* -, no que se refere à obrigação de se comunicar a apreensão à autoridade judiciária competente. Assim, não se admite que se tenha uma dilação de prazo na comunicação ao juiz competente de até 24 horas, como ocorre com a prisão de adultos.

Essa preocupação com a comunicação de fato imediata é baseada no princípio da proteção integral a criança e ao adolescente, de forma que uma prisão mais extensa pode causar danos psicológicos irreversíveis ao apreendido. A apreensão também deve ser comunicada à família ou a pessoa responsável indicada pelo apreendido, conforme art. 107 do ECA.

Além disso, a possibilidade de liberação do menor deve ser imediatamente analisada também, de forma que a autoridade policial, se verificar que não se trata de um ato ilícito ou se for um ato ilícito equiparado a crime de menor potencial ofensivo, poderá proceder com a liberação do apreendido, sob pena de responsabilização.

Verificada a necessidade de o adolescente ficar custodiado, de acordo com o art. 108 do ECA, a internação, que depende de ordem judicial, não pode exceder o prazo de 45 dias. Tal prazo equivale-se ao prazo de 120 dias no processo penal relativo aos adultos. Esse tempo máximo de internação definido pela ECA é também para a finalização do procedimento e aplicação da medida sócio-educativa correspondente.

Sobre a extensão do prazo do art. 108 do ECA, existem dois entendimentos: para uma parte da doutrina a dilatação desse prazo é uma violação ao art. 183 do ECA, tratando-se de uma hipótese de constrangimento ilegal, conforme jurisprudência do STJ:

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA DO

MENOR. EXCESSO DE PRAZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. Consoante o disposto no art. 108, parágrafo único, da Lei n.º8.069/90, a internação preventiva somente pode perdurar pelo prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, sendo que o seu elastério constitui, nos termos da jurisprudência dos Tribunais Pátrios, constrangimento ilegal, pois "em jogo a liberdade de locomoção daqueles a quem a Constituição assegura o mais amplo acesso aos direitos de prestação positiva e um particular conjunto normativo-tutelar (artigos 227 e 228 da Constituição Federal)" (STF - HC 93.784/PI, 1.ª Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJ de 23/10/2009).
2. Evidenciada a impossibilidade da permanência da internação preventiva no caso, em que o adolescente encontra-se provisoriamente internado por lapso temporal superior ao legalmente permitido, sem que ter sido julgado.
3. "O excesso verificado – porque irrazoável – revela-se inaceitável (RTJ 187/933-934), ainda mais porque essa situação anômala não foi provocada pelo ora paciente, mas, isso sim, pelo aparelho de Estado" (STF - HC 96.629/PI–reconsideração, decisão monocrática, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 02/12/2008).
4. Recurso provido, para que seja assegurado ao Paciente o direito de permanecer em liberdade até a eventual prolação de sentença que determine a aplicação de medida sócio-educativa.

Porém, para a outra parte da doutrina, o prazo pode ser estendido sem se configurar constrangimento ilegal quando é verificada uma periculosidade do adolescente infrator, conforme entendimento do TJSP em julgamento do RJTSP 133/259, Relator Min Marino Falcão.

Para ISHIDA (2011, p. 233):

Em nossa opinião, desde que justificável, o excesso de prazo não obriga à liberação do adolescente, inexistindo constrangimento. Assim, utilizando-se os parâmetros do processo penal moderno, deve-se aferir se existe razoabilidade ou não no excesso de prazo. O STF entendeu que inexistindo motivo para a demora (atraso imputado à defesa ou complexidade da causa), e analisado hipótese em que concedeu liminar após quase nove meses de internação provisória, concedeu a ordem para garantir o direito a responder em liberdade (HC 93784/PI, j. 16-12-08). Em outro caso, também concedeu a ordem na hipótese de adolescente infrator por homicídio qualificado custodiado há mais de 10 (dez) meses (STJ, RHC 22073/PI, DJ 26-11-07, P.219, Rel. Ministra Jane Silva).

Porém, esse não é o entendimento do STJ, uma vez que o órgão defende que não importa a natureza do crime e nem como ele foi cometido; se o prazo acabar, o adolescente deve ser imediatamente liberado.

No que tange as garantias processuais, o art. 110 do ECA dispõe: "Art. 110. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.". Dessa forma, é nesse artigo que fica comprovada a existência do *due process of law*, garantindo a proteção a atuação arbitrária do Estado. De acordo com SCHECAIRA (2008, p. 177):

O princípio do devido processo legal conforma uma dúplici proteção ao indivíduo. No âmbito material, assegura a proteção ao direito de liberdade e

propriedade. No âmbito formal, propicia a paridade absoluta de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (aí incluída a defesa técnica, a publicidade do processo, o direito à citação, o direito de produzir provas amplamente, de ser processado e julgado pelo juiz competente, o direito ao duplo grau de jurisdição e à decisão imutável, bem como à revisão criminal) [...]

Diante disso, o art. 111 do Estatuto da Criança e do Adolescente traz algumas das garantias que são aplicadas aos menores, podendo lhes ser asseguradas outras formas de defesa e atuação do processo, uma vez que trata-se de sujeitos com proteção especial garantida constitucionalmente.

O inciso I do referido artigo dispõe “I – pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;”. O adolescente deve ter amplo e absoluto conhecimento do que está sendo acusado para que possa se defender da maneira mais adequada. Importante salientar também que o pleno e formal conhecimento está previsto no inciso II do art. 40, 2,b, da Convenção sobre os Direitos da Criança, como comenta SHECAIRA (2009, p. 178).

Já a “igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa”, inciso II do art. 111 do ECA e a “defesa técnica por advogado”, inciso III do mesmo artigo, garantem ao adolescente o direito de ter sua defesa patrocinada por um advogado, seja ele público ou privado, para que toda e qualquer prova necessária a sua defesa seja produzida, de forma que esses direitos são corroborados pelo inciso I do referido artigo.

O “direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente”, art. 111, III do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo entendimento de SCHECAIRA (2011, p. 180), “deve ser entendido, evidentemente, como o direito de *ser ouvido plenamente, assistido por um defensor constituído*, havendo uma única interpretação possível: tais regras (art. 111, III e V) são miscíveis, não podem ser executadas separadamente”. Porém, atualmente já está se aceitando que o adolescente seja ouvido na presença do Ministério Público quando não houver advogado presente, até porque o art. 186 do ECA não fala expressamente em “advogado”, apenas dispõe que “comparecendo o adolescente, seus pais ou responsáveis, a autoridade judiciária procederá à oitiva dos mesmos, podendo solicitar opinião de profissional qualificado.”.

Além disso, é admitida a nulidade do processo se as garantias legais não forem observadas durante o processo no qual os menores figurem como parte ré, apenas podendo ser aplicadas as medidas sócio-educativas se respeitada essa regra. Nesse sentido, afirmou ISHIDA (2011, p. 239):

Não se pode negar que o garantismo processual é uma realidade do procedimento infracional e vem ganhando vulto maior com o crescente ativismo do STF que definitivamente se posicionou como tribunal constitucional e portanto defensor das regras processuais constitucionais.

Nesse mesmo sentido, corrobora o STJ conforme julgamento do habeas corpus 12 1892/MG, Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima em 04.06.2009:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA. HABEAS CORPUS. **ATO**

INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PESSOAL. AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. CERCEAMENTO DE DEFESA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. É vedado ao Poder Judiciário negar ao acusado o direito de ser assistido por defensor, porquanto as garantias constitucionais e processuais visam ao interesse público na condução do **processo** segundo as regras do devido **processo** legal.

2. Violados os princípios constitucionais relativos ao devido **processo** legal e à ampla defesa, não há como negar o constrangimento ilegal imposto ao adolescente, decorrente da aplicação da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, deixando-se de se observar o disposto nos arts. 111, III e IV, e 184, § 1º, da Lei 8.069/90.

3. Ordem concedida para anular a audiência de apresentação e todos os **atos** subsequentes, para que sejam renovados com a presença de defesa técnica.

Verificadas todas as garantias legais, passa-se à aplicação das medidas sócio-educativas.

4. MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS

4.1 MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS X MEDIDAS PROTETIVAS

As medidas protetivas estão no artigo 101 do ECA:

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

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;-
- VII - acolhimento institucional;
- VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;
- IX - colocação em família substituta

§ 1º O acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade

§ 2º Sem prejuízo da tomada de medidas emergenciais para proteção de vítimas de violência ou abuso sexual e das providências a que alude o art. 130 desta Lei, o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária e importará na deflagração, a pedido do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, de procedimento judicial contencioso, no qual se garanta aos pais ou ao responsável legal o exercício do contraditório e da ampla defesa.

§ 3º Crianças e adolescentes somente poderão ser encaminhados às instituições que executam programas de acolhimento institucional, governamentais ou não, por meio de uma Guia de Acolhimento, expedida pela autoridade judiciária, na qual obrigatoriamente constará, dentre outros:

- I - sua identificação e a qualificação completa de seus pais ou de seu responsável, se conhecidos;
- II - o endereço de residência dos pais ou do responsável, com pontos de referência;
- III - os nomes de parentes ou de terceiros interessados em tê-los sob sua guarda;
- IV - os motivos da retirada ou da não reintegração ao convívio familiar.

§ 4º Imediatamente após o acolhimento da criança ou do adolescente, a entidade responsável pelo programa de acolhimento institucional ou familiar elaborará um plano individual de atendimento, visando à reintegração familiar, ressalvada a existência de ordem escrita e fundamentada em contrário de autoridade judiciária competente, caso em que também deverá contemplar sua colocação em família substituta, observadas as regras e princípios desta Lei.

§ 5º O plano individual será elaborado sob a responsabilidade da equipe técnica do respectivo programa de atendimento e levará em consideração a opinião da criança ou do adolescente e a oitiva dos pais ou do responsável.

§ 6º Constarão do plano individual, dentre outros

I - os resultados da avaliação interdisciplinar;

II - os compromissos assumidos pelos pais ou responsável; e

III - a previsão das atividades a serem desenvolvidas com a criança ou com o adolescente acolhido e seus pais ou responsável, com vista na reintegração familiar ou, caso seja esta vedada por expressa e fundamentada determinação judicial, as providências a serem tomadas para sua colocação em família substituta, sob direta supervisão da autoridade judiciária.

§ 7º O acolhimento familiar ou institucional ocorrerá no local mais próximo à residência dos pais ou do responsável e, como parte do processo de reintegração familiar, sempre que identificada a necessidade, a família de origem será incluída em programas oficiais de orientação, de apoio e de promoção social, sendo facilitado e estimulado o contato com a criança ou com o adolescente acolhido.

§ 8º Verificada a possibilidade de reintegração familiar, o responsável pelo programa de acolhimento familiar ou institucional fará imediata comunicação à autoridade judiciária, que dará vista ao Ministério Público, pelo prazo de 5 (cinco) dias, decidindo em igual prazo

§ 9º Em sendo constatada a impossibilidade de reintegração da criança ou do adolescente à família de origem, após seu encaminhamento a programas oficiais ou comunitários de orientação, apoio e promoção social, será enviado relatório fundamentado ao Ministério Público, no qual conste a descrição pormenorizada das providências tomadas e a expressa recomendação, subscrita pelos técnicos da entidade ou responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar, para a destituição do poder familiar, ou destituição de tutela ou guarda.

§ 10º. Recebido o relatório, o Ministério Público terá o prazo de 30 (trinta) dias para o ingresso com a ação de destituição do poder familiar, salvo se entender necessária a realização de estudos complementares ou outras providências que entender indispensáveis ao ajuizamento da demanda.

§ 11º. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um cadastro contendo informações atualizadas sobre as crianças e adolescentes em regime de acolhimento familiar e institucional sob sua responsabilidade, com informações pormenorizadas sobre a situação jurídica de cada um, bem como as providências tomadas para sua reintegração familiar ou colocação em família substituta, em qualquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei

§ 12º. Terão acesso ao cadastro o Ministério Público, o Conselho Tutelar, o órgão gestor da Assistência Social e os Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente e da Assistência Social, aos quais incumbe deliberar sobre a implementação de políticas públicas que permitam reduzir o número de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e abreviar o período de permanência em programa de acolhimento.

Tais medidas, que serão aplicadas pelo Conselho Tutelar, serão utilizadas tanto para as crianças quanto para os adolescentes, porém, se forem aplicadas em resposta à prática de um ato infracional, só poderão ser aplicadas se o ato infracional tiver sido praticado por uma criança. Para os adolescentes, a medida protetiva não deve ser

aplicada como “sanção” pela prática de um ato infracional, mas apenas como uma medida de proteção.

As medidas protetivas compõem a legislação especial das crianças e dos adolescentes, considerando a vulnerabilidade delas e a necessidade de proteção especial. Essas medidas têm a finalidade de proteger crianças e adolescentes.

Já as medidas sócio-educativas, estão no artigo 112 do ECA e são elas:

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.

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

As medidas sócio-educativas dispostas nesse artigo possuem rol taxativo e são aplicadas em resposta aos atos infracionais praticados por adolescentes. As medidas sócio-educativas serão aplicadas pelo Juiz da Infância e da Juventude quando verificadas as condições legais.

Essas medidas estabelecidas pelo ECA como resposta ou punição aos atos infracionais praticados pelos jovens levam em consideração tudo o que já foi dito anteriormente em relação ao que preceitua a Constituição sobre a proteção especial às crianças e adolescentes e a questão da vulnerabilidade.

Diante disso, fica claro que quanto houver prática de ato infracional por parte de crianças e adolescentes, não vai haver impunibilidade, apenas imputabilidade, porque eles serão punidos de acordo a legislação especial que trata dos sujeitos com menos de 18 anos e não estarão submetidos ao Código Penal.

As medidas sócio-educativas tem um caráter de sanção para os adolescentes que a praticam, pois se constituem numa imposição estatal sob a vontade individual do jovem, como afirma Shecaria (2008, p 189) em sua obra.

O referido autor (2008, p 191) afirma logo em seguida que apesar da afirmação de que a medida sócio-educativa tem um caráter de sanção, não se quer que o adolescente tenha o que existe de pior no sistema penal dos adultos, a exemplo de qualquer das penitenciárias em condições extremamente degradantes que existem no Brasil e nem que a medida sócio-educativa tenha um caráter apenas retributivo, pois, acima de tudo, é uma medida educacional e pedagógica. O que se busca na verdade é uma humanização das respostas institucionais, através da garantia de plena legalidade e do devido processo legal, fazendo com que a visão de muitos operadores do direito de que a punição seria uma forma de proteger o adolescente perca força.

Com relação as medidas aplicadas aos adolescentes, é mister salientar que as mesmas interferem na liberdade individual de cada jovem, da mesma forma que toda pena interfere na liberdade individual de um adulto.

Diante de toda essa semelhança existente entre as medidas sócio-educativas e as penas que são aplicadas aos adultos, a doutrina passou a considerar a prescrição também para as medidas sócio-educativas. Sendo assim, em 2007 o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 338, “A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas”. Ou seja, atualmente, na legislação brasileira, somente pode ser punido o indivíduo, por algum ato infracional que tenha cometido na adolescência, até completar 21 anos. Após essa idade, como a firmou Schecaria (2008, p. 194), a pretensão do Estado já estaria prescrita e aplicar uma punição após os 21 anos seria criar situações mais duradouras e severas que as necessárias, o que seria irrazoável.

A aplicação das medidas sócio-educativas é de competência do Juiz da Infância e da Juventude. Podem ser aplicadas mais de uma medida para cada ato infracional ocorrido. O que de fato importa salientar em relação a aplicação das medidas sócio-educativas, é como essas medidas serão aplicadas.

O magistrado, ao analisar a prática de uma conduta atípica por um adolescente, deve atentar para o fato de que, muitas vezes, aquele adolescente é vítima de uma sociedade que nunca foi capaz de lhe proporcionar condições básicas para uma boa formação, como saúde e educação. O juiz deve também atentar para o fato de que a medida sócio-educativa, acima de tudo, tem um caráter de ressocialização, de reinserção do adolescente na sociedade, uma vez que é nesse período que as

transformações estão correndo mais intensamente na vida dos jovens e por isso, a necessidade de cautela é muito maior.

A grande sensibilidade que o juiz deve ter ao aplicar tais medidas não é apenas fruto de toda essa necessidade especial pertencente ao adolescentes, mas também em relação ao meio em que vivem. Os fatores da criminalidade juvenil devem ser amplamente analisados antes de que qualquer medida seja definida.

No que tange a execução das medidas sócio-educativas, as mesmas não encontraram disciplina no ECA e em razão disso, utiliza-se os parâmetros processuais penais, tais como a Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), como afirma ISHIDA (2011, p. 247). Ressalte-se que as garantias dos arts. 110 e 111 devem ser mantidas no processo de execução.

4.2 NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS

Sérgio Salomão Schecaira (2008, p.185-190) traz a discussão sobre a natureza jurídica das medidas sócio-educativas.

Primeiramente havia uma negação do caráter sancionatório das referidas medidas. O autor afirma que (2008, p.185) a aplicação das medidas sócio-educativas implicam no reconhecimento do erro e na reprovação da conduta praticada pelo jovem que comete ato infracional. A aplicação de tais medidas não é apenas uma forma de prevenção geral, mas interfere também no desenvolvimento no processo de formação do adolescente. Diante disso, “estão em área intermediária, não sendo claro que pertençam ao direito civil ou penal, representando consequências próprias de um ramo autônomo do nosso ordenamento jurídico”. Ou seja, para os que acreditam nessa teoria, as medidas sócio-educativas, mesmo as de internação, não possuem um caráter punitivo, uma vez que visam a ressocialização e a reinserção do jovem na sociedade.

Diferentemente da primeira teoria, a segunda teoria reconhece o caráter sancionatório das medidas sócio-educativas, pois reconhece a existência de um Direito Penal Juvenil que se coaduna com as normas estabelecidas no ECA e na Constituição Federal.

Para essa visão, a transgressão de uma regra gera uma punição e, por isso, a medida sócio-educativa, como resposta por esse ato (infracional) praticado poderia ser considerado uma sanção.

O autor discorre (2008, p. 187):

A medida sócio-educativa é uma sanção de caráter pedagógico e educativo, com finalidade de reforçar os vínculos familiares e comunitários do adolescente, aplicada em função da não conformação da conduta (prática do ato infracional) ao preceito da norma (Direito Penal Juvenil).

O autor cita (2008, p. 187) a autora Martha de Toledo Machado, que também afirma que a medida sócio-educativa é uma sanção e isso está de acordo com a Constituição Federal de 1988. Para a autora, a própria Constituição apresenta a dualidade entre pena e sanção e dispõe que “a sanção que deve ser imposta ao adolescente é distinta daquela reservada ao adulto”. A autora afirma ainda que a Constituição exclui o jovem da aplicação da pena pelo fato de este ser em desenvolvimento. Além disso, a autora ainda pondera que (2008, p. 188):

Ao instituir a inimputabilidade como princípio, como direito-garantia individual, afastou o legislador a própria incidência da pena criminal impondo sanção de natureza diversa, que respeita particularidades do adolescente em sua dignidade especial.

Considerando que a medida sócio-educativa tem um caráter pedagógico, pode-se também dizer que “o mecanismo de sua fixação é impositivo”, como afirmou Schecaira (2008, p. 188) e o procedimento se assemelha ao dos adultos e deve ter todas as garantias do devido processo legal.

Dessa forma, afirma o autor (2008, p. 188), “o sistema é sancionatório, tanto quanto a medida sócio-educativa é pedagógica”.

Diante de todas essas visões, o que se observa é que tanto a pena quanto a medida sócio-educativa interferem na esfera individual da pessoa. Ambas derivam da vontade coativa do Estado de punir determinada prática que contraria o sistema normativo, porém, umas (as penas) são destinadas aos adultos e as outras (as medidas sócio-educativas) são destinadas aos adolescentes.

4.3 APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS

Quando é verificado a prática de um ato infracional, o procedimento aplicado deve ser o mesmo estipulado nos artigos 311 e 312 do Código Penal, mas com algumas diferenças.

Não se fala em auto de prisão em flagrante para os jovens, mas sim em auto de apreensão. Um adolescente não é preso, ele é apreendido. Realizada a apreensão, o jovem deve ser encaminhado a uma delegacia especializada e, na inexistência dessa delegacia, deverá ser encaminhado para uma delegacia comum, porém, jamais deverá ser colocado em companhia de demais adultos que estejam presos.

A apreensão do jovem deve ser, de logo, comunicada ao Ministério Público. O Ministério Público tem 24 horas para decidir se o jovem deve ou não continuar apreendido.

Essas peculiaridades exemplificadas acima, surgem devido a necessidade de proteção especial ao adolescente e estão de acordo com o que está disposto na Constituição Federal e no ECA.

No que concerne a aplicação das medidas sócio-educativas, muito bem pondera João Batista da Costa Saraiva (2002, p.65) ao afirmar que:

O fundamental é que exista clareza que o ECA impõe sanções aos adolescentes autores de ato infracional e que a aplicação destas sanções, aptas a interferir, limitar ou até suprimir temporariamente a liberdade dos jovens, há que se dar dentro do devido processo legal, sob princípios que são extraídos do direito penal, do garantismo jurídico e, especialmente, da ordem constitucional que assegura os direitos de cidadania.

As medidas sócio-educativas devem ser aplicadas seguindo o mesmo rito que é imposto à aplicação de penas para os adultos, porém observando as peculiaridades inerentes aos jovens.

O grande problema é que nem sempre os princípios do direito penal são amplamente garantidos aos jovens como deveriam ser. Muitas vezes o adolescente não está acompanhado de um Defensor na audiência preliminar, e isso vai de contra os princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

4.4 MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS EM ESPÉCIE:

4.4.1 ADVERTÊNCIA:

É a sanção menos grave das que compõe as medidas sócio-educativas.

A advertência só pode ser aplicada se o adolescente que cometeu o ato infracional. A advertência é aplicada verbalmente, mas deve ser reduzida a termo.

A advertência é uma medida comumente adotada nas relações familiares e escolares, por exemplo, e geralmente é aplicada quando há a prática de delitos mais leves.

4.4.2 OBRIGAÇÃO DE REPARAR O DANO

Essa medida está disposta no inciso II do artigo 112 do ECA e sempre será cabível quando houver um dano patrimonial que for derivado da prática de um ato infracional.

Essa medida não poderá ser aplicada quando ficar comprovado que o jovem não tem condições de arcar com a reparação do dano causado.

A reparação do dano tem como objetivo mostrar para o adolescente a importância de arcar com as consequências que derivam de seus atos.

4.4.3 PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE

Essa medida sócio-educativa consiste na prática de tarefas para ajudar a comunidade. Os serviços podem ser prestados em hospitais, abrigos, escolas e outros estabelecimentos do gênero.

O período para a prática desses serviços não pode exceder 6 meses. O adolescente que pratica o serviço comunitário deve ter o mesmo tratamento dos demais funcionários do local.

4.4.4 LIBERDADE ASSISTIDA

A liberdade assistida é a medida sócio-educativa mais grave, ainda que seu tratamento se dê em meio aberto.

O prazo mínimo da liberdade assistida é de seis meses e pode ser prorrogada ou substituída a qualquer tempo.

Para Schecaira (2008, p.200) essa medida é mais adequada para acompanhar e auxiliar o adolescente quando tiver havido a prática de um ato infracional que não necessite de uma medida mais grave.

Quando for determinada a liberdade assistida será nomeado um orientador para acompanhar o adolescente. A nomeação será feita pelo juiz e será um encargo pessoal, não podendo ser demandado para outra pessoa, como afirma Tavares (2012, p.).

A função do orientador é de extrema importância para que a medida de liberdade assistida seja cumprida com êxito.

Schecaria (2008, p 201) ressalta a importância de que a liberdade assistida seja, de fato, eficaz:

Se os programas não contarem com instrumentos adequados, ou se a medida constituir-se exclusivamente em um controle passivo das atividades cotidianas do adolescente, é provável que a reincidência venha a ocorrer. Sabendo os adolescentes da falta eventual de fiscalização, a liberdade assistida poderia ser até mesmo a porta de entrada para o regime institucional. Por isso é fundamental que os programas, comunitários e assistenciais, sejam eficazes no acompanhamento das atividades do jovem e que ele saiba de sua existência.

4.4.5 REGIME DE SEMILIBERDADE

A medida sócio-educativa do regime da semiliberdade é uma medida intermediária entre a internação e as medidas de meio aberto.

Aplicada essa medida, o adolescente que cometeu ato infracional deverá se recolher, durante a noite, na instituição especializada. Se assemelha com o regime de semiliberdade do Código Penal.

O adolescente que estiver cumprindo essa medida deverá frequentar a escola e, se possível, um curso profissionalizante.

Segundo Roberto João Elias (2010, p.154), “o regime de semiliberdade e o da internação são as medidas mais graves, que devem ser aplicadas somente quando imprescindíveis, atentando-se aos arts. 120 a 125 do Estatuto.”.

4.4.6. INTERNAÇÃO

A internação é a medida sócio-educativa mais grave estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por ser uma medida extremamente grave, deve ser aplicada com muita sensibilidade pelo juiz da infância, pois interfere de uma forma muito intensa na vida do adolescente.

A internação se assemelha a prisão estabelecida no Código Penal.

Sérgio Salomão Schecaria (2008, p. 222) considera sobre a medida sócio educativa de internação, para ele:

A medida sócio-educativa de internação é a *ultima ratio* do sistema sancionatório estabelecido pelo Estatuto, devendo estar condicionada aos

princípios da brevidade, da excepcionalidade e do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Embora seja uma medida que contemple uma natureza aflitiva, o adolescente não poderá permanecer incomunicável quando submetido à internação. O cumprimento da medida deverá ser feito em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo dos adolescentes não infratores, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração, sendo obrigatórias atividades pedagógicas no período em que o adolescente permanecer internado, medidas não observadas na prática.

Diante disso, verifica-se que o modelo de internação para os adolescentes se assemelha ao modelo de prisão para os adultos. Quando os adolescentes são internados eles têm sua liberdade cerceada na mesma maneira que os adultos, mas com a diferença que ficam, ou pelo menos deveriam ficar, em instituições próprias para internação de adolescentes.

Na medida de internação devem ser considerados três princípios: o da brevidade, o da excepcionalidade e o do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, de acordo com Schecaira (2010, p. 206).

Ainda de acordo com o referido autor, o princípio da brevidade “decorre de mandamento constitucional e pressupõe que a intervenção punitiva institucional deve ser cumprida pelo menor tempo possível”. Isso se deve ao fato de a medida de internação não possuir um tempo certo, mas deve ser aplicada em um prazo máximo de três anos.

Já o princípio da excepcionalidade, como afirma Schecaira (2010, 206), se refere ao fato de que a medida de internação só deve ser aplicada se as outras medidas não forem suficientes para o caso ou se não couberem para aquele determinado caso. É importante considerar que essa não é a medida ideal.

O respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento é voltado para o fato de o adolescente estar passando por uma fase de formação psíquica, portanto necessitando de uma atenção e uma proteção especial.

Durante a medida de internação é necessário observar os direitos que são garantidos ao adolescente internado que estão elencadas no artigo 124 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sobre esses direitos, como afirma Ishida (2009, p. 202), a responsabilidade pelo zelo e pela integridade do adolescente interno é do Poder Público, e o não cumprimento dessa proteção enseja ação de responsabilidade individual e ação de indenização.

4.4.7 REMISSÃO

A palavra remissão remete a ideia de perdão. Há remissão no processo quando há uma exclusão do processo, conforme o artigo 126 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A remissão como exclusão pode ocorrer antes de o processo começar, pode acontecer no procedimento de apuração do ato infracional. As outras duas são formas de extinção ou suspensão do processo.

5 CONSIDERAÇÕES SOBRE A IDADE PENAL

5.1 ASPECTOS GERAIS

Reduzir a maioridade penal não é uma questão simples e fácil de ser resolvida. O atual ordenamento brasileiro estabelece a idade mínima de 18 anos para que o indivíduo seja capaz de responder criminalmente pelos seus atos de acordo com o Código Penal Brasileiro.

Porém, não se pode esquecer que os adolescentes, pessoas entre 12 anos e 17 anos e onze meses, são responsabilizados pelos crimes (atos infracionais) que praticam. A diferença entre a responsabilização de um adulto para a de um adolescente é que o adulto responde de acordo com o Código Penal e o adolescente de acordo com o ECA.

Outra questão bastante polêmica é o da capacidade de discernimento dos jovens. Há quem defenda que um adolescente de 14 ou 16 anos tem plena consciência do que faz e uma absoluta noção de certo ou errado. De outro lado, alguns acreditam que os adolescentes são seres em formação e essa questão da consciência dos atos que praticam é muito mais ampla do que apenas ter noção do que é certo ou errado.

Outro ponto bastante controverso em relação ao tema gira em torno da permissão legal que os adolescentes possuem de praticar atos da vida civil. Os defensores da redução argumentam que se um jovem tem discernimento para votar, por exemplo, porque não podem ser responsabilizados como os adultos? Já para aqueles que são contra a diminuição da idade penal, os atos da vida civil não podem ser comparados com a prática de crimes, pois demandam uma consciência diferente dos jovens. Não se pode deixar de considerar que quando um adolescente pratica um ato infracional não é apenas uma questão de saber o que é certo que está envolvida. Existe todo um processo biopsicológico por trás.

Esses questionamentos explicitados acima revelam a complexidade do tema. É preciso analisar profundamente o tema, passando por questões sociais, psicológicas e buscando entender, de fato, qual foi a pretensão do legislador ao estabelecer na Constituição Federal, lei maior do nosso ordenamento, a idade penal em 18 anos.

5.2. DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL:

O primeiro argumento dos defensores da redução da idade penal é o de que os jovens, sejam eles de 14, 15 ou 16 anos, possuem pleno discernimento do que estão fazendo. Fernando Capez (2007, p.78/79) afirma que a sociedade está “vedando os olhos” para a prática de crimes por adolescentes e “dando carta branca” para que esses jovens cometam crimes cada vez mais reprováveis.

Roberto de Lucena (2013, p.24) compartilha da mesma opinião:

Não é mais possível sustentar que um jovem entre 14 e 18 anos não tem consciência da ilicitude dos seus atos e da gravidade das consequências destes. Vivemos em um mundo de intensa informação, no qual as pessoas logo cedo aprendem seus direitos e os exigem. Consequentemente, precisam cumprir seus deveres.

É óbvio que os defensores dessa tese não consideram o caráter biopsicológico de formação do adolescente e não distinguem capacidade total de discernimento e capacidade para absolver informações. Para eles, é necessário uma visão menos “sentimental”, como muitos autores denominam, e uma visão mais prática.

Para os a favor da diminuição da idade penal, a gama de informações que estão disponíveis para os adolescentes atualmente é muito maior do que ao tempo da elaboração da Constituição Federal e do ECA e, portanto, o jovem de hoje é mais qualificado do que o jovem daquela época. Porém, não se pode deixar de lado que a criminalidade, muitas vezes, não tem a ver com informação ou não. É preciso aqui analisar mais profundamente a situação e, sendo assim, é indispensável uma análise biopsicológica do adolescente.

Outro ponto bastante defendido pelos que dizem sim para a redução da idade penal é que não é mais possível aceitar que os adolescentes infratores não sejam responsabilizados pelos atos ilícitos que cometem. Para Roberto de Lucena (2013, p. 25), o Estado atual expede “atestado legal para cometer crimes, consciente de que está acobertado pelo manto da inimputabilidade [...]”. Ivonaldo Porto (2013, p. 34) afirma “que o fato de ser adolescente justifica um tratamento diferenciado ao autor do ato infracional, levando-o a impunidade como acontece em nosso sistema”. Para PORTO (2013, p.35), o jovem com menos de 18 anos, através de presunção legal, é irresponsável pelos seus atos, ainda que seja capaz de entender a ilicitude de sua conduta. No mesmo sentido, CAPEZ (2007, p.80) defende que os jovens entre 16 e 18 anos possuem “plena capacidade de entendimento e de volição”.

É certo que os defensores destas teses não consideram o Direito Penal Juvenil existente no ECA, uma vez que o referido direito garante responsabilização para os menores que cometerem atos infracionais. A diferença é que os adolescentes vão ser punidos de acordo com as medidas sócio-educativas estabelecidas pelo ECA e não com as penas existente no ordenamento penal do país.

A proteção à sociedade também é outro argumento utilizados pelos que são favoráveis a redução da idade penal. Para Ivonaldo Porto (2013, p. 35) há uma ponderação entre o estado de desenvolvimento biopsicológico do jovem infrator e a integridade física, psicológica e patrimonial da sociedade, devendo prevalecer o interesse coletivo. Para o autor, a forma como o ordenamento trata os jovens que cometem atos ilícitos atualmente não atende ao interesse da sociedade e esta resta extremamente prejudicada com as brechas legais que possibilitam um tratamento diferenciado para os menores que praticam delitos. PORTO (2013, p. 36) considera que classificar um crime como ato infracional é punir a vítima e não o autor, uma vez que o praticante ficará impune.

É certo que os que apresentam esse argumento não estão considerando que os jovens são de fato punidos e responsabilizados quando praticam atos infracionais. Além disso, a proteção especial que é dada aos adolescentes, legalizada na Constituição Federal, é também uma forma de proteger a sociedade, afinal os adolescentes serão os futuros adultos de uma sociedade e o que lhes for ensinado na etapa de formação de seu caráter será levado para a vida adulta.

O rigor maior na punição para os menores infratores também é um dos argumentos defendidos pelos redutores da idade penal. Para eles, uma maior punição seria uma forma de mais segurança para a sociedade. Porém, considerar que uma punição igual a de um adulto para um jovem seria a solução para uma sociedade mais segura é esquecer o fato de que manter os jovens criminosos em contato com os adultos criminosos é um tipo de escola para o delinquente juvenil, na qual ele sairá mais bem preparado do que quando entrou.

Com base nesses argumentos defendidos pelos que são a favor da redução da maioria penal, foi criada a PEC 33/12 de autoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira.

A ementa da PEC 33/12 dispõe:

Altera o art. 129 da Constituição Federal para dispor que são funções institucionais do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública e o incidente de desconsideração de imputabilidade penal de menores de dezoito e maiores de dezesseis anos. Altera o art. 228 da Constituição Federal para dispor que Lei Complementar estabelecerá os casos em que o Ministério Público poderá propor, nos procedimentos para a apuração de ato infracional praticado por menor de dezoito e maior de dezesseis anos, incidente de desconsideração da sua imputabilidade

A referida proposta de emenda constitucional traz como argumento para a redução ou para a desconsideração da idade penal, como explicitado na PEC 33/12, o fato de que muitas vezes os jovens confiam na impunidade que lhes é conferida pela Constituição Federal e pelo ECA para praticarem condutas ilícitas reiteradas vezes. O senador afirma ainda que, em sua maioria, esses crimes são de grande potencial ofensivo, a exemplo do homicídio e do tráfico de drogas.

Outra justificativa presente na PEC 33/12 é a de que a proposta atende a um caráter pedagógico, uma vez que ao passo que os jovens infratores souberem das possíveis consequências para a prática de seus atos os adolescentes não mais terão segurança em cometer determinado ato delituoso, uma vez que saberão que poderão ser punidos. Dessa forma, a redução ou desconsideração da idade penal funcionará como uma forma de preencher a lacuna presente no ordenamento atual que permite que os jovens pratiquem atos infracionais sem serem punidos ou sem a punição devida. A medida teria um caráter voltado para retirar o jovem da desvirtuação criminosa.

A PEC 20/1999, que tem como autor o Senador José Roberto Arruda, traz na sua ementa a alteração da redação do caput do art. 228 da CF/88, considerando a idade mínima de 16 anos para que os adolescentes sejam imputáveis. A ementa dispõe ainda que seja acrescentado um parágrafo único ao referido artigo “para dispor que os menores de dezoito anos e maiores de dezesseis anos são penalmente imputáveis, quando constatado o seu amadurecimento intelectual e emocional, na forma da lei”.

A justificativa da referida proposta de emenda constitucional versa, primeiramente, sobre a capacidade de discernimento que um jovem possui atualmente. Para os relatores dessa proposta, os adolescentes dos dias atuais possuem uma maior gama de informações, sendo difícil afirmar que não têm capacidade de discernimento.

Para eles, o aumento da criminalidade juvenil passa pelo fato de que os jovens encontram permissão na lei para cometerem atos infracionais, uma vez que o atual ordenamento adotou o critério biopsicológico para a fixação da idade mínima penal, deixando assim de punir de forma correta os menores autores de delitos.

Outra proposta que também defende a redução da idade penal é a PEC 90/2013 do Senador Magno Malta e traz na sua ementa a inclusão do parágrafo único no artigo 228 da CF/88 para considerar penalmente imputáveis os maiores de treze anos que tenham praticados crimes considerados hediondos.

A justificativa dessa proposta, dentre outros argumentos, versa sobre:

Não é factível que no atual estágio da civilização, com as informações disponíveis nos diversos meios de comunicação em massa, uma pessoa de 13 anos não tenha consciência do sofrimento que se abate sobre uma vítima de estupro, ou da dor suportada por uma família cujo pai, mãe ou filho tenha sido assassinado.

O autor da proposta relata ainda que essa redução é necessária para que a sociedade possa agir efetivamente e não mais seja obrigada a ficar inerte a mercê dos adolescentes que sabem que não serão punidos com “o rigor da lei penal”.

Nesse mesmo sentido e também com base nessa argumentação, a PEC 74/2011 do Senador Acir Gurgacz, defende o acréscimo de um parágrafo único ao art. 228 da Constituição Federal estabelecendo como inimputáveis os menores de quinze anos nos casos de crimes de roubo seguido de morte, tentados ou consumados e homicídio doloso. Sobre o critério biológico adotado pelo ordenamento brasileiro para considerar os menores de 18 anos inimputáveis a referida proposta discorre:

Entretanto, tal argumento nunca foi comprovado pela ciência psiquiátrica; ao contrário, a evolução da sociedade moderna tem possibilitado a compreensão cada vez mais precoce dos fatos da vida. Trata-se, na verdade, de uma ficção jurídica ditada por uma necessidade político-criminal: tratar os menores de acordo com sua específica condição etária e psicológica.

Outra proposta de Emenda Constitucional que defende a redução da maioria penal é a de número 83/2011 de autoria do Senador Cléssio Andrade. A ementa desta PEC “estabelece a maioria civil e penal aos dezesseis anos, tornando obrigatório o exercício do voto nesta idade”.

A referida PEC não mantém a discussão da idade apenas no âmbito penal, mas trata da idade no âmbito civil também. Para o autor, o jovem de 16 anos possui plena capacidade de desfrutar dos atos da vida civil e penal e garantir-lhes o direito ao voto aos 16 anos obrigatório, por exemplo, é uma de assegurar o direito a

cidadania que todos possuem. Ainda de acordo com o Senador, nessa idade o jovem também é capaz de responder pelos seus atos ilícitos nas iras dos artigos do Código Penal.

O projeto mais recente a favor da redução da maioria penal é a PEC 21/2013 do Senador Álvaro Dias, que traz na sua ementa a alteração do art. 228 visando a redução da idade penal.

Para o autor do referido projeto, “a imputabilidade trata de uma ficção jurídica ditada por uma necessidade de política criminal, por ser imprescindível à repressão e à prevenção no cometimento de crimes, e ao oferecimento de maior segurança à sociedade”.

A justificativa da PEC 21/2013 afirma também que o caráter biológico adotado pelo ordenamento atual para fixar a idade penal em 18 anos não encontra respaldo na ciência psiquiátrica, uma vez que ainda não foi comprovado e pelo contrário, atualmente os jovens teriam uma capacidade de entendimento muito maior devido as informações que lhes são disponibilizadas. A PEC traz ainda como argumento a situação da criminalidade na sociedade atual, destacando o aumento significativo dos crimes praticados por adolescente.

Outra questão abordada pela proposta é de que o jovem pode votar aos 16 anos e trabalhar, ainda que na condição de aprendiz, aos 14 anos e isso contribui para a “audácia dos jovens” que possuem muito mais conhecimento atualmente.

Ante ao exposto, verifica-se que os defensores da redução da idade penal desconsideram o caráter biológico com base na argumentação de que os jovens atualmente possuem mais informações do que antigamente, deixando de lado assim o fato de capacidade total de compreensão dos atos e capacidade de compreender informações são coisas diferentes e distintas.

Também negam a existência do Direito Penal Juvenil ao sustentarem que os jovens não são responsabilizados quando praticam atos infracionais, não considerando a responsabilização que é imposta pelo ECA através da aplicação das medidas sócio-educativas.

Forçoso é analisar a questão da redução da maioria penal de uma forma mais ampla e detalhada, principalmente porque trata-se de uma questão constitucional

que envolve seres que necessitam de uma proteção especial em face do seu caráter em desenvolvimento.

5.3. DA NÃO REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

5.3.1 REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL EM FACE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL:

A Constituição Federal de 1988 trouxe no seu art. 60, § 4º, as matérias que não poderão ser objeto de emenda constitucional. São elas: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

Essas matérias que não poderão ser modificadas são chamadas de cláusulas pétreas. Para Márcia Corrêa (2001, p. 144):

A finalidade última das cláusulas pétreas vem a ser a preservação dos princípios constitucionais por elas abarcados. As cláusulas pétreas, ao encerrarem uma decisão de subtrair certos princípios à regra geral de disponibilidade da constituição pelo povo e seus representantes, revelam, em última análise, um esforço num sentido de garantir aos princípios identificadores da Constituição um grau ótimo de força normativa.

As garantias e os direitos individuais são direitos classificados como direitos fundamentais e dispostos na Constituição no art. 5º. Sobre os direitos fundamentais temos a definição de Dirley da Cunha Júnior (2009, p. 540):

(...) direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontram reconhecidas no texto da Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material).

O art. 228 da Constituição Federal vigente no nosso país define que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

Considerando a definição de direitos fundamentais e o fato de os direitos e garantias individuais serem cláusulas pétreas, muitos defendem a impossibilidade de mudança

do art. 228, uma vez que este trata de garantias individuais das crianças e dos adolescentes.

Na visão de Abreu Dallari, citado por PASCUIIM (2006, p. 141), os menores de 18 anos são sujeitos de direitos e possuem o direito ao tratamento jurídico diferenciado do qual é aplicado aos adultos e “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”, sendo assim inconstitucional.

Compartilha do mesmo entendimento René Ariel Dotti, também citado por PASCUIIM (2006, p. 142) quando afirma que “trata-se de um dos direitos individuais inerentes à relação do art. 5º, caracterizando, assim, uma cláusula pétrea” e por isso não poderá ser objeto de emenda constitucional.

Na visão da professora Karyna Sposato (2009, p.83) os direitos das crianças e dos adolescentes se tornaram normas constitucionais a partir do momento em que a Constituição Federal de 1988 trouxe o princípio da proteção integral e o princípio da prioridade absoluta para as crianças e os adolescentes. Além disso, definiu também que os menores de 18 anos seriam penalmente inimputáveis, devendo ser submetidos à legislação especial (ECA). A autora afirma ainda (2009, p.104) que a melhor forma de interpretação é enfatizar a principiologia que foi conferida às normas relativas às crianças e aos adolescentes e “reconhecer o peso” das normas da Convenção Internacional das Crianças e dos Adolescentes que foram recepcionadas no ordenamento brasileiro. Diante disso, SPOSATO (2009, p.104) conclui:

(...) qualquer proposta de alteração de uma dessas regras desmonta e impede a operacionalização do sistema como um todo, interferindo inclusive em outras esferas jurídicas, como a civil, à medida que reconhecer e imputar a responsabilidade penal a uma pessoa de 16 anos entra em contradição com a regra da incapacidade relativa do Direito Civil, por exemplo.

Flávia Piovesan (2001) também destaca a importância principiológica que a Constituição Federal de 1988 traz para os direitos das crianças e dos adolescentes. A autora destaca que a proteção especial que é dada aos jovens e afirma que aplicar o Direito Penal através da redução da maioridade penal seria ir contra à

Legislação Especial de forma que os princípios estipulados no ordenamento maior não seriam respeitados. PIOVESAN (2001, p.75) concorda com o pensamento de Karyna Sposato, citada acima, no que tange a ordem constitucional e afirma:

A redução da maioria 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 sócio-educativas. Com isso, a perspectiva sócio-jurídica de exclusão (repressiva e punitiva, de isolamento) vem a aniquilar a perspectiva de inclusão (protetiva e socioeducativa, de reinserção social).

A definição do art. 228 como um direito fundamental também é defendido por alguns autores. Eugênio Couto Terra (2001, p. 67) afirma que o referido artigo é uma norma decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, portanto é um direito fundamental, assim sendo impossível sua modificação.

Ives Gandra (2002, p. 347) define:

Os direitos e garantias individuais conformam uma norma pétrea. Não são eles apenas os que estão no art. 5º, mas, como determina o §2º do mesmo artigo, incluem outros que se espalham pelo Texto Constitucional e outros que decorrem de implicitude inequívoca. Trata-se, portanto, de um elenco cuja extensão não se encontra em Textos Constitucionais anteriores.

Para Eros Roberto Grau (2002, p. 97) justamente por se tratarem de direito e garantia individual é que a inimputabilidade penal das crianças e dos adolescentes é uma cláusula pétrea e não poderá ser objeto de emenda constitucional.

Gercino Neto (2001, p. 88) também defende a inimputabilidade dos menores de 18 anos como um direito fundamental e, portanto, uma cláusula pétrea, uma vez que através de uma analogia entre as penas de morte, por exemplo, serem consideradas uma garantia individual, pode-se afirmar que a não aplicação do direito penal também poderá ser considerada como uma garantia individual e assim impassível de alteração constitucional.

NETO (2001, p.89) encerra seu pensamento concluindo que “não se concebe a quebra de um princípio constitucional por força de um embate sem qualquer fundamento jurídico”.

A redução da maioria penal também pode ser tida como uma “restrição do direito fundamental à liberdade”, como afirmou Gustavo Brelgada (2007, p. 91). O autor aduz ainda que o rol do art. 60, § 4º é exemplificativo e dessa forma pode-se afirmar que a idade penal de 18 anos é uma cláusula pétrea.

Saliente-se também que a redução da maioria penal não afeta apenas o ordenamento brasileiro como um todo, mas também viola a Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança que foi recepcionada no art. 5º, § 2º da Constituição Brasileira de 1988, como afirmou João Batista Costa Saraiva (2004, p. 129).

A parte contrária da doutrina que defende a redução da idade penal, afirma a necessidade de mudança no ordenamento brasileiro, desconsiderando as normas internacionais sobre o tema, uma vez que considera que os jovens que praticam atos infracionais ficam impunes.

5.3.2 O MITO DA IMPUNIDADE

De acordo com ordenamento brasileiro atual, as pessoas com menos de 18 anos são inimputáveis penalmente.

Luiz Eduardo Pascuim (2006, p. 94) define imputabilidade como:

aquela certeza de que o indivíduo de mente sã e desenvolvimento completo possui para compreender a respeito de sua conduta contrária ao ordenamento jurídico, e, querendo, poder adequar-se em conformidade com esta compreensão.

A imputabilidade aplicada aos adolescentes está ligada ao caráter biopsicológico que é adotado pelas leis brasileiras que consideram o estado de formação que esses indivíduos se encontraram até os 18 anos de idade.

Como já foi dito anteriormente neste trabalho, o caráter de formação psicológica e física dos jovens implica na sua responsabilização pelos atos que por eles são praticados.

Contudo, não é possível afirmar que os menores de 18 anos são impuníveis. Roberto Estevão (2007, p. 117) ressalta:

Muitos confundem inimizabilidade penal com impunidade por crimes cometidos. Por isso é bom lembrar que a inimizabilidade, excludente da responsabilidade penal, jamais significa impunidade, nem irresponsabilidade pessoal ou social.

É inegável a existência de um Direito Penal Juvenil que é estabelecido pelo ECA e garante uma punição diferenciada as crianças e aos adolescentes. A legislação menorista garante uma responsabilização juvenil, considerando os princípios constitucionais da Proteção Integral e da Prioridade Absoluta das crianças e dos adolescentes.

João Batista Costa Saraiva (2002, p. 40) afirma que ao contrário do que dito por muitas pessoas, os adolescentes não deixam de ser responsabilizados pelos crimes que cometem. Ficam sujeitos às normas que lhes serão impostas em caso de culpa e para apuração será obedecido o princípio do devido processo legal e lhes serão aplicadas “medidas sócio-educativas compatíveis com sua condição de pessoa em desenvolvimento e ao fato delituoso em que se envolveu”.

Para as crianças e os adolescentes a lei estabeleceu uma forma de punição diferenciada levando em consideração sua formação biopsicológica e sua capacidade de discernimento.

Sobre o tema, Maria Bierrenbach (2001, p. 154) pontua:

Antes de mais nada é preciso esclarecer que os jovens infratores absolutamente não ficam impunes. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) prevê até mesmo a internação no prazo de até três anos, sem eufemismo, como privação de liberdade. Ocorre que o Estatuto considera o jovem como pessoa em desenvolvimento biopsicossocial, e como tal aposta no seu potencial, na sua criatividade, na sua capacidade de situar-se como trabalhador e cidadão na sua comunidade.

O ECA trouxe em seu art. 112 as medidas sócio-educativas que deverão ser aplicadas aos adolescentes em que caso de prática de ato infracional. As medidas sócio-educativas podem ser comparadas às penas que são aplicadas no Direito Penal para os adultos, porém respeitando o caráter em formação do jovem. E esse é mais um motivo pelo qual não se pode negar a existência de um Direito Penal Juvenil.

Importa salientar também que muitas vezes uma medida sócio-educativa pode ser mais severa do que a pena que é aplicada a um adulto que comete a mesma infração. No caso de o adolescente causar um acidente de trânsito grave, por exemplo, o ECA prevê uma medida sócio-educativa que poderá ser até a colocação do menor em regime de semiliberdade e no mesmo caso (um acidente de trânsito grave) causado por um adulto, muitas vezes é apenas aplicada a pena de multa ou um *sursis*, mas a sua liberdade não será afetada, como bem explicitou Jussara de Goiás (2001, p. 126).

Outro exemplo, ressaltado pela mesma autora, é quando compara-se um roubo a mão armada cometido por um adolescente e o mesmo crime cometido por um adulto. De acordo com Jussara de Góis (2001, p. 125):

Num paralelo com o sistema aplicável ao adulto, se ele praticou um roubo a mão armada, a pena que receber, como regra, deverá se situar ao redor dos 5 anos e 4 meses de reclusão, observados os critérios do Código Penal. Desta pena, vai cumprir preso apenas um terço dela, ou seja mais ou menos 2 anos, dada a sistemática da Lei de Execuções Penais. Estes dois anos são em prisões ou celas de delegacias, sem o mínimo de condições para adequado acompanhamento pedagógico, terapêutico e psicoterápico, na companhia de outros piores adultos, com um histórico de vida de criminalidade. Já pelo ECA, se um adolescente praticar o mesmo ato, sujeita-se a uma internação, em medida sócio-educativa, cumprida entre iguais de até três anos.

A questão importante é como a pena será cumprida e o seu tempo de execução. As medidas de semiliberdade e internação são as medidas sócio-educativas mais severas presentes no ordenamento juvenil. Apesar de existir um tempo máximo para aplicação delas, não se pode negar o caráter absolutamente punitivo das mesmas, porém, são estabelecidas respeitando os princípios balizadores das relações que envolvem crianças e adolescentes.

O fato de o adolescente não ficar internado no mesmo estabelecimento que um adulto não quer dizer que a medida seja ineficaz.

“prisões especiais” são estabelecimentos em que são priorizados os processos educacionais de recuperação social, entendendo-se que os infratores de pouca idade ainda têm sua personalidade em formação, podendo-se conseguir a sua reinserção na sociedade por meio do estudo, da profissionalização adequada, de atividades físicas e de orientação psicológica, que possam amenizar as influências deletérias a que tenham sido submetidos na família ou na comunidade. (IVETE SENISE FERREIRA, 2002, p. 102).

As medidas sócio-educativas estabelecidas no Direito Penal Juvenil, através do ECA, revelam a responsabilização dos jovens que não continuam agindo livremente quando praticam um ato infracional.

Assim, nas palavras de Gercino Neto (2001, p. 86), “estamos diante de uma responsabilização especial, não penal, que é um direito do adolescente (...)” e, portanto, desconstruindo o mito da impunidade dos jovens aos praticarem condutas equiparadas aos crimes ou contravenções penais, reconhecendo a necessidade de uma proteção especial em face da formação biopsicológica dos adolescentes.

5.3.3 O ESTADO DE DESENVOLVIMENTO DO JOVEM COMO IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

A Constituição Federal e o ECA adotaram o critério biopsicológico para definir a proteção especial para as crianças e os adolescentes.

Sobre o sistema biopsicológico, pode-se afirmar que ele é uma junção do sistema biológico (que não considera a falta de discernimento total dos jovens) com o sistema psicológico (que considera como inimputável aquele agente que no momento do crime, independente da razão, não consegue enxergar a criminalidade do fato e não sabe determinar-se diante dela). Dessa forma, nas palavras de Regis Prado (p. 350), pode-se afirmar que 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”.

Eros Roberto Grau (2001, p.96) explicita que é demonstrado pela psicologia que a pessoa na fase da adolescência passa por “diversas transformações psicossomáticas” que refletem na sua estrutura social e psicológica. O autor afirma ainda que é uma conduta inerente aos jovens contestar regras e valores sociais e apenas por volta dos 19 anos é que começa a possuir a capacidade de entender inteiramente seus atos.

O rompimento com a família é o primeiro sinal de mudança comportamental do adolescente em razão da fase por qual ele está passando. Opor-se às regras

familiares e, posteriormente, às regras da sociedade revelam a necessidade de autoafirmação do jovem que busca o seu papel na sociedade.

O sistema biopsicológico adotado pelo ordenamento brasileiro considera que o jovem está em desenvolvimento, justamente por considerar a capacidade de entendimento dos menos de 18 anos.

Sobre a capacidade de entendimento dos jovens, PASCUIM (2006, p. 135) cita Mantovani que afirma:

Como a experiência comum e a ciência ensinam, a capacidade de entender e de querer pressupõe um certo desenvolvimento físico-psíquico do sujeito. Quase nulo ao momento do nascimento, o patrimônio psíquico se desenvolve gradualmente até alcançar a plena maturidade intelectual. Por isso, há muito tempo as legislações dos vários países reconhecem à menoridade a eficácia de excluir ou diminuir a inimizabilidade. Todo o problema está, porém, no estabelecer o limite da idade a partir do qual o sujeito pode julgar-se capaz de entender e querer.

Com base no nisso, é possível afirmar que o jovem menor de 18 anos não possui capacidade de discernimento total. Muitas vezes o adolescente sabe que é incorreto praticar determinada conduta, mas não por isso deixa de fazer, uma vez que não possui capacidade de se determinar diante de uma situação.

É justamente com base nessa incapacidade que o jovem é considerado inimputável pelo sistema jurídico brasileiro. A inimputabilidade pressupõe uma falta de capacidade para entender e determinar-se em uma situação.

Não por menos que a Constituição Federal de 1988 trouxe os princípios da proteção integral e da prioridade absoluta para as crianças e os adolescentes. É necessário reconhecer que os adolescentes infratores necessitam de um tratamento especial para que sejam reinseridos na sociedade de forma exitosa.

Não há que se falar em redução da maioridade penal para atingir pessoas que estão em estado de formação e não tem discernimento total. Quando o jovem pratica um ato infracional é aplicada a ele uma legislação especial que vai puni-lo de acordo com o estado biopsicológico em que ele se encontra.

Reduzir a maioria penal seria, através desse aspecto, desconsiderar toda uma necessidade especial que as crianças e os adolescentes possuem. Seria também ir contra uma proteção assegurada constitucionalmente pelo texto legal brasileiro.

Além disso, reduzir a maioria penal ignorando o caráter de formação dos menores de 18 anos não seria eficaz, uma vez que o contato com adultos criminosos geraria uma interferência grande e negativa na formação dos jovens que iria gerar uma contribuição para uma sociedade mais violenta. Ademais, a redução da idade penal seria uma medida emergencial e não traria reais benefícios para a sociedade.

5.3.4 MEDIDA EMERGENCIAL SIMBÓLICA OU EFICAZ?

A discussão da redução da maioria penal é antiga, porém, vez ou outra, ela reacende com mais força em face de alguma situação pontual.

Em 2006 o assassinato do menino João Hélio¹, por exemplo, no qual teve a participação de um adolescente, trouxe a tona mais uma vez a discussão sobre a imputabilidade (ou impunidade, para alguns) da maioria penal.

Recentemente o programa Fantástico, exibido aos domingos na Rede Globo, compartilhou imagens de Champinha², condenado pela morte do casal de namorados Felipe Caffé e Liana Friedenbach em 2003³. Champinha era menor de idade quando cometeu o crime que resultou na morte dos jovens e chamou atenção da sociedade pela forma violenta como agiu.

Roberto Aparecido Alves Cardoso, o Champinha, cumpriu medida de internação durante 03 anos, por ser menor de idade quando cometeu o crime e atualmente, como foi mostrado no programa Fantástico, está internado numa unidade experimental de saúde na zona norte de São Paulo, após a ação de interdição civil proposta pelo Ministério Público em 2006, quando Champinha foi colocado em liberdade após cumprir medida sócio-educativa.

¹ Fonte: http://veja.abril.com.br/140207/p_046.shtml

² Fonte: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2013/11/imagens-exclusivas-mostram-como-champinha-vive-atualmente.html>

³ Fonte: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u343501.shtml>

A referida reportagem reacendeu a discussão sobre a maioridade penal. É normal que crimes com excesso de brutalidade e violência choquem a sociedade, uma vez que é inerente ao homem o sentimento de justiça. Porém, muitas vezes, o clamor público diante de certas situações atrapalha e mascara a realidade.

Muitas das discussões sobre a redução da maioridade penal derivam do absoluto desconhecimento da legislação menorista e de falsas informações que são divulgadas através da mídia. Sobre esse ponto, José Haroldo Teixeira da Costa (2001, p. 112) pontua:

(...) Mas, temos consciência, não é fácil tomar partido quando, diariamente, a maioria da população absorve por meio dos meios de comunicação uma série de informações que contradizem o Estatuto e, o que é pior, o torna responsável pelos atos de delinquência juvenil que ocorrem no país. O que se tem visto e ouvido sobre o Estatuto, quase sempre, tem uma única ótica, a que defende que o infrator deve ser penalizado como adulto e não mais como está disposto no Estatuto, daí as defesas veementes de imputabilidade aos 16 e até aos 14 anos.

O desconhecimento aliado aos interesses políticos, principalmente em relação ao voto nas eleições geram propostas descabidas que na realidade não geram uma mudança efetiva e eficaz, apenas trazem uma solução emergencial simbólica. A opinião pública, na maioria das vezes sem conhecimento técnico, gera interesse dos partidos políticos em adotar propostas e criar medidas emergências para satisfazer a população visando apenas o interesse político e não a real solução para o problema.

Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini (2007, p.76) explicitam com clareza a situação:

Particularmente quando a política assume a forma de espetáculo (a expressão é de Zaffaroni), “as decisões orientam-se não tanto no sentido de modificar a imagem da realidade, senão no sentido de modificar a imagem da realidade dos espectadores: não tanto a satisfazer as reais necessidades e as vontades políticas dos cidadãos senão a seguir a corrente da chamada opinião pública. O déficit da tutela real de bens jurídicos é compensado pela criação, no público, de uma ilusão de segurança e de um sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições que tem uma base real cada vez mais escassa: com efeito, as normas continuam sendo violadas e a cifra negra das infrações permanece altíssima enquanto as agências de controle penal seguem (iludindo) com tarefas instrumentais de impossível realização.

Por muitas vezes a discussão da maioridade penal fica apenas em torno da discussão da redução da idade e do aumento do tempo de internação. O aspecto mais importante que é o da reinserção social é deixado de lado. Verifica-se uma

ausência de conhecimentos (e porque não, preocupação) da sociedade na forma como os jovens serão recolocados na sociedade quando acabar o tempo da internação.

A redução da maioridade penal acaba por ser a solução mais fácil para disfarçar problemas maiores como a miséria e a falta de educação do povo brasileiro. Os políticos se utilizam da diminuição da idade penal para preencher falhas muito maiores e de difícil reparação, só que tal conduta acaba por gerar adversidades muito maiores.

Roberto Estévão (2007, p. 132) chama de “soluções mágicas” as propostas de redução da maioridade penal, são maneiras que nada valem para a sociedade justamente por gerarem problemas futuros muito maiores.

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 pretense 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 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. (EUGÊNIO COUTO TERRA, p.30).

De acordo com uma pesquisa divulgada pelo Ministério Público do Paraná⁴, países que possuem a pena de morte mesmo para os adolescentes, como é o caso dos Estados Unidos, no qual em alguns estados a idade penal é de 10 anos, inclusive estando os jovens sujeitos à pena de morte, não deixa de ser crescente o número de

⁴Pesquisa

disponível

em:

<http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=323>

crimes cometidos por jovens, a exemplo do adolescente de 15 anos que entrou atirando em crianças em uma escola de Baltimore⁵.

Portanto, é possível considerar a redução da maioridade penal como uma medida sem eficácia nenhuma para a sociedade, sendo uma solução emergencial puramente simbólica proposta para satisfazer os interesses políticos diante de uma sociedade desinformada.

5.3.5 REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL COMO SOLUÇÃO PARA A DIMINUIÇÃO DA VIOLÊNCIA E DA CRIMINALIDADE JUVENIL

Quando surgem as propostas de redução da maioridade penal como solução para a diminuição da criminalidade juvenil a primeira coisa que se deve levar em consideração são as causas da prática de atos infracionais pelos menores de 18 anos.

Não se pode deixar de lado as mazelas da sociedade sob as quais os jovens ficam a mercê. A sociedade brasileira enfrenta um grande problema na questão educacional do país; os jovens não possuem uma formação educacional adequada, seja no âmbito escolar ou familiar. Apesar de essa não ser a única causa da criminalidade juvenil, até porque não são poucos os casos em que jovens praticam atos infracionais apenas por uma necessidade de auto-afirmação, é preciso reconhecer que há fatores sociais capazes de influenciar negativamente os jovens na questão da criminalidade.

A miséria e a pobreza também são fatores que devem ser considerados durante a análise da criminalidade juvenil. À título exemplificativo, em maio de 2012, foi desarticulado um grupo criminoso que atuava na região do Calabar em Salvador. O grupo era acusado de ser responsável pelo comando do tráfico de drogas na localidade. Em depoimento ao Juízo da 1ª Vara de Tóxicos, um dos líderes do grupo, Yan Vasconcelos dos Santos, afirmou que passou a trabalhar com o comércio ilícito de drogas quando tinha 16 anos e viu, através da venda de entorpecentes, a possibilidade de “mudar de vida”, uma vez que vivia com sua mãe

⁵ Fonte: <http://www.gazetadopovo.com.br/mundo/conteudo.phtml?id=1291301>

e mais quatro irmãos em uma favela da cidade de Salvador sem as mínimas condições básicas de sobrevivência⁶.

SHECAIRA (2008, p. 101) salienta que uma das maiores controvérsias é saber se existe uma “criminalidade juvenil diferenciada ou se ela é parte de um contexto criminal maior”. Há quem considere que a violência praticada pelos jovens é igual e não perigosa, se repetindo continuamente. A explicação para ocorrência da criminalidade juvenil “reside no âmbito que os jovens desenvolvem em seu cotidiano, nos papéis sociais que eles desempenham e nas condições das relações entre eles e de suas características psicossociais”.

Em uma análise estatística apresentada por Luiz Eduardo Pascuim (2006, p. 157), “conclui-se que a percentagem de crimes cometidos por crianças e adolescentes está abaixo de 10% da totalidade. Para sermos mais exatos, os atos infracionais representam 8,6% do universo da criminalidade do país”.

PASCUIM (2006, p. 158) apresenta uma tabela⁷ com dados estatísticos sobre a criminalidade juvenil no Brasil. De acordo com a tabela acima, no ano de 2002, apenas 5% dos crimes de roubo tiveram a participação de adolescentes, por exemplo. No que tange ao crime de tráfico de drogas apenas 10% foram cometidos por com participação de adolescentes e 5,2% dos crimes de homicídio doloso tiveram a coautoria de jovens.

Diante desses números, é forçoso reconhecer que a criminalidade juvenil não é a maior responsável pelos crimes que ocorrem no país. Apesar de os dados serem de 2002, é forçoso reconhecer que de lá pra cá a sociedade brasileira não houve aumento significativo da participação dos jovens em crimes, principalmente de acordo com as notícias diárias que são veiculadas pelos meios de comunicação.

Além disso, como afirmou Gustavo Bregalda (2007, p.89), a redução da maioridade não vai reduzir a violência:

A diminuição da violência não ocorrerá com a simples redução da maioridade penal. É necessário que haja o fortalecimento de instituições

⁶ Processo 0359601-26.2012.805.0001 da 1ª Vara Privativa de Tóxicos da Comarca de Salvador –BA.

⁷ Vide tabela às fls. 73 (anexo 01).

fundamentais à implementação do mínimo existencial garantido constitucionalmente ao cidadão. A Constituição Federal (CF) de 1988 confere ao estado, por intermédio de normas pragmáticas, o dever de implementar regras por ela estabelecidas, materializando-se por meio de atos de gestão administrativa e elaboração de normas infraconstitucionais como meio regulador de seu exercício.

É forçoso reconhecer que a solução não é reduzir a idade penal, mas sim combater as causas da criminalidade juvenil. De nada adianta reduzir a maioridade penal para 16 ou 14 anos, por exemplo, se as causas para a prática dos atos infracionais não forem combatidas.

A falta de estrutura social e de educação para as crianças e os adolescentes são um dos vetores que geram a criminalidade. Se houver a redução da inimputabilidade para 16 anos, por exemplos, continuaremos tendo milhões de adolescentes com 16 anos praticando condutas ilícitas.

A solução correta seria combater a falta de educação e proporcionar melhores condições de vida e desenvolvimento para as crianças e os adolescentes para que os reais fatores da criminalidade juvenil fossem combatidos.

Diminuir a idade penal jamais será uma solução eficaz para a diminuição da prática de atos infracionais. O que se tem que combater é a causa desses atos infracionais. Não se pode exigir uma conduta correta de um adolescente que, além de não ter discernimento completo, tem sua vida afetada por restrições de coisas básicas, tais como saúde, educação e lazer.

Não é pequeno o número de jovens que declaram em seus depoimentos quando são apreendidos que apenas praticaram aquele ato infracional para sobreviverem. Melhores condições de vida seriam a solução correta e realmente eficaz para a diminuição da criminalidade juvenil.

5.3.6 O JOVEM NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: UMA ESCOLA PARA O APERFEIÇOAMENTO DA CRIMINALIDADE

A sanção, no Direito Penal, possui uma função ressocialização social. A medida sócio-educativa vai além dessa função de ressocialização; ela possui o importante dever de reinserir socialmente o jovem na sociedade.

É necessário reconhecer que o sistema prisional brasileiro é falido, oferece apenas o caráter retributivo da pena e não o de ressocialização. As cadeias atualmente não recuperam o indivíduo para ser colocado novamente na sociedade, pelo contrário, muitas vezes funcionam como verdadeiras escolas para o crime.

Diante de tal situação, é forçoso reconhecer que as prisões brasileiras não são o melhor lugar para um adolescente que ainda está em formação e não tem capacidade total de discernimento, uma vez que são capazes de corromper adultos com pleno discernimento, dirá jovens que ainda estão em formação.

Ainda que os estabelecimentos prisionais seguissem os modelos ideais de prisão, não seriam o melhor local para a internação de um jovem. A etapa da vida na qual se está inserida um adulto é bastante diferente quando comparada a de um jovem. Os adolescentes estão em formação e suas perspectivas sobre a vida são bastante diferentes das dos adultos, seres completamente formados.

Nós cremos, sinceramente, que jogar, literalmente, o indivíduo que praticou um crime ergástulo, sem outros cuidados – que assistencial, quer religioso, quer psiquiátrico, quer familiar – em nada vai adiantar. Tão-só a sociedade livrar-se-á de um indivíduo nocivo. E ao se libertar, estará como entrou ou mais nocivo ainda. (PASCUM, 2006, p. 163).

Sobre as prisões brasileiras, Roberto Estévão (2007, p. 130) cita o Ministro José Celso de Mello Filho:

A organização penitenciária brasileira é um instrumento de degradante ofensa às pessoas sentenciadas. O condenado é exposto à penas que não estão no Código Penal, geradas pela promiscuidade e pela violência. O sistema penitenciário subverte as funções da pena. Assim, deixa de cumprir sua meta básica, que é a de ressocialização.

Outro aspecto a ser levado em consideração corresponde ao fato da superlotação do sistema penitenciário brasileiro. Os presídios estão com suas capacidades de acolhimento extrapoladas, o que gera uma situação degradante para os que estão presos. Tal situação é tão grave que existem inúmeros mandados de prisão em aberto justamente pela falta de vagas em presídios.

É necessária uma preocupação do Estado em modificar a realidade dos estabelecimentos prisionais do país, mas, no que tange aos jovens, é muito mais importante o Estado interferir na ressocialização durante a internação do que se

preocupar em expandir os presídios para que os jovens possam cumprir suas penas de internação nesses referidos locais.

Outro fato importante que deve ser considerado ao pensar em colocar jovens presos juntamente com os adultos é que os maiores grupos de criminosos dos estados de Rio de Janeiro e São Paulo, “Comando Vermelho”⁸ e “PCC”⁹, surgiram dentro do presídio. Na Bahia, pode-se citar como exemplo o grupo “CP”¹⁰ ligado ao traficante Cláudio Campanha que continua comandando ações criminosas mesmo estando preso.

Porém, os locais destinados à internação dos jovens não são muito diferentes das prisões do Direito Penal no que tange a falta de estrutura para a ressocialização dos menores de 18 anos.

É inegável que tais instituições, a exemplo da ex - Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor (FEBEM) e atual Fundação Casa, são exemplos de locais menos apropriados possíveis para os jovens.

No livro Projeto de Vida do Menor Institucionalizado, Semira Adler traz uma pesquisa feita com jovens, homens e mulheres, entre 12 e 18 anos internados na antiga FEBEM. Em depoimento para a autora do livro (1989, p. 102), a maioria dos internos da instituição afirmou que não há uma perspectiva de vida melhor quando sair da unidade, uma vez que não são oferecidas atividades educacionais e profissionalizantes para os jovens que lá estão, além de não haver também um acompanhamento psicológico; muitos jovens não sabem nem o real motivo de estarem internados.

Não há um mínimo acompanhamento psicológico muito menos a separação dos jovens pelo tipo de delito que cometeram. Assassinos são colocados no mesmo espaço que indivíduos que praticaram pequenos furtos, por exemplo. E é provado pela psicologia que há uma influência entre os jovens que estão submetidos a esses tipos de internação.

⁸ Fonte: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/especial/2002/traficonorio/faccoes-cv.shtml>

⁹ Fonte: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u121460.shtml>

¹⁰ Fonte: Processo nº 0098767-12.2010.8.05.0001 da 1ª Vara Privativa de Tóxicos de Salvador – BA.

Portanto, as prisões não são estabelecimentos adequados para a internação de jovens, ainda que as unidades de internação também não sejam.

A melhor solução seria realizar melhorias nos locais de internação dos adolescentes, proporcionando um acompanhamento psicológico, escolas profissionalizantes e a separação dos jovens de acordo com os atos infracionais que cometeram, por exemplo, do que simplesmente reduzir a maioria penal e colocar os adolescentes em prisões comuns que podem ser chamadas de escolas do crime.

Cezar Roberto Bittencourt (2009, p. 381) afirma que “a experiência do cárcere transforma um simples batedor de carteira em um grande marginal” quando pondera sobre as prisões brasileiras. Ora, se o efeito é de “especialização” para um adulto, não se pode negar que os efeitos para um adolescente, que ainda está em formação, serão muito maiores. Ao tratar sobre a internação dos jovens junto com os adultos, o autor afirma:

(...) com a redução da *maioridade penal* “explodiremos” a capacidade das penitenciárias (já superlotadas) e somente teremos *bandidos mais jovens* e delinquindo por mais tempo; esses menores farão *aperfeiçoamento na delinquência* no interior das prisões (verdadeiras fábricas de delinquentes) (...).

Sobre o assunto, Maria Auxiliadora Minahim (1992), traz a citação do Ex-Ministro Bento Faria que determinou a retirada dos adolescentes dos estabelecimentos prisionais comuns por não serem lugares com condições adequadas para os jovens infratores, de forma que poderíamos afirmar que colocar os adolescentes em prisões do Direito Penal seria um retrocesso, haja vista que desde o Código Penal de 1980 é determinado aos jovens que fiquem internados em locais separado dos adultos.

Diante disso, é forçoso reconhecer que as prisões não são o melhor lugar para os adolescentes ficarem internados, seja porque carecem de uma estrutura e modelo ideais, seja porque o contato com os adultos criminosos não é favorável para o desenvolvimento do adolescente; são necessários tratamentos especiais capazes de contribuir com uma formação adequada para os jovens.

Ainda que as unidades de internação também não cumpram os requisitos mínimos para uma internação adequada, é necessário manter os jovens em unidades especializadas e em contato com seus semelhantes.

Os estabelecimentos de internação existentes no Brasil carecem de uma reforma tanto física quanto procedimental. O que é oferecido ao jovem atualmente não possui uma capacidade de ressocialização adequada, muito menos capacidade de reinserção social, que é o objetivo principal da medida sócio-educativa.

Por fim, pode-se concluir, diante o exposto nos tópicos deste capítulo que a redução da idade penal não é a solução para a criminalidade juvenil.

CONCLUSÃO

Os jovens até completarem 18 anos de idade passam por uma série de mudanças significativas, tanto física quanto psicologicamente.

O período da adolescência, por muitas vezes, é mais complicado que a infância, pois é nessa fase da vida que o jovem passa a tentar se descobrir e a se posicionar diante da sociedade. Não é possível afirmar que um jovem possui total discernimento sobre os atos que pratica.

Na maioria das vezes, o adolescente até sabe que determinada conduta é ilícita, porém não é por isso que deixa de praticá-la. Todo esse comportamento transgressor dos menores de 18 anos faz parte do caráter de formação que é inerente à essa fase da vida.

Diante de todo esse estado de formação, a Constituição Federal de 1988 adotou o critério biopsicológico para e trouxe em seus artigos 227 e 228 os princípios da proteção integral e da prioridade absoluta para as crianças e os adolescentes.

É com base no que está disposto na Constituição Federal que não é possível falar-se em redução da maioria penal, uma vez que tais dispositivos constitucionais correspondem a cláusulas pétreas e assim sendo, não são passíveis de mudanças.

Outro aspecto a ser reconhecido é a existência de um Direito Penal Juvenil. O ECA, ordenamento que versa sobre as crianças e os adolescentes, prevê que os jovens que praticaram atos ilícitos (considerando que tais atos são equiparados aos crimes e contravenções penais do Código Penal) estão sujeitos à aplicação de medidas sócio-educativas.

As medidas sócio-educativas correspondem a sanções para aqueles que cometerem infrações, inclusive podendo ser aplicada medida de internação. Saliente-se que as medidas sócio-educativas estabelecidas pelo art. 112 do ordenamento juvenil são

semelhantes as penas aplicadas aos adultos, porém consideram o caráter de formação dos adolescentes.

Diante disso, é forçoso reconhecer que há uma responsabilização dos jovens que praticam atos infracionais, até porque, muitas vezes, as medidas sócio-educativas aplicadas ao jovem podem ser mais severas do que as penas aplicadas ao adulto em resposta ao cometimento de um mesmo crime.

A Constituição Federal afirma que os jovens com menos de 18 anos são inimputáveis, mas isso não quer dizer que são impuníveis. Há uma responsabilização, porém diferenciada, dos adolescentes que cometem atos infracionais.

É um mito justificar a redução da maioridade penal com base no argumento de que os jovens ficam impunes. O que se pode pleitear é que as medidas sócio-educativas sejam mais severas, ou até sejam reformuladas, porém reduzir a idade de responsabilização penal não fará com que a forma de punição seja mudada: serão aplicadas as mesmas medidas sócio-educativas, da mesma forma à adolescentes infratores de 16 ou até 14 anos, seguindo o raciocínio daqueles que defendem a redução da idade penal.

Na maioria das vezes, argumentos como esses surgem de um absoluto desconhecimento da população sobre a legislação menorista. Não é incomum notícias nos meios de comunicação, quando tratando-se de crimes, com frases do tipo “já o adolescente foi liberado, porque era menor de 18 anos”. O fato de o adolescente não ter ficado apreendido não quer dizer que nada aconteceu com ele.

O ECA estabelece punições de acordo com o caráter de formação dos jovens. Para um jovem que não é aplicada a medida de internação, por exemplo, pode-se ter aplicada à medida de obrigação de reparar o dano ou prestação de serviços à comunidade, por exemplo.

A redução da maioridade penal baseada no mito da impunidade também é uma solução emergencial e ineficaz, até porque não há impunidade, uma vez que existe um Direito Penal Juvenil que propõe uma responsabilização diferenciada.

Além disso, pautar a redução da maioria penal no argumento de que existe um alto índice de criminalidade juvenil que contribui para a violência na sociedade também não é possível.

Os dados estatísticos¹¹ comprovam que a participação de adolescentes em crimes é ínfima quando comparado aos números gerais. Se os adolescentes não são os maiores responsáveis pela crescente violência do país, por que reduzir a maioria penal? Não parece ser essa a solução para o problema.

Outra questão a ser considerada é que reduzir a maioria penal e colocar os jovens em contato direto com os adultos será um problema, e não a solução como muitos pensam.

Os jovens que cometem atos infracionais necessitam de punições de acordo com seu caráter de formação. A forma como as medidas sócio-educativas serão aplicadas é questão fundamental para a reinserção do jovem na sociedade, principal objetivo das medidas.

O contato com adultos criminosos não trará boas consequências para a formação dos adolescentes, uma vez que tal convivência pode funcionar como uma “especialização criminosa”.

O jovem necessita de um tratamento especial, em estabelecimentos de internação que tenham um mínimo acompanhamento psicológico, educacional e profissional, ainda que a realidade brasileira seja outra nesse quesito. Porém, ainda assim é melhor que os jovens fiquem uns em companhias dos outros do que na companhia de adultos.

Diante todo o exposto, é necessário reconhecer que para resolver o problema da criminalidade juvenil é preciso atacar as causas. As origens dos atos infracionais estão em problemas sociais como falta de educação e desemprego. Se as causas não forem solucionadas, reduzir a maioria penal continuará sendo ineficaz: manter problemas na educação, por exemplo, e reduzir a idade penal só fará com que haja um aumento dos jovens de 16 anos que praticam atos infracionais.

¹¹ Vide tabela às fls. 73 (anexo 01).

No que tange a questão da responsabilização dos jovens, o que realmente geraria uma mudança efetiva seria o oferecimento de tratamento adequado pelas instituições de internação e pelas autoridades competentes.

Melhor o que já existe no ordenamento é a verdadeira solução. De nada adianta a lei estabelecer um modelo ideal de instituição de internação se na prática, tais estabelecimentos deixam, e muito, a desejar.

Os problemas estruturais do país devem ser resolvidos antes de se abrir uma discussão para a redução da maioridade penal. Os jovens necessitam de uma proteção especial que, sob hipótese alguma, pode deixar de ser considerada.

Enquanto as causas dos problemas não forem solucionadas: não a redução da idade penal.

ANEXOS

ANEXO 01

Distribuição do Número de Infratores registradas pelas Polícias Cíveis, Segundo Faixa Etária, Gênero e Número no Brasil em 2002

Delitos	2002						TOTAL GERAL	Porcentagem de crianças e adolescentes no total de infratores
	0 a 12 Anos			12 a 18 Anos				
	Infrator do sexo Masculino	Infrator do sexo Feminino	TOTAL	Infrator do sexo Masculino	Infrator do sexo Feminino	TOTAL		
Alienação violenta ao pudor	36	3	39	457	32	489	528	14,7%
Estelionato	52	21	73	190	479	669	742	2,6%
Estupro	5	2	7	278	24	302	309	7,0%
Extorção mediante sequestro	0	0	0	1	0	1	1	0,8%
Furto de veículos	3	0	3	366	32	398	401	2,7%
Homicídio doloso	5	2	7	489	71	540	547	5,2%
Lesão corporal seguida de morte	0	2	2	34	9	43	45	9,5%
Outras lesões corporais	130	22	152	4.664	6.251	10.915	11.067	10,0%
Outros furtos	459	67	526	1.0971	2.341	13.312	13.838	6,2%
Outros roubos	85	253	338	7208	419	7.627	7.965	5,0%
Racismo	0	1	1	4	15	19	20	8,5%
Roubo de veículo	1	1	2	265	25	290	292	0,8%
Roubo seguido de morte	1	0	1	232	23	255	256	29,4%
Tentativas de homicídio	8	3	11	626	163	789	800	7,0%
Tráfico de drogas	3	1	4	574	264	838	842	10,0%
Uso e porte de drogas	87	7	94	3582	504	4.086	4.180	21,9%

Fonte: Ministério da Justiça - MJ/ Secretaria Nacional de Segurança Pública - SENASP/ Secretarias Estaduais de Segurança Pública/ Departamento de Pesquisa, Análise da Informação e Desenvolvimento de Pessoal em Segurança Pública - Coordenação Geral de Pesquisa e Coordenação Geral de Análise da Informação / Polícia Civil/ Polícia Militar/ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Data da Elaboração da Tabela 12.04.2004

Fonte: PASCUM, Luiz Eduardo. **Menoridade Penal**. 22 ed. Curitiba: Juruá. 2006. p. 158.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: volume 04, tomo 01**. 3ª ed. [S.l]: Saraiva, 2002.

BIERRENBACH, Maria Ignês. A idade de responsabilidade criminal dos adolescentes. **A razão da idade: Mitos e Verdades**. 1ª ed. Distrito Federal: [S.n], 2001. p. 153 – 159.

BITTENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal Vol 01: parte geral**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOTTINI, Pierpoldo. Uma resposta adequada. **Revista Jurídica Consulex**. [S.l]: Consulex, ano XVII, n. 392, 15 maio 2013. p. 28 – 29.

BREGALDA, Gustavo. Redução da Maioridade Penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. [S.n] [S.l], ano 3, n. 16, fev/mar 2007. p. 89 – 92.

CAMPOS, Dinah Martins de Souza. **Psicologia da Adolescência**. 17 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.

CAPEZ, Fernando. A questão da diminuição da maioridade penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. [S.n] [S.l], ano 3, n. 16, fev/mar 2007. p. 78 – 80.

COSTA, José Haroldo Teixeira. Reduzir a idade penal não é solução! **A razão da idade: Mitos e Verdades**. 1ª ed. Distrito Federal: [S.n], 2001. p. 111 – 118.

CORRÊA, Márcia Milhamens Sirotheau. Redução da idade de imputabilidade – aspectos constitucionais. **A razão da idade: Mitos e Verdades**. 1ª ed. Distrito Federal: [S.n], 2001. p. 140 – 153.

DALLARI, Dalmo de Abreu. A razão para manter a maioridade penal aos 18 anos. **A razão da idade: mitos e verdades**. 1ª ed. Distrito Federal: [S.n], 2001. p 24 – 30.

DEPPMAN, Marisa Rita Mello. Justiça! Reforma! . **Revista Jurídica Consulex**. [S.l]: Consulex, ano XVII, n. 392, 15 maio 2013. p. 26 – 27.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. A necessária e urgente redução da idade penal. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: [S.N], N. 14, jul/dez 2001. p. 57 – 70.

ESTÉVÃO, Roberto da Freira. A redução da maioridade penal é medida recomendável para a diminuição da violência? **Revista Jurídica** [S.n] [S.l], n. 360, novembro 2007. p. 115 – 133.

FERREIRA, Ivette Senise. Impunibilidade e Maioridade Penal. **A razão da idade: Mitos e Verdades**. 1ª ed. Distrito Federal: [S.n], 2001. p. 101 – 104.

FONSECA, Gustavo Beghelli. Chega de Tolerância! **Revista Jurídica Consulex**. [S.n]: Consulex, ano XVII, n. 392, 15 maio 2013. p. 32 – 33.

GOIÁS, Jussara. Inimputabilidade não é impunidade. **A razão da idade: Mitos e Verdades**. 1ª ed. Distrito Federal: [S.n], 2001. p. 118 – 128.

GOMES, Luiz Flávio. Redução da maioridade penal: considerações. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. [S.n] [S.l], ano 3, n. 16, fev/mar 2007. p. 73 – 74.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Maioridade penal e o Direito Emergencial Simbólico. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. [S.n] [S.l], ano 3, n. 16, fev/mar 2007. p. 75 – 77.

GRECO, Rogério. É necessária a redução da maioridade penal? **Revista Jurídica Consulex**. [S.l]: Consulex, ano XVII, n. 392, 15 maio 2013. p. 30 – 31.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência**. 13 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

LUCENA, Roberto de. Maioridade Penal Relativa. **Revista Jurídica Consulex**. [S.l]: Consulex, ano XVII, n. 392, 15 maio 2013. p. 24 – 25.

MAIOR, Olímpio de Sá Sotto – Sim à garantia para a infância e juventude no exercício dos direitos elementares da pessoa humana. Não à diminuição da imputabilidade penal. **A razão da idade: Mitos e Verdades**. 1ª ed. Distrito Federal: [S.n], 2001. p. 177 – 195.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal da Emoção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

_____. **Menor: Sujeito de Uma Tutela Jurídica Especial**. Rio de Janeiro, 1992.

MOTA, João Francisco da. PEC nº 33/12 e a redução da maioridade penal. **Revista Jurídica Consulex**. [S.l]: Consulex, ano XVII, n. 384, 15 jan 2013. p. 14 – 15.

NETO, Gersino Gerson Gomes. A inimputabilidade penal como cláusula pétrea. **A razão da idade: Mitos e Verdades**. 1ª ed. Distrito Federal: [S.n], 2001. p. 78 – 93.

PASCUIM, Luiz Eduardo. **Menoridade Penal**. 22 ed. Curitiba: Juruá, 2006.

PIOVESAN, Flávia. A inconstitucionalidade da redução da maioridade penal. **A razão da idade: mitos e verdades**. 1ª ed. Distrito Federal: [S.n], 2001. p. 73 – 78.

PORTO, Inaldo. Estatuto da Criança e do Adolescente: estímulo à criminalidade juvenil. **Revista Jurídica Consulex**. [S.n]: Consulex, ano XVII, n. 392, 15 maio 2013. p. 34 – 36.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, v. 1, parte geral – arts. 1º a 120**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ROSA, Alexandre Moraes da. Aplicando o Estatuto da Criança e do Adolescente: felicidade e perversão sem limites. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 58, ano 14, janeiro/fevereiro 2006. p. 15 – 28.

SARAIVA, João Batista Costa. A idade e as razões NÃO ao rebaixamento da imputabilidade penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 18, ano 5, abril/julho 1997. p. 77 – 85.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Desconstruindo o Mito da Impunidade: Um Ensaio de Direito (Penal) Juvenil**. [S.n] [S.l], 2002.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, Fernando Laércio Alves; COLLI, Luciene Rinaldi. Breves Análises sobre a Proposta de Redução da Idade Penal. **Revista de Direito**. Minas Gerais: [S.n], volume 1, n. 02, outubro 2004. p. 37 – 56.

SPOSATO, Karyna. O jovem: conflitos com a lei. À lei: conflitos com a prática. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 30, ano 8, abril/julho 2000. p. 109 – 114.

_____. A constitucionalização do direito da criança no Brasil como barreira à redução da idade penal: viés de um neoconstitucionalismo aplicado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 80, ano 17, setembro/outubro 2009. p. 80 – 118.

TELLES, Goffredo da Silva; GRAU, Eros Roberto. A desnecessária e inconstitucional da redução da maioridade penal. **A razão da idade: Mitos e Verdades**. 1ª ed. Distrito Federal: [S.n], 2001. p. 93 – 101.

VAINSECHER, Semira Adler. **O projeto de vida do Menor Institucionalizado**. [S.n], UNICEF: Recife, 2000.

WEINEMAN, Amadeu de Almeida. Da responsabilidade do menor. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. [S.n] [S.l], ano 3, n. 16, fev/mar 2007. p. 81 – 88.

_____. Supremo Tribunal de Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 738.720 Paraná. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento em: 04 dez. 2012, publicado no DJe-022 de 01 fev. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3341778>>. Acesso em: 23 mar. 2013.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

BRASIL. **Código Penal**. Brasília, DF, 1940. Disponível em: