

**CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL - UNIBRASIL
PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PSICOLOGIA JURÍDICA**

ROBERTH TONNY HELLMANN

**ASPECTOS LEGAIS E BIO-PSICO-SOCIAIS DA INIMPUTABILIDADE DO
ADOLESCENTE**

**CURITIBA - PARANÁ
2016**

ROBERTH TONNY HELLMANN

**ASPECTOS LEGAIS E BIO-PSICO-SOCIAIS DA INIMPUTABILIDADE DO
ADOLESCENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado como exigência parcial para a finalização do Curso de Especialização em Psicologia Jurídica pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL.

Orientador: Prof. Me. Célio Luiz Pinheiro.

**CURITIBA - PARANÁ
2016
ii**

DECLARAÇÃO

Eu, **ROBERTH TONNY HELLMANN**, declaro ser o autor do texto apresentado, Trabalho de Conclusão de Curso, no programa de pós-graduação lato sensu em **PSICOLOGIA JURÍDICA** com o título **ASPECTOS LEGAIS E BIO-PSICO-SOCIAIS DA INIMPUTABILIDADE DO ADOLESCENTE**.

Afirmo, também, ter seguido as normas da ABNT referentes às citações textuais que utilizei e das quais eu não sou o autor, dessa forma, creditando a autoria a seus verdadeiros autores.

Através dessa declaração dou ciência de minha responsabilidade sobre o texto apresentado e assumo qualquer responsabilidade por eventuais problemas legais, no tocante aos direitos autorais e originalidade do texto.

Curitiba, 30 de maio de 2016.

Roberth Tonny Hellmann

ROBERTH TONNY HELLMANN

**ASPECTOS LEGAIS E BIO-PSICO-SOCIAIS DA INIMPUTABILIDADE DO
ADOLESCENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado como exigência parcial para a finalização do Curso de Especialização em Psicologia Jurídica pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL.

Orientador: Prof. Me. Célio Luiz Pinheiro.

Data da entrega: ___/___/_____

Orientador: Prof. Me. Célio Luiz Pinheiro. Bacharelado e Licenciatura em Psicologia pela Universidade Tuiuti do Paraná (1993). Formação de Psicólogo pela Universidade Tuiuti do Paraná (1994). Mestre em Antropologia Social pela UFPR.

Média: _____

Data: ___/___/_____

Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL
Curitiba - Paraná

*Aos meus pais,
pelo que sou hoje.
Ao meu filho Mathias,
pelo sentimento de amor.
A todos,
pela razão de ser.*

O sentido de gratidão deve ser sempre renovado. Neste sentido, o mérito, todavia, não seria alcançado sem o estímulo dos Professores e Orientadores do Curso de Pós-Graduação em Psicologia Jurídica da UNIBRASIL, em especial ao Prof. Ms. Célio Luiz Pinheiro, pelas críticas, honestas e sinceras.

Aos meus amigos, colegas e companheiros de vida acadêmica.

A minha família, pela paciência, dedicação, críticas e apoio durante a vida.

Ao meu filho Mathias, meu amor.

Aos amigos, irmãos, companheiros de todos os momentos de caminhadas e dificuldades.

Enfim, para todos que contribuíram, direta ou indiretamente em minha vida.

Educai as crianças,
para que não seja necessário
punir os adultos

Pitágoras

ASPECTOS LEGAIS E BIO-PSICO-SOCIAIS DA INIMPUTABILIDADE DO ADOLESCENTE

Roberth Tonny Hellmann¹

Prof. Ms. Célio Luiz Pinheiro²

RESUMO

O objetivo deste trabalho de conclusão de curso de especialização é determinar as considerações sobre os aspectos legais da inimputabilidade do adolescente de acordo com a legislação vigente, levando-se em consideração o crescente aumento da criminalidade associada à deficiência de nossos aparelhos de Segurança Pública sobre a discussão do tema, tendo em vista o constante desenvolvimento tanto no aspecto biológico, psicológico e social, fase esta de transição da infância para a fase adulta.

Palavra-chave: Inimputabilidade, adolescente, ECA, incapaz, direitos.

viii

¹ Advogado. Curso Técnico em Transações Imobiliárias pelo Centro de Educação Profissional Exiatum (2009). Graduação em Direito pelo Centro Universitário Campos de Andrade - UNIANDRADE (2009). Pós-Graduação *Lato Sensu* em MBA em Gestão e Direito Imobiliário pela Faculdade Internacional de Curitiba - FACINTER (2011). Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Penal e Direito Processual Penal pelas Faculdades Integradas do Brasil - UNIBRASIL, em parceria com a Academia Brasileira de Direito Constitucional (2013). Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Aplicado ao Sistema Único de Assistência Social pela Faculdade Itecne de Cascavel, PR (2014). Pós-Graduando em Direito Contemporâneo pela Universidade Candido Mendes - UCM do Rio de Janeiro, RJ. Pós-Graduando em Psicologia Jurídica pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL.

² Psicanalista, Antropólogo possui Graduação em Bacharelado e Licenciatura em Psicologia pela Universidade Tuiuti do Paraná (1993) e Formação de Psicólogo pela Universidade Tuiuti do Paraná (1994). Experiência clínica em consultório na área de Psicanálise. Mestre em Antropologia Social pela UFPR. Atua nos seguintes temas: psicanálise, antropologia da saúde, suicídio, representações da morte, luto, melancolia e depressão. Ministra cursos de formação em Psicanálise em instituição particular bem como em curso de extensão em universidades. Participa de Projetos de Saúde Preventiva e Projetos de Saúde Mental. Prof. Me. docente do Curso de Pós-Graduação em Psicologia Jurídica do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL.

ABSTRACT

This study completion specialization course, is to determine the considerations about the incapacity of the legal aspects of adolescent unaccountability in accordance with current legislation, taking into account the increasing crime associated with deficiency of our appliances for Public Safety on the discussion of the matter, taking into view, the constant development both in the biological, psychological and social, this phase of transition from childhood to adulthood.

Keywords: incapacity, teen, ECA, unable, rights

SUMÁRIO

RESUMO	ix
ABSTRACT	x
INTRODUÇÃO	11
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA	12
1.1. O Código Criminal do Império	12
1.2. O Código Republicano de 1890	13
1.3. Código de Menores	14
1.4. O Código Penal de 1940	15
1.5. O Código Penal de 1969	15
1.6. O Código Penal Militar	16
1.7. A Lei n.º 7.209/84	16
1.8. Constituição Federal de 1988	16
1.9. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)	17
2. MARCOS IMPORTANTES E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	18
3. CONCEITO DE ADOLESCÊNCIA	22
3.1. Conceito bio-psico-social de adolescência	23
3.2. Conceito Jurídico de adolescência	26
4. INIMPUTABILIDADE PENAL	27
4.1. Constituição Federal e leis vigentes. Menoridade	27
4.2. Maioridade Penal como Cláusula Pétrea na Constituição	31
4.3. Critério Político-Criminal do limite etário de imputação Penal	33
4.4. Direitos fundamentais no Estatuto da Criança e do Adolescente	43
4.5. Desafios que a realidade brasileira apresenta	45
5. PRINCÍPIO DA IGUALDADE	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira, nos últimos anos, presenciou o surgimento de novas leis reguladoras da vida em sociedade.

Em 1988, tivemos uma nova Constituição, que não gerou muita curiosidade por parte da população. Em seguida, leis infraconstitucionais, como a dos crimes hediondos, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), o Estatuto do Idoso, o Código de Trânsito Brasileiro (CTB), entre outras, inovaram o mundo jurídico, tendo em mira a proteção da sociedade, porém, é o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que desperta grande interesse em função do crescente aumento da criminalidade associada à deficiência de nossa Segurança Pública que vem sendo, constantemente, a discussão nacional sobre a redução da inimputabilidade penal.

Priorizemos determinar como objetivo desta pesquisa demonstrar as considerações sobre a inimputabilidade do menor relativamente incapaz, levando-se em consideração a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e documentos internacionais, ratificados pelo Congresso Nacional, justificado pelo aumento considerável da violência de delitos praticados por jovens infratores.

Para melhor compreensão desta obra, faz-se necessário observar que o conteúdo foi desenvolvido de forma dedutiva, iniciando-se pela evolução histórica, passando por conceitos jurídicos e bio-psico-social de adolescência, além, é claro, sobre a inimputabilidade penal de forma detalhada e finalizando com o princípio da igualdade. Procurou-se expor de maneira lógica e detalhada, observando a Carta Magna de 1988 e leis vigentes, direitos fundamentais, princípios, entre outros, concluindo-se com o detalhamento dos desafios que a realidade brasileira apresenta sobre o tema. Sempre que possível, cercado de citações, doutrinas e jurisprudências, de forma a dar para a pesquisa técnica-jurídica maior relevância científica, de maneira a apresentar conceitos e problematizá-los a fim de que se possa trabalhar de maneira mais aprofundada.

O objetivo desta pesquisa é demonstrar as considerações a respeito da inimputabilidade do menor relativamente incapaz e suas peculiaridades jurídicas, levando-se em consideração que o Estatuto da Criança e do Adolescente visa à proteção integral do menor.

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

Consegue-se, historicamente, cismar sobre o tratamento legal liberto à questão da criança e do adolescente que, atualmente, por estarem fora do Direito Penal, não podem ser agentes de fatos puníveis.

Evidência Bernardo Leôncio Moura Coelho³:

“Estudar a proteção destinada às crianças, que procede da própria evolução dos direitos humanos, é uma obrigação social e, por que não dizer, uma obrigação jurídica.

[...]

O ser criança já não é mais uma passagem provisória para se alcançar o *status* de adulto. Já não se concebe a criança sujeita ao poder exclusivo e ilimitado do pátrio poder. Hoje, a criança é um sujeito de direitos, não um mero objeto de ações governamentais”.

A datar do Direito Romano, os imaturos tinham a seu favor a presunção de lhes faltar o *intellectus rei*, e por esse fato não podiam ser punidos.

No período da escola clássica, submetia-se a responsabilidade do menor à presença do discernimento do mesmo, do qual a carência se presumia na infância e consistia na apuração no decorrer da adolescência.

Ressalta José Frederico Marques⁴:

“Sobre o significado e alcance do discernimento, discordes eram as opiniões dos doutos: se uns o entendiam como a capacidade de conhecer a regra moral, distinguindo o bem do mal, - para outros ele consistia no conhecimento da ilicitude penal do ato”.

Até 1830 a imputabilidade penal iniciava-se aos sete anos, conforme Ordenações Filipinas, isentando o jovem da pena de morte e agraciando-lhe a redução da pena.

1.1. O Código Criminal do Império

O Código Criminal do Império, criado em 1830, protegido pelo Código Penal Francês de 1810, adere o sistema do discernimento, pactuando a maioria penal absoluta com base aos 14 anos.

³ COELHO, Bernardo Leôncio Moura. *A proteção à criança nas Constituições Brasileiras*. 3ª ed., Brasília: editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 93.

⁴ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 2ª ed., atual. Campinas: Bookseller, 1997, p. 223.

No Art. 10, do Código Criminal do Império⁵, destaca-se o não julgamento de criminosos menores de 14 anos, incorporando, no Art. 13, a seguinte disposição:

“Art. 13. Se provar que os menores de quatorze anos, que tiverem cometido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos às casas de correção, pelo tempo que o juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda à idade de dezessete anos”.

Diante disso, tais textos trasladados tiveram inúmeras apreciações. Adiante, devido à fixação de limite sobejamente baixo para a inimputabilidade, tendo em vista um país que vivia em grande atraso social à época. Cabendo salientar que o Código não excluía a possibilidade de ser, por exemplo, um rapaz de quinze anos condenado à prisão perpétua.

Assim, os maiores de 14 (quatorze) e menores de 17 (dezessete) anos era liberto tratamento especial, por estarem sujeitos, se ao julgador parecesse justo, a uma pena de 2/3 daquele que caberia ao adulto.

Os maiores de 17 (dezessete) e menores de 21 (vinte e um) anos contavam sempre com o favor da atenuante da menoridade.

1.2. O Código Republicano de 1890

No Código Republicano de 1890⁶, os menores de 09 (nove) anos completos, bem como, os maiores de 09 (nove) anos e os menores de 14 (quatorze), que obrarem sem recato, não eram considerados criminosos.

Menciona o referido diploma:

“Art. 27. Não são criminosos:

§ 1º. Os menores de 9 annos completos;

§ 2º. Os maiores de nove annos e menores de 14, que obrarem sem discernimento.

[...]

Art. 30. Os maiores de nove annos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinaes industriaes, pelo tempo que o juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda á idade de 17 annos.

[...]

Art. 42. São circumstancias attenuantes:

§ 11. Ser o delinquente menor de 21 annos”.

⁵ BRASIL. *Código Criminal do Império do Brasil*, disponível em:

http://www.ciespi.org.br/base_legis/legislacao/COD11a.html, acessado em: 06/10/2015.

⁶ BRASIL. *Código Republicano de 1890*, disponível em:

http://www.ciespi.org.br/base_legis/legislacao/COD19g.html, acessado em: 06/10/2015.

O critério do discernimento, por ser vago e inconsistente, acabou sendo apontado como exíguo, pois, não fornecia base admissível para se determinar em que momento as medidas repressivas deviam ter aplicação. Por essa razão, a analogia do que ocorrerá em outros países, uma viva objeção se levantou a esse critério, resultando na sua derrogação com a promulgação da Lei n.º 4.242, de 5 de janeiro de 1921, dispondo em seu Art. 3º, § 6º o seguinte: “*o menor de quatorze anos indigitado autor de crime ou contravenção não será submetido a processo algum*”.

1.3. Código de Menores

Diante do exposto, bem como, com o intercorrer de leis sobre a matéria, fez-se indispensável uma consubstanciação, ocasionando desta feita o Código de Menores.

Tal Código sintetizou, de maneira vasta e refinada, leis e decretos que se propunham a legitimar um meio legal que apresentasse afabilidade “*sui generis*” à criança e ao adolescente. O Código sucedeu concepções provincianas, passando a admitir a assistência ao menor de idade, sob o aspecto educacional, desta forma, ficando como renomado Código de Mello Mattos.

Em harmonia com José Frederico Marques, o aludido Código, apontava três limitações de idade, 14 (quatorze), 16 (dezesesseis) e 18 (dezoito) anos, dispostos da seguinte forma:

- Até 14 (quatorze) anos, o menor era considerado inconsequente, não podendo ficar sujeito a medidas de caráter penal;
- Entre 14 (quatorze) e 16 (dezesesseis) anos, na ocorrência de infração à lei penal, o menor era considerado irresponsável, porém, organizava-se para afinar o fato, possibilitando impor medidas de assistência, podendo motivar cerceamento à liberdade, mas nunca aplicar penas, formalmente ditas;
- Entre os 16 (dezesesseis) e 18 (dezoito) anos, o menor seria considerado responsável, suportando, portanto, penas previstas no Código Penal, com a possibilidade de atenuação de um terço na duração das privativas de liberdade concernente ao adulto. A medida seria executada em

estabelecimento especial ou em seção especial de presídios comuns, devendo o menor permanecer apartado dos adultos.

O Decreto n.º 17.943, de 12 de outubro de 1927 expediu o Código de Menores, em virtude de homologação dada ao governo para estabelecer as leis de assistência e proteção aos menores, por intermédio do Decreto n.º 5.083, de 1º de setembro de 1926.

1.4. O Código Penal de 1940

Com o advento do Código Penal de 1940⁷, no ordenamento jurídico brasileiro, que vigora até hoje, não obstante alterações, passou-se a conceder o critério puramente biológico, no que concerne à inimputabilidade em face da idade, acordando-a para os menores de 18 (dezoito) anos, compreendendo-se, assim, como uma exceção à regra, isto é, o critério biopsicológico, que prepondera no caso das demais espécies de inimputabilidade previstas no Código.

1.5. O Código Penal de 1969

No Código Penal de 1969⁸, o termo da imputabilidade foi sustentado, como regra geral, isto é, nos 18 (dezoito) anos de idade. Extraordinariamente, pode ser declarado imputável o jovem de 16 (dezesesseis) a 18 (dezoito) anos, se este revelar razoável desenvolvimento psíquico para compreender o caráter ilícito do fato e controlar a própria ação.

Disserta Mario Volpi⁹:

“Se pelo Código Penal de 1940 a inimputabilidade residia num critério biológico (menoridade), no diploma de 1969 outro era o sistema de sua residência, ou seja, biopsicológico, porque o menor entre 16 e 18 anos de idade responderia pelo fato se revelasse suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento. Nesse caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até metade”.

⁷ Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940

⁸ Decreto-Lei n.º 1.004, de 12 de outubro de 1969, com alterações introduzidas pela Lei n.º 6.016, de 31 de dezembro de 1973

⁹ VOLPI, Mario. *Adolescentes privados de liberdade: a normativa nacional e internacional e reflexões acerca da responsabilidade penal*. 2ª Ed., São Paulo: editora Cortez, 1998, p. 129.

Todavia, como é notório, este Código, teve o início da vigência procrastinado por várias vezes e acabou por não ter tido a conveniência de entrar em vigor. Dessa forma, a maioria penal conserva-se no modelo do determinado pelo Código Penal de 1940, quer dizer, 18 (dezoito) anos de idade, submetendo os menores à legislação especial.

1.6. O Código Penal Militar

O Código Penal Militar¹⁰ instituiu a imputabilidade, inusitadamente, aos 16 (dezesseis) anos, ao firmar o limite penal em 18 (dezoito) anos salvo se, já tendo 16 (dezesseis) anos, demonstrar discernimento. Todavia, esta parte, encontra-se revogada com o advento da Constituição Federal de 1988, conforme Art. 228, que assim dispõe:

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

1.7. A Lei n.º 7.209/84

Em 1984¹¹ houve uma reforma penal, adveio a Lei n.º 7.209, alterando a regra do Art. 23 do Código Penal de 1940, não quanto à idade, no entanto.

Outrossim, o Art. 27 da *Lex nova* estabelece: “os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas na legislação especial”.

1.8. Constituição Federal de 1988

A Carta Magna de 1988, em seu Art. 227, estabeleceu as garantias e direito da infância e da juventude, definindo com absoluta primazia a proteção de seus interesses. Relativamente à idade penal, o Art. 228 dispõe que são penalmente inimputáveis os menores de 18 (dezoito) anos de idade, sujeitos às normas de legislação especial. Tais normas foram regulamentadas no ano 1990, por intermédio do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8.069, que optou pela doutrina da

¹⁰ Decreto-Lei n.º 1.001, de 21 de outubro de 1969.

¹¹ Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984.

proteção integral, além de regras individualizadoras em relação da proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Tais garantias firmadas pela Constituição vinculada à menoridade penal fundam que os mecanismos dispostos no Código Penal apenas poderão ser executados aos maiores de 18 (dezoito) anos, ao mesmo tempo em que os menores de 18 (anos) deverá ser aplicada normas em legislação própria.

1.9. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

O Estatuto da Criança e do Adolescente¹² contemplou e contempla a doutrina da proteção integral, que se fundamenta no princípio do melhor interesse da criança, do qual, o Estado brasileiro tem o dever de garantir as necessidades da pessoa em desenvolvimento, ou seja, jovens até 18 anos de idade, tutelando o direito a vida, saúde, educação, convivência, lazer, liberdade, profissionalização e outros, com a finalidade de garantir o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual, e social, em condições de liberdade e dignidade.

Importante se faz frisar que o ECA aplica-se, como preceito, ao menor de 18 (dezoito) anos de idade, critério destacado pela Constituição Federal com primícias da imputabilidade penal.

De acordo com José Frederico Marques¹³:

“Discrimina a lei dois períodos de menoridade penal: um dos 14 aos 18 anos, e outro até os 14 anos. Para os da primeira categoria, prevê três hipóteses: a) quando os motivos e as circunstâncias do fato e as condições do menor não evidenciam periculosidade, pode o juiz deixá-lo com o pai ou responsável, ou confiá-lo a tutor ou a quem assuma a sua guarda, ou finalmente, mandar interná-lo em estabelecimento de reeducação profissional; b) quando tais motivos e circunstâncias evidenciam a periculosidade, é obrigação o internamento do menor em estabelecimento adequado; c) quando essa periculosidade tem caráter excepcional, pode o juiz determinar o internamento do menor em seção especial de estabelecimento destinado a adultos”.

Além do mais, conforme o próprio autor:

“Se o menor não tiver atingido a idade de 14 anos, determina o Art. 3º que o juiz adote as medidas de assistência e proteção indicadas pelos motivos e circunstâncias do fato e pelas condições do menor”.

¹² ECA – Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990.

¹³ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 2ª ed., atual. Campinas: Bookseller, 1997, p. 225-226.

Desta forma, na atualidade, no Brasil, “*Considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade*”¹⁴.

2. MARCOS IMPORTANTES E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Podemos aduzir três marcos importantes que disciplinavam o Direito da Criança e do Adolescente no Brasil, assim dispostas:

- a) O Código de Menores, de 1927;
- b) O Código de Menores, de 1979;
- c) O Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990.

O Código de Menores, de 1927¹⁵, ficou conhecido como o célebre “*Código Mello Matos*”, conforme já exposto, em homenagem ao Juiz do primeiro Juizado de Menores criado no Brasil, em 1924, e que teve como titular José Cândido Albuquerque Mello Mattos.

Este diploma legal regulamentava o tratamento que deveria ser dado à criança, levando-se em consideração o seu estado físico, moral e mental, precisamente a situação social, moral e econômico em que se deparava o menor no Brasil.

Prontamente, o novo Código de Menores de 1979¹⁶, sem absorver transformações significativas na legislação, passou a definir as situações destacadas como “*situação irregular*” e as matérias às quais ao Juiz de Menores competia processar e julgar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁷ foi um marco legislativo importante, de expressão na ordem jurídica brasileira, pois executado o mandato da Carta Magna de 1988, que já recepcionou os princípios da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, consagrou uma vasta e significativa transformação de paradigma

¹⁴ ECA, Art. 2º

¹⁵ Decreto n.º 17.943, de 12 de dezembro de 1927.

¹⁶ Lei n.º 6.697, de 10 de novembro de 1979.

¹⁷ Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990.

da Doutrina da Situação Irregular para a Doutrina Sócio-Jurídica da Proteção Integral, proporcionando as crianças e aos adolescentes um tratamento jurídico digno de sujeitos como direitos.

Cabe salientar que a nova lei atendeu a normativa internacional e a nossa Carta Magna de 1988, fundamentando os adolescentes sujeitos de direitos, e não mais objetos de direito.

A alternância de paradigma demandou remodelagem dos programas na área infanto-juvenil, a reestruturação de suas entidades executoras, do Ministério Público, da Defensoria Pública e do Sistema de Justiça da Infância e Juventude.

Conforme os ensinamentos de Gercino Gerson Neto¹⁸, a Lei n.º 8.069/1990 foi idealizada *“de modo frontalmente diferente dos métodos e processos de elaboração legislativa que vigoram há séculos em nosso país. Na verdade, trata-se de uma lei pensada e debatida por milhares de pessoas e escrita por muitas mãos”*, ato que veio viabilizar a efetivação das alterações que foram introduzidas no ordenamento jurídico, que foram de conteúdo, método e gestão.

Novas proposições foram introduzidas na lei, em especial os relacionados às políticas públicas (sociais básicas, assistenciais e de proteção integral), sucedendo-se o assistencialismo por um conjunto de providências que objetivam incentivar a cidadania, dando-se prudência especial às pessoas em desenvolvimento, modificou-se a gestão da política de atendimento à infância e juventude com a descentralização administrativa, ou seja, o município passou ser foco das atenções, promovendo-se a atuação da comunidade por meio de conselhos e associações.

O ECA revogou expressamente o Código de Menores de 1979¹⁹, que adotava a Doutrina da Situação Irregular. A esse apreço, Wilson Donizeti Liberati²⁰ faz significativa retrospectiva histórica:

“A Lei n.º 6.697, de 10 de outubro de 1979, que dispunha sobre o Código de Menores, recepcionou o sistema da FUNABEM, agora vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social, pelo Decreto n.º 74.000, de 1º de maio de 1974, e, também, a Política Nacional do Bem-Estar do Menor, a PNBEM.
[...]

¹⁸ NETO, Gercino Neto. *O Sistema de Garantias dos Direitos da Criança e o ECA, a Constituição da República e a Convenção sobre Direitos da Criança*. Conferência proferida no Seminário Interestadual de Educação. Florianópolis: Centro das Defensorias da Infância, 1998. Disponível em: www.mp.sc.gov.br. Acesso em: 21/10/2015.

¹⁹ Lei n.º 6.697, de 10 de outubro de 1979.

²⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional*. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2002, p. 33-34.

Dentro desse panorama, o Código de Menores dispunha sobre a assistência, a proteção e vigilância aos menores: a) entre 0 e 18 anos, que se encontravam em situação irregular; b) entre 18 e 21 anos, nos casos expressos em lei; c) entre 0 e 18 anos, nos casos de aplicação de medida de caráter preventivo, independente de sua situação irregular.

[...]

As medidas de caráter preventivo eram chamadas de ‘medidas de vigilância’ e eram aplicadas a todos os menores de 18 anos de idade, até mesmo aqueles sob o pátrio poder. Tais medidas visavam a proibir ou a restringir o ingresso e permanência de menores de 10 anos em espetáculos teatrais, cinematográficos, circenses, radiofônicos e congêneres, sem o acompanhamento dos pais, além de outras proibições ou restrições de ingresso em locais considerados ‘públicos’ para os acima de 10 e abaixo de 18 anos e autorizações para viagens”.

Analisando a aplicação do Código de Menores de 1979, hoje revogado, o Doutrinador Liborni Siqueira e Jessé Pereira Júnior²¹, observa que diploma legal adotava a Doutrina da Situação Irregular, conforme segue:

“O Art. 1º delimita o campo de incidência do Código. Este será a Lei aplicável quando trata-se de dar assistência e proteção a menores em situação irregular, ou exerce vigilância sobre qualquer menor de dezoito anos de idade, independentemente da situação em que se encontre.

Compreende-se por assistência o conjunto de medidas legais de recursos materiais e humanos, de natureza pública ou privada, destinado a possibilitar o acolhimento e o atendimento a menores em suas necessidades essenciais, durante o tempo que se mostrar adequado em cada caso; o Código considera necessidades essenciais do menor aquelas concernentes à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória (Art. 2º, I).

São medidas legais de vigilância as que previnem a ocorrência de situações que possam por em risco à integridade física, material ou moral de menores.

A prestação jurisdicional será devida, quanto à assistência e proteção, aos menores de 18 anos de idade em situação irregular e às pessoas entre 18 e 21 anos de idade, quando o Código assim o determine (Art. 41, § 3º, e 89, I e II).

A prestação jurisdicional será devida, quanto à vigilância, não apenas em relação ao menor em situação irregular, senão que, também, ao menor de 18 anos de idade.

O parágrafo único do Art. 41 utiliza a expressão “medidas de caráter preventivo”. Tais medidas são as vigilância, compreendidas nos Art. 48 a 83.

[...]”.

Pelo referido diploma legal, a internação de um menor poderia ser estipulada pelo Juiz, após um procedimento denominado de “*verificatório*” (não contraditório).

Neste procedimento, quando o Juiz entendesse que o jovem se encontrava com “*desvio de conduta*” ou fosse “*autor de infração penal*”, realizava “*despacho fundamentado*” deliberando, conforme a natureza do caso, internação, inclusive, em estabelecimento destinado a maiores, desde que se garantisse “*absoluta incomunicabilidade*”.

²¹ SIQUEIRA, Liborni, PEREIRA JÚNIOR, Jessé. *Notas interpretativas ao Código de Menores: Lei n.º 6.697 de 10.10.1979 / Associação Brasileira de Juizes de Menores* – Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 4-5.

Ao completar 21 (vinte e um) anos, caso fosse declarada a derrogação da medida, o Juiz passaria a jurisdição ao Juízo de Execuções Penais, sendo o agente removido para “*estabelecimento adequado*”, até que o referido Juiz julgasse extinto o motivo em que se fundamentara a medida, na forma ajustado na legislação penal, ou seja, instituíra-se a “*prisão perpétua*” no país.

Finalmente, retomando a história, elucida-se que a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor - FUNABEM, criada ao longo do regime da ditadura militar para atender e solucionar as questões da infância no país, em tempo algum obteve seus objetivos, formando uma das instituições mais reprovadas pelos operadores do direito na área da infância e juventude, todavia, os tempos se transformam.

O ECA, em suas disposições preliminares, reconhece expressamente adotar a Doutrina da Proteção Integral, definindo a criança como sendo a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e o adolescente aquele entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade, igualmente incompletos. É este o emergente “*público-alvo*” do ECA.

Não obstante, também regulamenta as matérias relativas à família, às instituições não-governamentais, a órgãos autônomos, à advocacia, ao Ministério Público e à Justiça da Infância e Juventude; disciplina, além do mais, procedimentos e tipifica infrações administrativas e crimes.

A Doutrinadora Josiane Rose Petry Veronese²² precaveu que era propensa a condição de não sermos mais meros e passivos espectadores, mas de reconhecermos ininterruptamente o tratamento prioritário para as crianças e os adolescentes, elaborando a subsequente defrontação entre o Código de Menores e o ECA:

“O Código de Menores, ao se dirigir a uma categoria de crianças e adolescentes, os que se encontravam em situação irregular, colocava-se como uma legislação tutelar. E sobre este ponto parece muito oportuna a crítica de ZAFFARONI, ao afirmar que “ao longo de toda a história da humanidade, a ideologia tutelar em qualquer âmbito resultou em um sistema processual punitivo inquisitório. O tutelado sempre o tem sido em razão de alguma inferioridade (teológica, racial, cultural, biológica, etc.). colonizados, mulheres, doentes mentais, minorias sexuais, etc. foram psiquiatrizados ou considerados inferiores, e, portanto, necessitados de tutela”.

Dessa forma, a Lei n.º 8.069/90 significou para o direito infanto juvenil uma verdadeira revolução, ao adotar a doutrina da proteção integral.

Essa nova postura tem como alicerce a convicção de que a criança e o adolescente são merecedores de direitos próprios e especiais que, em razão de sua condição específica de

²² VERONESE, Josiane Rose Petry. *A convenção Internacional dos Direitos da Criança: tópicos para uma reflexão*. Cadernos de Direito da Criança e do Adolescente. Florianópolis: ABMP, 1997, p. 34-35.

pessoas em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada, integral.

O surgimento de uma legislação que tratasse seriamente dos direitos da infância e da adolescência era de caráter imprescindível, pois havia uma necessidade fundamental de que estes passassem da condição de 'menores' para a de cidadão".

Nas próximas asserções, efetuaremos uma interpelação abrangente dos dispositivos estatutários.

3. CONCEITO DE ADOLESCÊNCIA

Habitua-se aferir ao sazonalamento de uma pessoa pela idade cronológica ou faixa etária, aspecto que serve para incumbir, impor ou consentir a prática de diversos atos da vida humana, seja para votar, dirigir, contratar, casar, trabalhar, ingresso em carreira profissional, serviço militar e assim por diante.

Tal discernimento é ratificado pelas normas jurídicas pela objetividade que expõe, já que os outros critérios empregados pelas ciências são demasiadamente subjetivas e variáveis, o que acarreta uma insegurança e instabilidade, e, por conseguinte, seria nefasto para a vida em sociedade.

Nada obstante, é significativo salientar que a fixação da idade para a prática de atos não dá-se aleatoriamente, e sim com evidencia nos estudos e conclusões de outras áreas dos saberes humanos, em virtude da ciência jurídica não obter tal fim sem este embasamento científico, o que denota a interdisciplinaridade do tema.

Sabe-se que o ser humano passa pelo processo de nascimento, desenvolvimento e morte, como ciclo natural da vida, sendo cada fase muito essencial para a pessoa e para a sociedade, seja em razão das influências que podem causar na fase futura, seja em razão da importância dos atos praticados em cada fase.

É patente, da mesma forma, que em cada fase da vida as pessoas apresentam características, peculiaridades, particularidades diferentes uma das outras, e por isto são tratadas diversamente em qualquer das ciências que se importa ou tenha por objeto de estudo o ser humano.

Quanto à infância e a adolescência, concepções fundamentais para a apreciação do objeto de estudo deste trabalho, não são irrefutáveis nem uniformes e tem prestígio das mais diversas ciências, em concordância com o que contemplaremos a seguir.

3.1. Conceito bio-psico-social de adolescência

No que se alude à infância e a adolescência, que começa com o nascimento e vai até a puberdade, da nascença até a conjectura de responsabilidades pessoais e sociais, do primeiro dia de vida até as primícias da fase adulta, o que em termos cronológicos gira em torno dos 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos de idade, as legislações dos países não são uniformes na definição desse preceito, inclusive porque se diversifica de cultura para cultura o amadurecimento físico e mental de um sujeito.

Com relação à infância, considerada a primeira fase da vida de uma pessoa, ela precede a adolescência e tem interferência demasiadamente expressiva nas fases futuras, fato este bem proeminente por estudiosos especializados, inclusive tratando-se como meio de se aferir certos problemas ou comportamentos nas fases futuras. Por infância compreende-se o primeiro período de vida, em que tem lugar um processo de formação de estruturas básicas bio-psico-sociais, especificado pela acentuada submissão e vulnerabilidade dos fatores ambientais.

No que tange a adolescência, é uma fase de nuance da infância para a fase adulta, diferenciado por uma série de transformações no corpo e na mente do ser humano, que gera inconstância emocional digna de especial consideração. Por adolescência considera-se a fase de transformações e definições bio-psico-sociais, que se inicia na puberdade e tem limite proeminente abalizado por parâmetros de ordem psicológica e sócio-cultural.

Em outras áreas do conhecimento, como a psicologia, é corrente elucidar a adolescência como uma condição essencial da vida de um sujeito, no qual sobrevém a privação definitiva da condição de criança, acarretando na conclusão de um processo de abnegação que iniciou no seu nascimento. Outro prestigiado psiquiatra e estudioso no âmbito da infância e da adolescência, Levisky (1995, p.15)²³, prefere empregar o termo “revolução” como conceito de adolescência.

Para Levisky, adolescência é um processo que ocorre durante o progresso evolutivo da pessoa humana, determinado por uma revolução bio-psico-social. No que lhe concerne, a literatura médica a respeito da adolescência destaca sua

²³ Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Área de Saúde do Adolescente e do Jovem. Marco legal: saúde, um direito de adolescentes / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Área de Saúde do Adolescente e do Jovem. – Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007. 60 p.: il. – (Série A. Normas e Manuais Técnicos) ISBN 85-334-0856-0

atenção particularmente nas mudanças ocasionadas pela puberdade, com relevância para a aceleração e desaceleração do crescimento físico, modificação da constituição corporal, eclosão hormonal e desenvolvimento da maturação sexual.

De acordo com os médicos psiquiatras e psicanalistas Antonio Filpi C. da Costa, José Roberto Muniz e Luiz Fernando Chazan²⁴ no artigo “*Círculo Passional - Adolescência*”, indagam a adolescência e evidenciam alguns pontos de extrema pertinência para compreender as peculiaridades desta fase de pessoa em desenvolvimento:

“Devemos compreender a vida humana como um suceder de fases, desde a infância à velhice, que vão se desenvolvendo umas sobre as outras, modificando-as, e apesar de manterem a identidade com períodos anteriores, *apresentam diferenças significativas*.

É assim que, segundo Knobel, a “adolescência é a etapa da vida durante a qual o indivíduo busca estabelecer sua identidade adulta, apoiando-se nas primeiras relações objetais parentais internalizadas, e verificando a realidade que o ambiente lhe oferece, mediante o uso de elementos biofísicos disponíveis. É um processo que se cumpre com a *aquisição de uma sexualidade genital e luto pela identidade infantil*.

A adolescência seria, portanto, um processo que se desenvolve num largo período de tempo, acompanhada por fenômenos regressivos, e que evolue todo o conjunto da personalidade: mundo interno, mundo externo e corpo.

A puberdade seria diferente do conjunto de fenômenos que formam a adolescência. A primeira é predominantemente biológica, compreendendo as mudanças corporais, o surgimento da menarca e a primeira ejaculação do menino; a segunda refere-se mais aos aspectos psicológicos. Assim, a adolescência pode preceder a puberdade, acompanha-la ou surgir algum tempo após.

Peter Blos, em seu livro “Adolescência”, divide essa etapa em três fases:

- a) Adolescência inicial: dos 11-13 aos 15 anos;
- b) Adolescência intermediária: dos 15 aos 17 anos;
- c) Adolescência tardia: dos 17 aos 20 anos.

É importante levar em conta que tais faixas etárias são variáveis de acordo com a cultura e as condições sócio-econômicas. Verificamos que, em classes sociais desfavoráveis, frequentemente há um *encurtamento da adolescência* em função da situação econômica (auxílio no sustento da família). Por outro lado, nas classes sociais mais altas, o *processo de adolescência tende a estender-se*, por vezes até os 25 anos, facilitado pela manutenção de relações de dependência devido aos cursos universitários, assim como uma maior sensação de proteção social”.

No que tange a sociologia, determina a juventude como uma categoria social, no entanto, a mesma não refuta com exatidão quando se pode conceber uma pessoa adolescente, pois se utiliza do critério sócio-cultural, que é inconstante.

Pela perspectiva deste conceito, eis o discurso de A B Hollinghead²⁵ em “*Juventude numa pequena cidade americana*”.

²⁴ Disponível em: <http://www.decio.tenenbaum.com/psicologiamedica/textos/adolescencia.htm>, acessado em: 12/10/2015

²⁵ Apud GROppo, Luiz Antonio. *Juventude: ensaios sobre Sociologia e Historia das Juventudes Modernas*, Rio de Janeiro: Difel, 2000, p. 10.

“Sociologicamente, a adolescência é um período da vida de uma pessoa que se define quando a sociedade na qual ela funciona cessa de considerá-la... uma criança e não lhe atribui o “status” os desempenhos e funções de adulto (...). Acreditamos que o comportamento adolescente é um tipo de comportamento de transição que depende exclusivamente da sociedade e, mais ainda, da posição que o indivíduo ocupa dentro da estrutura social, e não dos fenômenos biopsicológicos relacionados a essa idade”.

Deste modo, o correto é que estes conceitos inter-relacionam-se, pois não devem ser abalizado em separado, de forma a se consolidar em um critério coerente e conexo com os vários aspectos a serem considerados no ser humano, da qual a complexidade é notória.

O fenômeno da redução ou propagação da adolescência, citado na referência acima transcrito, vem sendo objeto de investigação em várias áreas das ciências humanas, especificamente educação, sociologia, psicologia, dentre outras, da mesma maneira que organizações nacionais e internacionais.

Paradigma disso é a Organização Mundial da Saúde – OMS que, no momento atual, reconhece adolescentes jovens entre 10 (dez) e 20 (vinte) anos, na qual, pouco tempo atrás, considerava o período englobado entre 13 (treze) e 18 (dezoito) anos, evidenciando a redução no mínimo e a propagação no máximo da adolescência, que antes girava em torno da duração de 05 (cinco) anos e nos dias de hoje tem duração de 10 (dez) anos.

Tais pesquisas ponderam que boa parte dos jovens persistem em não amadurecer no tempo certo, em não assumir incumbências e responsabilidades que caracterizam a idade adulta, no mesmo momento em que outra parcela amadurece demasiadamente rápido, postergando as fases da vida. Os fatores para tal ocorrência vão desde a falta de emprego até a alternância de valores no mundo globalizado, o que denota a interferência da economia nesta seara.

Concomitantemente, aumenta a marginalização de jovens, o acréscimo do consumo de drogas, da violência, do consumismo e a fixação da cultura do prazer e do lazer, que desconsidera toda espécie de responsabilidade, capaz de designar a fase adulta.

Defronte ao exposto, não obstante exaustiva e inter-relacionadas noções de adolescência ofertadas pelas ciências biológicas, psicológicas e sociológicas, vê-se que esta fase intermediária da vida sobrevém especialmente entre os 10 (dez) e 20 (vinte) anos de idade, e, para alguns até aos 25 (vinte e cinco) anos de idade, em

virtude do fenômeno social já corroborado similarmente aqui no Brasil, intitulado prolongamento da adolescência.

3.2. Conceito jurídico de adolescência

Com fundamento nos conceitos formulados pela medicina, psicologia e sociologia, a ciência do direito procura estabelecer ou delimitar a infância e adolescência em normas jurídicas, visando à premência de disciplinar a prática de atos da vida social, empregando-se de um critério cronológico baseado nas aferições das outras ciências.

Em nível internacional, a Declaração sobre os Direitos das Crianças²⁶ reconhece criança a pessoa até 18 (dezoito) anos de idade, assim prescrito no seu Art. 1º: *“Para efeitos da presente Convenção, entende-se por criança todo o ser humano menor de 18 anos de idade, salvo se, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”*.

No plano interno, a Constituição Federal cita à criança e ao adolescente no Título VII - Da ordem social, Capítulo VII - Da família, da criança, do adolescente e do idoso. Aderindo esta ordem, a Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) dispõe em seu Art. 2º da seguinte forma: *“Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até 12 (doze) anos incompletos, e adolescente aquele entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade”*. Há pouco tempo, com a entrada em vigor do novo Código Civil a maioridade civil foi alterada de 21 (vinte e um) para 18 (dezoito) anos, encontrando-se atualmente igualada a maioridade penal.

Vê-se, neste caso, que a legislação do Brasil desfragmentou a fase da vida em duas, infância e juventude, adverso da legislação internacional, o que fez com muita peculiaridade, pois é vasta a disparidade entre as pessoas que se encontram nestas distintas fases da vida, seja pela feição física, pelo amadurecimento psíquico-intelectual ou pelo comportamento.

²⁶ Adotada pela Resolução 1.44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 20.11.1989 e ratificada pelo Brasil em 24.09.1990

4. INIMPUTABILIDADE PENAL

4.1. Constituição Federal e leis vigentes. Menoridade

A República Federativa do Brasil consiste em um Estado Democrático de Direito, e tem como fundamentos, entre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana²⁷.

No que tange às crianças e os adolescentes, a Constituição Federal é clara ao definir, em seu Art. 227, *caput*, que:

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

Nossa Carta Magna regulamenta a inimputabilidade penal, prevendo, em seu Art. 228, que “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

Em harmonia com o Promotor de Justiça da Infância e Juventude de Florianópolis, Gercino Gérson Gomes Neto²⁸, a condição pessoal de desenvolvimento físico-mental do menor de 18 (dezoito) anos é um abono à sua não-responsabilização penal, constituindo, ademais, Cláusula Pétrea:

“O artigo 228, nada mais é do que a garantia da não responsabilização criminal da pessoa menor de 18 anos, justamente em razão da sua condição pessoal de pessoa em desenvolvimento físico, mental, espiritual, emocional e social, sendo que, nada mais justo que esta garantia se aplique aos adolescentes.

Trançando um paralelo com a responsabilidade especial do adolescente e sua inimputabilidade, temos que quando a Constituição Federal, no *caput* do artigo 228 afirma que as pessoas menores de 18 anos são inimputáveis, ela garante a todas as pessoa menor de 18 anos que ela não responderá penalmente por seus atos contrários a lei, sendo assim, o referido artigo encerra uma garantia de não aplicação do direito penal, como por exemplo, as cláusulas de não aplicação de pena de morte ou prisão perpétua, são garantias de não aplicação do direito penal máximo, conseqüentemente, todas as cláusulas pétreas garantidas pelo artigo 60 da Constituição Federal.

Continuando, em relação à segunda parte do artigo 228, ao dizer que o adolescente, apesar de inimputável penalmente, responde na forma disposta na legislação especial, está contemplando além de uma garantia social de responsabilização de adolescente, um direito individual de que a responsabilização ocorrerá na forma de uma legislação especial.

²⁷ CF, Art. 1º, Inc. I a III.

²⁸ NETO, Gercino Gérson Gomes. *A inimputabilidade penal como cláusula pétrea*. Florianópolis: Ministério Público do Estado de Santa Catarina / Centro das Promotorias da Infância, 2000, p. 10-11.

Assim, estamos diante de uma responsabilização especial, não penal que é um direito individual do adolescente e, como tal consubstanciado em cláusula pétrea. Dito isto, só nos resta assegurar que este dispositivo constitucional também é cláusula pétrea, portanto insuscetível de reforma ou supressão”.

Originou-se um moderno sistema de gestão, apuração e solução dos conflitos na área da infância e juventude, respaldado, podendo-se enunciar, na responsabilização sócio-educativa dos jovens entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade, que venham a praticar uma conduta descrita como crime ou infração penal, mas sem os mesmos peculiaridades do Direito Penal, considerando-se que as medidas apropriadas têm incontestável caráter de proteção.

As leis penais passam a determinar um ponto de parâmetro para a apuração da conduta do adolescente, rompendo-se o arquétipo anterior, que oportuniza a obrigação de medidas, inclusive a de internação, com o caráter de “*medida de tratamento*”, sem que estivessem previstas na lei como crime ou contravenção, sem direito à defesa e sem arbitramento do lapso temporal de sua execução. Afastando-se, desta forma, o falido paradigma “*correcional-repressivo*”.

A partir de então, as medidas aplicadas ao adolescente perderam o caráter de tratamento, e passaram a integralizar um processo sócio-pedagógico, no qual o adolescente é submetido com o objetivo de educá-lo e reinseri-lo na família e comunidade.

O direito à proteção integral das crianças e dos adolescentes augurado, na Constituição Federal, e na legislação ordinária, passou a ser garantido, entre outras perspectivas, pela premência de pleno e formal conhecimento de ato infracional, da mesma forma na aplicação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica, bem como pela obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade conceito à condição peculiar do adolescente como uma pessoa em desenvolvimento, por ocasião disposição de qualquer medida que acarrete a privação da liberdade.

O Código Penal Brasileiro dispõe, em seu Art. 26, que:

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

Prontamente, o Art. 27 do próprio diploma legal também prevê que “Os maiores de 18 (dezoito) anos são inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.

Os critérios utilizados para verificar a higidez mental de uma pessoa e evidenciar a inimputabilidade são o biológico, psicológico e biopsicológico.

Da leitura dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais traslado, pode-se concluir que no Brasil foi adotado o critério puramente biológico. Nesse seguimento, valedouro os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci²⁹:

“Menoridade: trata-se da adoção, nesse contexto, do critério puramente biológico, isto é, a lei penal criou uma presunção absoluta de que o menor de 18 anos, em face do desenvolvimento mental incompleto, não tem condições de compreender o caráter ilícito do que faz ou capacidade de determinar-se com este entendimento”.

Segundo o mestre De Plácio e Silva³⁰, presunção:

“É o vocábulo empregado na terminologia jurídica para exprimir a dedução, a conclusão ou a conseqüência, que se tira de um fato conhecido, para se admitir como certa, verdadeira e provada a existência de um fato desconhecido ou duvidoso”.

Não obstante, quanto à presunção absoluta, instrui:

“Assim se diz da presunção jurídica que, por expressa determinação da lei, não admite prova em contrário nem impugnação. As presunções absolutas, assim, formando exceções, pois que se tornam estranhas idéias de prova, somente são admitidas quando expressamente consignadas em lei, onde se estabelece sua equivalência e força de regra jurídica, que não se sujeita a contestação. E assim, os fatos ou os atos que por elas se deduzem, são tidos como provados, consequentemente como verdadeiros, ainda que se tente demonstrar o contrário. Chamam-se presunções *juris et jure*, porque nenhuma prova as destrói, seja literal ou testemunhal, e mesmo a confissão”.

Conforme se verifica, é absoluta a presunção de que a pessoa com idade inferior a 18 (dezoito) anos não tem condições de captar o caráter ilícito do fato, em razão de não ter ainda obtido a maturidade intelectual e física que permita conceber que a sua conduta é criminosa.

Constituindo-se uma presunção legal absoluta, não depende de quaisquer prova, bem como não admite prova em contrário.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 265.

³⁰ SILVA, De Plácio e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 1215.

De acordo com o doutrinador Damásio Evangelista de Jesus³¹, ao indagar a menoridade penal, é claro ao lecionar:

“Os menores de 18 anos de idade são inimputáveis. Praticando um fato típico e ilícito, não respondem por crime por ausência de imputabilidade, que exclui a culpabilidade. O Código prevê presunção de inimputabilidade. Acatando o critério biológico, não é preciso que, em decorrência da menoridade, o menor seja ‘inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento’. A menoridade (fator biológico) já é suficiente para criar a inimputabilidade: o Código presume de forma absoluta que o menor de 18 anos ‘é inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato’ e de ‘determinar-se de acordo com esse entendimento’. A presunção não admite prova em contrário [...]”.

A legislação especial a que fazem alusão a Constituição Federal e o Código Penal Brasileiro é a Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente - que, em seu Art. 104, prevê:

“São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta lei”, devendo “ser considerada a idade do adolescente à época dos fatos”³².

Wilson Donizeti Liberati³³ ilustra que:

“Foram razões de política criminal ou de segurança jurídica que levaram o legislador a escolher o início da responsabilidade penal aos 18 anos. Esse posicionamento resulta mais de uma atitude política do que de postulados políticos, como lembrou NELSON HUNGRIA (1995)”.

O autor evidencia que se deve fazer uma definição entre inimputabilidade penal e impunidade, sendo a primeira uma causa excludente culpabilidade, ou seja, exclusão de responsabilidade penal, consistindo em uma absoluta responsabilidade penal ou diante do ato praticado, nos moldes do Art. 228 da Carta Magna qualificando a cargo de “*uma legislação especial*” as regras e os mecanismos que comportam a “*responsabilização*” para os autores de atos infracionais (menores de 18 anos), que não permanecerão “*impunes*”, mas serão submetidos aos procedimentos nela previstos. E, conclui:

“Inimputabilidade, no entanto, não implica em impunidade, uma vez que o Estatuto estabelece medidas de responsabilização compatíveis com a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento dos autores do ato infracional.

³¹ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*, 1 v. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 445

³² ECA, Art. 104, Parágrafo Único.

³³ LIBERATI, Wilson Donizete. *Adolescente e ato infracional*. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2002, p. 94-95.

[...]

Portanto, existe um procedimento especial, que aplica as medidas sócio-educativas de caráter sancionatório-punitivo, com finalidade pedagógico-educativo aos infratores considerados imputáveis, em virtude da menoridade. Aos adolescentes entre 12 a 18 anos não se pode imputar, pois, uma responsabilidade em frente à legislação penal comum. Contudo, pode-se-lhes atribuir responsabilidade com fundamento nas normas preconizadas pelo Estatuto, donde poderão responder pelos atos infracionais que praticarem, submetendo-se às medidas sócio-educativas previstas no art. 112.

[...]

Essa distinção é importante, para dirimir a suspeita ou a errada concepção que se faz de que o Estatuto pressupõe 'tratamento' aos infratores menores de 18 anos.

Como visto, a nova legislação – diversa do Código de Menores, que considerava o infrator como portador de uma patologia social, que deveria ser protegido e receber tratamento – estabelece o reconhecimento de direitos e deveres disciplinados pela lei, cuja a transgressão deve ser apurada e corrigida dentro dos parâmetros de sua especialidade, ou seja, respeitando a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Esse foi o grande saldo dado pelo Estatuto: a sustentação da garantia de direitos e deveres da população infanto-juvenil.

Identificado e apurado o ato infracional praticado por adolescente – correspondente aos atos ilícitos previstos na lei penal – e, depois de asseguradas todas as garantias do devido processo legal, a autoridade judiciária determinará o cumprimento de uma das medidas sócio-educativas”.

4.2. Maioridade Penal como Cláusula Pétrea na Constituição

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a questão da inimputabilidade penal passou a ser conteúdo constitucional, da mesma forma que todo o conjunto de direitos da criança e do adolescente e a prioridade no seu atendimento.

O legislador originário quis esclarecer os limites da idade penal, em sede constitucional, com tal aspecto como tratou de várias questões penais, conforme o Art. 5º da CF, ocasião em que trata dos direitos e garantias individuais. Desta forma, de plano, é preciso explicitar o entendimento segundo o qual o Art. 228 da CF é uma Cláusula Pétrea.

O constituinte reconheceu que os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição Federal, considerando, por conseguinte, ilegítima qualquer reforma constitucional inclinando a suprimi-los.

No que concerne aos direitos fundamentais, à amplitude do veto é inibir a proposta de Emenda Constitucional propenso a abolir os direitos e garantias individuais, tanto os previstos, expressamente, no Art. 5º da CF, como os previstos implicitamente no seu corpo, conforme o que preconiza o Art. 60, § 4º, Inc. IV da Carta Magna.

Os direitos fundamentais do cidadão não estão, todavia, limitados ao Art. 5º da CF, eis que o Parágrafo 2º desse referido dispositivo concebeu uma cláusula

aberta e, destarte, eles podem estar previstos em outras partes do texto constitucional ou mesmo situar-se em tratados internacionais.

Nessa conjuntura, o direito à infância é um direito social, genericamente previsto no Art. 6º da CF. É no Título VIII, que trata da Ordem Social, e no Capítulo VII, que trata “Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso”, que se especificam as garantias às crianças e aos adolescentes.

Trata-se de um conjunto de normas de natureza protetora. A Constituição Federal prescreveu que a criança e o adolescente é objeto de especial defesa da ordem jurídica, e para que ela se torne factual, várias previsões foram feitas, entre elas a do Art. 228 da CF, que dispõe que são inimputáveis os menores de 18 anos.

Em virtude da proteção à infância ser um direito social, pertence ao Estado executar de forma a garantir que às crianças e aos adolescentes sejam assegurados seus direitos, especificada nos Arts. 227, 228 e 229, todos da CF.

Tais direitos são peculiares e não podem ser objeto de emenda constitucional pendente a desprover sua proteção, em razão de se tratar de direitos fundamentais.

Diante do exposto, observa-se que os Arts. 227, 228 e 229 da Carta Magna são típicos direitos sociais, que, especifica o termo genérico de proteção à infância, previsto no Art. 6º da CF, razão pela qual não podem ser suprimidos.

A doutrina coaduna com essa concepção, isto é, percebe na previsão do Art. 228 da CF, uma nítida Cláusula Pétreia:

“A inimizabilidade assim declarada constitui uma das garantias fundamentais da pessoa humana, embora topograficamente não esteja incluída no respectivo Título (II) da Constituição que regula a matéria. Trata-se de um dos direitos individuais inerentes à relação do artigo 5º, caracterizando, assim, uma cláusula pétreia. Conseqüentemente, a garantia não pode ser objeto de emenda constitucional visando à sua abolição para reduzir a capacidade penal em limite inferior de idade – dezesseis anos, por exemplo, como se tem cogitado. A isso se opõe a regra do § 4º, IV, do art. 60 da CF”³⁴.

Neste seguimento, o Professor Wilson Donizete Liberati³⁵, assim se manifesta:

“já não são poucos aqueles que entendem que o enunciado do art. 228 constitui cláusula pétreia. Com acerto, o magistrado paulista, Luís Fernando Camargo de Barros Vital, comentando ‘A irresponsabilidade penal do adolescente’, na Revista Brasileira de Ciências Criminais – IBCCRIM (ano 5, n.º 18, abr./jun., 1997, p. 91), lembra que ‘neste terreno

³⁴ René Ariel Dotti, Curso de Direito Penal: parte geral, Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 413.

³⁵ Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 200, p. 73.

movediço em que falta a razão, só mesmo a natureza pétrea da cláusula constitucional (art. 228) que estabelece a idade penal, resiste ao assédio do conservadorismo penal. A inimputabilidade etária, muito embora tratada noutro capítulo que não aquele das garantias individuais, é sem dúvida um princípio que integra o arcabouço de proteção da pessoa humana do poder estatal projetado naquele, e assim deve ser considerado cláusula pétrea”.

Paradigmaticamente, o constitucionalista José Afonso da Silva³⁶, com a autoridade científica conhecida por todos, e peculiarmente com a expertise de ter atuado como consultor jurídico durante o procedimento da Assembleia Nacional Constituinte, também entende que a chamada *“inimputabilidade penal”* é *“uma das garantias fundamentais da pessoa humana, embora topograficamente não esteja incluída no respectivo Título (II) da Constituição que regula a matéria”*.

Diante do exposto, a definição do limite etário de responsabilização penal é uma garantia constitucional que interdita o Estado de sujeitar crianças e adolescentes ao regime penal comum e, por conseguinte, não pode ser suprimido ou ter o seu patamar alterado, encerrando verdadeira Cláusula Pétrea.

4.3. Critério Político-Criminal do limite etário de imputação Penal

O constituinte nacional historicamente optou por consolidar um limite etário para fins de imputação penal.

Por volta da década de 1940, o Brasil adota os 18 anos como limite etário que discrimina a responsabilização penal da estatutária. Concomitantemente, desde essa época até os dias atuais evoluíram do mesmo modo os fundamentos que trouxeram o legislador a estabelecer a maioria penal em tal patamar.

A maioria penal foi definida em 18 anos por uma predileção político-criminal, tanto no Código Penal de 1984 quanto na Constituição Federal de 1988, particularmente pelo fato dos diplomas internacionais que paulatinamente reconheceram direitos e garantias as crianças e adolescentes.

A determinação própria dos 18 anos se deve ao reconhecimento científico de uma etapa do desenvolvimento humano designado adolescência, que pode ser limitada entre os 12 e os 17 anos de idade e que, por suas particularidades e especificidade, exige uma atenção diferenciada.

Em contrapartida, a inconveniência de subordinar os adolescentes a um regime penal costumeiro, a responsabilização fundamentado no binômio

³⁶ Comentário Contextual à Constituição. São Paulo, Malheiros, 2005, pp. 860-1.

responsabilização-socialização, os princípios da dignidade da pessoa humana e da humanidade e o reconhecimento de que a política social deve pautar o atendimento ao adolescente influenciaram o legislador nessa escolha político-criminal.

A Constituição Federal e a legislação estatutária alicerçaram a inimputabilidade em 18 anos e resguardaram dois princípios que conduzem essa predileção:

- a) Princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento;
- b) Interesse superior do adolescente.

O princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento preserva a integralidade do ordenamento jurídico nacional, principalmente pela laboração da sua ampla adoção em nível internacional, pois já se fez assíduo na Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança de 1924, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e, a posteriori, na Declaração dos Direitos da Criança de 1959, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, no Pacto de São José da Costa Rica de 1969 e na Convenção sobre Direitos da Criança de 1989, todas anuindo que a criança e o adolescente precisam de proteção legal pertinente.

A legislação nacional em vigor, no caso o ECA, prevê expressamente no Art. 6º, que este princípio está secundariamente prenunciado em outros dispositivos legais e regerá toda a hermenêutica do Estatuto, ratificando, demasiadamente, o momento especial em que se encontra o adolescente, o que lhe assegura tratamento condizente com esta faixa etária.

Essa conjuntura, evidenciada pelo adolescente, intervém *“um sistema diferenciado de atendimento deste segmento da população”*⁸⁷, o qual foi consubstanciado na legislação a ser executada àquele que pratica ato infracional.

Outra particularidade dessa condição de desenvolvimento é a vulnerabilidade a que estão sujeitos os adolescentes, em particularmente os que cometem atos infracionais, o que propõe *“um regime especial de salvaguardas, que lhes permitam construir suas potencialidades humanas em sua plenitude”*⁸⁸.

³⁷ João Batista da Costa Saraiva. Desconstruindo o Mito da Impunidade: um ensaio de Direito (Penal) Juvenil. Brasília: Saraiva, 2002, p. 21.

³⁸ Martha de Toledo Machado. A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos Barueri: Manole, 2003, p. 109. A autora ainda explica que: “a meu ver, crianças e

Toda essa apuração, sobretudo o fato de sua personalidade ainda estar em desenvolvimento, acarreta afirmar que o tratamento particular a ser conferido aos adolescentes está respaldado na probabilidade de alternância do futuro daquele que já praticou um ato infracional. Há assim, uma “*aposta social na enorme capacidade de autotransformação que é própria do ser humano em fase de desenvolvimento*”³⁹.

Relaciona-se a isso a conveniência superior do adolescente, outro princípio a gerir toda a legislação estatutária, em consonância com o Art. 2º da Declaração dos Direitos da Criança e Art. 3º da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que acarreta na legalização de que eles possuem direitos *sui generis*, além daqueles que já estão previstos para todos os cidadãos.

Isto posto, não basta ratificar os direitos básicos aos quais toda a população brasileira faz jus, mas salvaguardar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade, e, no âmbito infracional, sustentar uma sistemática especializada, apta não somente a consubstanciar a abordagem diferenciada, mas também a atingir os objetivos aos quais o ordenamento jurídico se preconiza.

Em particular no contexto latino-americano dentro do qual o Brasil se insere, concerne deixar mais claro ainda à importância da matéria e as razões jurídicas dos pontos de vista aqui assumidos quanto à impossibilidade de rebaixar à idade penal, afetando além dos adultos, assim como adolescentes entre 16 e 18 anos não completos.

De fato, na América Latina, esse moderno espírito iniciou a instigar as legislações apenas na década de 80, acima de tudo a partir da normatização de regras internacionais, tais como as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing – 1985), a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989), as Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privativos de Liberdade (Regras de Riad – 1990) e as

adolescentes merecem, e receberam, do ordenamento brasileiro esse tratamento mais abrangente e efetivo porque, à sua condição de seres diversos adultos, soma-se a maior vulnerabilidade deles em relação aos seres humanos adultos. É esta vulnerabilidade que é a noção distintiva fundamental, sob a ótica do estabelecimento de um sistema especial de proteção, eis que, distingue crianças e adolescentes de outros grupos de seres humanos simplesmente diversos da noção do *homo medius*”.
Idem, p. 119.

³⁹ Martha de Toledo Machado. Sistema Especial de Proteção da Liberdade do Adolescente na Constituição Brasileira de 1988 e no Estado da Criança e do Adolescente. Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006, p. 109.

Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad – 1990)⁴⁰.

Seja dito de passagem, a Convenção sobre os Direitos da Criança inovou ao possibilitar alforriar os textos das normativas internacionais anteriores, de cunho puramente declaratório e já estabeleceram importantes premissas em seu preâmbulo:

“(i) Recordando que, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Organização das Nações Unidas proclamou que a infância tem direito a uma ajuda e assistência especiais;
 (ii) Tendo presente que a necessidade de garantir uma proteção especial à criança foi enunciada pela Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança (5) e pela Declaração dos Direitos da Criança adoptada pelas Nações Unidas em 1959 (2), e foi reconhecida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, pelo Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (nomeadamente nos artigos 23.o e 24.o) quatro, pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (nomeadamente o artigo 10.o) e pelos estatutos e instrumentos pertinentes das agências especializadas e organizações internacionais que se dedicam ao bem-estar da criança;
 (iii) Tendo presente que, como indicado na Declaração dos Direitos da Criança, adoptada em 20 de novembro de 1959 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, ‘a criança, por motivo da sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de uma proteção e cuidados especiais, nomeadamente de proteção jurídica adequada, tanto antes como depois do nascimento”.

Essas premissas culminam no Art. 1º, que determina criança como aquele ser humano menor de 18 anos:

“Artigo 1

Nos termos da presente Convenção, criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”.

A retificação, na parte final do Art. 1º, se alude sem pormenorizar a maioridade, não sendo, em nenhum momento, transparecendo quanto à maioridade penal. Se esmiuçar o conjunto da convenção, em especial os Arts. 3º e 37, estará claro que o Art. 1º não se refere à maioridade penal:

“Artigo 3

Todas as decisões relativas a criança. Adoptadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança”.

“Artigo 37

Os Estados Parte garantem que:

⁴⁰ Mais recentemente e também no sentido de assegurar todos esses direitos pode-se evocar a Declaração do Panamá, de 18 de dezembro de 2000, e a Declaração de Quebec, de 22 de abril de 2001.

Nenhuma criança será submetida à tortura ou a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. A pena de morte e a prisão perpétua sem possibilidade de libertação não serão impostas por infracções cometidas por pessoas com menos de 18 anos;

Nenhuma criança será privada de liberdade de forma ilegal ou arbitrária: a captura, detenção ou prisão de uma criança devem ser conforme à lei, serão utilizadas unicamente como medida de último recurso e terão a duração mais breve possível;

A criança privada de liberdade deve ser tratada com a humanidade e o respeito devidos à dignidade da pessoa humana e de forma consentânea com as necessidades das pessoas da sua idade. Nomeadamente, a criança privada de liberdade deve ser separada dos adultos, a menos que, no superior interesse da criança, tal não pareça aconselhável, e tem o direito de manter contacto com a sua família através de correspondência e visitas, salvo em circunstâncias excepcionais”.

Destarte, se todas as decisões, em particular as judiciais, devem nortear o interesse superior da criança. Se a captura, detenção ou prisão devem ser utilizadas como medida de *“ultima ratio”* e deverá ter duração o mais breve possível. Se a criança privada de liberdade deve ser separada dos adultos, fica evidente que toda a principiologia da Convenção sobre os Direitos da Criança ampara a redução da maioridade penal pretendida, pois se efetivada contrariará diploma internacional ratificado pelo Brasil.

Em sentido congênere caminham as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça, da Infância e da Juventude (Regras de Beijing), ao tratar da questão da responsabilidade penal:

“4. Responsabilidade penal

4.1 Nos sistemas jurídicos que reconheçam o conceito de responsabilidade penal para jovens, seu começo não deverá ficar-se numa idade demasiado precoce, levando-se em conta as circunstâncias que acompanham a maturidade emocional, mental e intelectual”.

Fora concebido, de modo consequente, e com vasta argumentação no âmbito internacional, princípios que constituem uma sistemática especial a ser justaposta aos adolescentes, mas, da mesma forma, a opção de não submetê-los ao ambiente degradante de um sistema penitenciário que, a despeito da vedação constitucional, ocasiona tratamento cruel e degradante àquele que nele permanece.

Sabe-se que o ambiente carcerário é criminógeno, e tal reconhecimento tem feito com que a doutrina penal, cabível aos adultos, tenha se empenhado em encontrar soluções alternadas à pena privativa de liberdade, que acarretem mínimos efeitos nocivos. E se na hipótese de adolescentes? Fica a indagação.

É de fato indecoroso que os adolescentes, que se encontra em fase de formação da personalidade, sejam avassalados a um ambiente tão infame como o das penitenciárias. O sistema penitenciário brasileiro não cumpre ideologia

ressocializadores do Art. 1º da Lei de Execuções Penais, não suplanta os anseios e os objetivos pelos quais foi criado, apresentando-se desumano, brutalizador e absolutamente ineficaz⁴¹. O êxito da prisão tem sido, há muito tempo, contraditado, e além de não minimizar a criminalidade ainda age como verdadeiro impulso para a reincidência.

Do mesmo modo, nesse ínterim, eloquente se faz necessário ressaltar que enquanto estima-se que os índices de reincidência no sistema penal permeiem em torno de 70%, no âmbito juvenil esse número não passaria de 54%⁴². Ante tal fato, cabe apreciar se a melhor solução para o crescente encarceramento em massa da população brasileira seria, deveras, colocar mais sujeitos em cárcere⁴³.

É incontroverso que o sistema penitenciário brasileiro é um ambiente que não regenera, nem reabilita, nem transforma ninguém, tampouco reintegra à sociedade, ou melhor, não socializa, ao contrário, exclui, não educa a não ser no que se refere à “*escola do crime*” e não oferece oportunidade de uma vida pós-prisão.

Em virtude desse abominável estado de coisas, o legislador e o constituinte, pensando no pósterio do adolescente, em um indivíduo que possui toda a vida pela frente, optaram por protegê-lo de tal ambiente, a fim de que a delinquência não seja uma seleção de vida, resguardando-se, deste modo, que siga uma “*carreira criminosa*”. Por conseguinte, não seria coerente sob nenhum ponto de vista encaminhar jovens a um sistema manifestamente em divergência com os ideais ressocializadores.

Se o propósito é atingir, com magnificência, a eficácia do sistema e, conseqüentemente, apartar os adolescentes da criminalidade, evitando que perpetrem atos infracionais ou reincidam, é indispensável frustrar que convivam com

⁴¹ A prisão, nos termos do que preconizava Evandro Lins e Silva, “perverte, corrompe, deforma, avilta, embrutece, é uma fábrica de reincidência, é uma universidade as avessas, onde se diploma o profissional do crime. Se não pudermos eliminar de uma vez, só podemos conservá-la para os casos em que ela é indispensável”. Cf. De Beccaria a Filippo Gramática. Sistema Penal para o Terceiro Milênio: atos do colóquio Marc Ancel. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 33. Veja que a prisão não é uma medida adequada nem para os adultos, razão pela qual tanto se requer a adoção, cada vez ampla, de formas alternativas de penas. O que se dirá, então, da sujeição dos adolescentes a esse ambiente?

⁴² Conforme dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça em “Panorama Nacional: a execução das medidas socioeducativas de internação (2012).

⁴³ Conforme dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça em “Novos Diagnósticos de Pessoas Presas no Brasil” (2014), a população carcerária brasileira já passa da monta de 711.463 presos, atrás, em números, tão apenas de Estado Unidos e China, países com políticas criminais ainda mais agressivas, e cerceadoras de liberdades individuais dos cidadãos.

adultos muitas vezes versados no crime, eis que a personalidade em formação é indubitavelmente “*corrompida*”. Inadmissível conceber a socialização dos adolescentes proporcionando a sua convivência com criminosos adultos, exigindo, conseqüentemente, o afastamento deles da chamada “*cultura do cárcere*”.

Uma eventual modificação no limite etário iria apenas dilatar o contingente populacional carcerária e com isso superlotar ainda mais os presídios, sem que com tais medidas efetivamente houvesse transformações nas reais raízes do dilema. O que se verificaria, na realidade, seria apenas a sua substituição.

Diante do exposto, há de se repugnar todas as propostas legislativas que visem à redução da maioria penal, principalmente pelo fato de não se oporem ou mesmo desautorizam os seus proventos político-criminais.

Diversamente, sugerem uma conjuntura ruptura na política do Estado brasileiro de estímulos às futuras gerações e, essencialmente no âmbito de política-criminal, não de apoiando aos adolescentes, nada obstante, uma pura e simplesmente punição. Como se um dos males da atual ordenação do direito penal brasileiro e internacional não fosse seu sabido expoente, que anda de mãos dadas com sua ineficiência.

As considerações daqueles que propugnam pela redução da idade penal são significativamente três itens:

- a) O crescimento da criminalidade juvenil nos últimos anos, tornando-se comum a prática de crimes graves por menores de 18 anos;
- b) O discernimento do adolescente, tendo em vista o desenvolvimento da sociedade e, principalmente, dos meios de comunicação, o que possibilita o acesso cada vez maior a um número infinito de informação, acelerando a maturidade;
- c) A circunstância de o adolescente de 16 anos poderem votar, sendo-lhe conferido direito pleno para o exercício da cidadania política.

Em referência ao elevado índice de criminalidade juvenil, tem-se a expressar que as informações que se apresentam, particularmente por meio da mídia, instigam a sociedade a crer que deveras os adolescentes são os profundos responsáveis pela criminalidade hoje instaurada no país. Tem-se o sentimento de que há uma quantia proeminente de adolescentes infratores. Nada obstante, os atos infracionais

praticados por adolescentes não assistem a 10% do total dos crimes praticados no Brasil, do qual, desse total, apenas 10% equiparam-se a crimes contra a vida e a grande maioria, aproximadamente 75%, são contra o patrimônio, sendo que, 50% são furtos⁴⁴, o que sugere, importante salientar, um patamar já irrisório comparado aos crimes cometidos.

Em contra partida, ao determinar o limite de idade para que haja responsabilização na esfera penal, não se projetou debater se havia ou não capacidade de percepção em relação à ilicitude do fato por parte do jovem menor de 18 (dezoito) anos. Trata-se de critério exclusivamente biológico em que se pretende, para tal faixa etária, viabilizar uma resposta Estatal diversa do malfadado sistema penitenciário. Nada sugere que a idade de 18 (dezoito) anos seja um marco específico no advento da capacidade de compreensão do injusto e de autodeterminação.

Todavia, em contrapartida, um limite coerente de tolerância aconselhado pelo Seminário Europeu de Assistência Social das Nações Unidas, de 1949, em Paris, tanto que o limite de 18 (dezoito) anos é praticamente preceito internacional, estando optado pela maioria dos países, havendo outros, a exemplo da Espanha, Grécia, Itália, Japão e Países Baixos, no qual as medidas socioeducativas são executadas até os 21 (vinte e um) anos de idade⁴⁵.

Acrescente-se que na Inglaterra, país em que se possibilita a responsabilização a partir dos 10 (dez) anos de idade, medidas privativas de liberdade tão somente podem ser aplicadas a partir dos 15 (quinze) anos de idade, sendo que entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos há execução de penas, tal qual para os adultos, de forma atenuada⁴⁶.

O tema do discernimento é, por conseguinte, incidental quando se evidenciam a condição peculiar e o interesse proeminente do adolescente. A legislação, ao não levar em consideração esse tema, o fez de modo perspicaz, procurando precisamente um tratamento particularizado aos adolescentes, a fim de transformar a prática de um ato infracional em uma condição particular em suas vidas.

⁴⁴ Conforme estudos do Núcleo de Estudos da Violência (NEV) e do Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Preservação do Direito e o Tratamento do Delinquente (ILANUD).

⁴⁵ Nesse sentido aponta a "Tabela comparativa em diferentes países: idade de responsabilidade penal juvenil e de adultos", do Centro de Apoio Operacional dos Promotores da Criança e do Adolescente do Ministério Público do Estado do Paraná.

⁴⁶ Idem.

No que tange à matéria do voto aos 16 (dezesesseis) anos, que é facultativo, foi somente uma forma de progressivamente proporcionar ao adolescente o exercício de atos de cidadania, com o propósito de que possam adquirir de forma consciente a exercer os seus direitos, essencialmente aqueles que serão impreterivelmente exercidos ao completar a maioridade civil. O fato de possuir ou não maturidade para exercer tal ato civil não atinge de forma correlatado o sistema de responsabilização juvenil, eis que, em conformidade com o exposto extensivamente, tal situação não serve de base para a fixação em limitar a maioridade penal.

Cabe salientar que, ao se considerar esse hipotético argumento, chegar-se-ia inclusive a um constrangimento. Primeiramente, em razão de o Constituinte determinar a opção de voto aos 16 (dezesesseis) anos como um direito facultativo, conforme disposto em seu Art. 14, § 1º, Inc. II, alínea “c” da CF, e, no Art. 228 do mesmo diploma legal, concebeu, da mesma forma como direito do adolescente, o de não se sujeitar às agruras do sistema penal.

Neste sentido, interpretar uma norma que dispõe uma faculdade, no caso exercício do voto, de feitio a amesquinhar outra, do mesmo modo constitucional, que determina uma garantia fundamental, é interpretação inconcebível e intolerável. Tal reflexão significaria que a mera faculdade, que é opcional ao adolescente, de se exercitar os atos de cidadania extirpa a garantia constitucional, o que é incoerente e contraditório.

Ainda, ao se considerar a questão da idade mínima para o exercício facultativo do voto, ter-se-ia de manifestar-se que a norma disposto no Art. 228 da CF jamais careceria ter sido prestigiada, uma vez que desde 1917, no vetusto Código Civil há anos revogado, já era permissível aos “relativamente incapazes” praticarem alguns atos da vida civil, conforme Art. 6º do CC. Desta forma, forçoso seria olhar para a questão com os olhos retrocedidos a 1917, e não para a plêiade de normas internas e internacionais, protetivas da criança e do adolescente, editadas, especialmente, na segunda metade do século passado.

Consequentemente, o Constituinte, com supedâneo científico, optou pela fixação do limite etário, que diferencia a responsabilização penal e a estatutária, em 18 (dezoito) anos, pois está pontualmente relacionada ao conceito de adolescência, de personalidade em formação, de instabilidade emocional, de autoafirmação na sociedade. Essa é uma veracidade incontestável, sendo a idade utilizada aqui para

discernir os fundamentos e os objetivos diversos de cada uma das sistemáticas penal e estatutária.

Em concordância com o que preconiza o ECA, a medida socioeducativa, que abarca um caráter aflagante e predominantemente socioeducativo, deverá levar em conta a capacidade do adolescente de cumpri-la, da mesma maneira que as circunstâncias e a gravidade da infração, conforme dispõe o Art. 112, § 1º do ECA. Não por outra razão que o Art. 112, *caput* do ECA, cita um extenso *rol* de medidas a serem aplicadas como resolução pela prática de ato infracional, designando as medidas mais gravosas aos atos cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa ou, mesmo que assim não tenha se dado, se dispuser reiteração em ato infracional grave, conforme disposto no Art. 122, Inc. I e II do ECA. Trata-se das medidas de internação e semiliberdade.

Complementa-se que, diversamente do que apregoam alguns, as medidas socioeducativas restritivas de liberdade, nada obstante de se depararem no seu limite em 03 (três) anos, conforme disposto no Art. 121, § 3º do ECA, costumam perdurar por mais tempo do que a medida penal aplicável aos adultos. Isso porque, tomando, a título de exemplo, o crime de roubo, em que a pena mínima aplicável ao adulto primário e de boas circunstâncias pessoais é de 04 (quatro) anos em regime aberto, a de um adolescente, em iguais condições, pela letra da lei, seria presumível impor desde o início a medida socioeducativa em meio fechado, em não havendo outra medida recomendável.

De igual sorte, um adulto que pratica homicídio simples e tiver circunstâncias positivas a lhe beneficiar, iniciará a pena em regime semiaberto, substituível pelo regime aberto após o cumprimento de um ano de pena naquele regime, já o adolescente, no que lhe diz respeito, é permitido desde logo a aplicação da internação por até 03 (três) anos ininterruptos, eventualmente substituível, após 03 (três) anos, por outra em meio aberto.

Denota-se que a redução da maioridade penal não reflete obrigatoriamente no quanto de pena que o adolescente cumprirá, mas o grau de aflagrante que lhe será imposto, na quantidade de dor e sofrimento que o Estado está disposto a inculcar em uma pessoa ainda em fase de desenvolvimento. Neste tocante, razão

assiste ao Conselho Nacional de Justiça: *“não se trata de punir menos, mas punir (responsabilizar) melhor”*⁴⁷.

4.4. Direitos fundamentais no Estatuto da Criança e do Adolescente

De acordo com o Doutrinador José Afonso da Silva⁴⁸, os direitos fundamentais do homem referem-se:

“a princípios que ressumem a concepção do mundo e informam a ideologia da política de cada ordenamento jurídico, e é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”.

Acrescenta o referido autor:

“No qualitativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. É com este conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição, que se completa, direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no art. 17”.

Os direitos fundamentais do homem referem-se *“a princípios que ressumem a concepção do mundo e informam a ideologia da política de cada ordenamento jurídico, e é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”*.

No ECA, os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana são reiterados no Art. 3º, acarretando-se *“dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”*⁴⁹.

⁴⁷ Assim, “Campanha Justiça Criminal” (2010) – <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/ressolucoespresidencia/651-noticias/videos-institucionais/20547-nao-e-punir-menos-e-punir-melhor>

⁴⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 178.

⁴⁹ ECA, Art. 4º.

Para que a garantia à prioridade possa, deveras, se efetivar, determina o ECA que ela compreenda⁵⁰:

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

A partir do Art. 7º, o ECA disciplina o modo pelo qual deve ser garantida a positivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, evidenciando-se:

- a) Direito à vida e à saúde: Arts. 7º a 17;
- b) Direito à liberdade, ao respeito e à dignidade: Arts. 15 a 18;
- c) Direito a convivência familiar e comunitária, entendida como família a natural (comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes) ou a substituta (cuja colocação será feita mediante guarda, tutela ou adoção): Arts. 19 a 52;
- d) Direitos à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer: Arts. 53 a 59;
- e) Direito à profissionalização e à proteção no trabalho: Arts. 60 a 69.

Deve-se também apontar que o ECA assegura do direito da criança e do adolescente *“à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”*⁵¹.

Em referência à liberdade⁵², ela compreende os seguintes efeitos:

- a) Ir, vir e estar nos logradouros públicos, salvo as restrições impostas pela lei;
- b) Opinião e expressão;
- c) Crença e culto religioso;
- d) Participar da vida familiar e comunitária, sem sofrer quaisquer discriminações;
- e) Participar da vida política do país, nos termos da lei;
- f) Buscar refúgio, auxílio e orientação.

De imediato o direito ao respeito *“consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”*⁵³.

⁵⁰ ECA, Art. 4º, Parágrafo-Único, Alíneas “a” a “d”.

⁵¹ ECA, Art. 15.

⁵² ECA, Art. 16, Inc. I a VII.

⁵³ ECA, Art. 17.

Todos tem a responsabilidade de zelar pela dignidade da criança e do adolescente, que não poderão receber nenhum tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Adotada a Doutrina da Proteção Integral, afastou-se a ideia de que a criança e o adolescente, que se encontram privados de seus direitos fundamentais e apresenta-se em situação de risco, fazem jus e reivindique a intervenção estatal para a sua institucionalização. Muito pelo contrário, como se verá, nestas hipóteses a intervenção do Poder Público ou das entidades não-governamentais conveniadas devem procurar os meios indispensáveis para suprir as carências manifestada, buscando a sublime integração da criança e do adolescente no meio familiar e comunitário.

Outro sim é pertinente compreender que a falta ou a carência de recursos materiais por parte dos pais não constitui fundamento para a suspensão ou perda do pátrio poder⁵⁴, devendo a criança ou o adolescente manter-se no seio da sua família de origem, a qual deverá ser obrigatoriamente incluída em programas oficiais de assistência⁵⁵.

4.5. Desafios que a realidade brasileira apresenta

A despreziosa adoção da Doutrina da Proteção Integral pelo Direito Pátrio não esclareceu nem esclarecerá as questões enfrentadas pelas crianças e pelos adolescentes no Brasil. Muito ainda precisa ser feito para a efetivação dos direitos e das garantias delineados pelas normas internacionais e nacionais. Como contempla a Doutrinadora Josiane Rose Petry Veronese⁵⁶ é preciso um ajuste que tenha *“como finalidade indicar alternativas que possam subsidiar a implementação de políticas públicas adequadas ao atendimento, em curto, médio e longo prazo, das demandas colocadas pelos jovens autores de atos infracionais, considerando: o respeito à condição de pessoa em desenvolvimento, a possibilidade de recuperação das competências ao convívio social e o resgate do exercício pleno de cidadania”*.

Irrelevante a elaboração de leis, se elas não vierem guarnecido das políticas públicas e dos recursos públicos e privados indispensável à sua implementação.

⁵⁴ ECA, Art. 23.

⁵⁵ ECA, Art. 23, Parágrafo-Único.

⁵⁶ VERONESE, Josiane Rose Petry; SOUZA, Marli Palma; MIOTO, Regina Célia Tamaso. *Infância e Adolescência, o conflito com a lei: algumas discussões*. Florianópolis: fundação Boiteux, 2001, p. 7.

Omisso tais medidas, o fracasso será descomunal, e representará a vitória daqueles que, de “*plantão*”, esperam o insucesso da concepção da política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente e o conjunto articulado das ações governamentais e não-governamentais, algumas já em efetivação.

Mesmo sendo mantenedor do antigo Código de Menores, as palavras do Mestre Paulo Lúcio Nogueira⁵⁷ constitui uma veracidade ainda incontestável, quando sustentava, em 1990, que “*não será, pois, com o novo Estatuto da Criança e do Adolescente, que muitos chamam de ‘carta de alforria’ do menor, que se irá resolver sua situação, se os governantes continuarem insensíveis e a comunidade indiferente à solução dos graves problemas nacionais, os quais não se restringem somente ao menor abandonado, mas também ao velho esquecido e à criminalidade sempre presente*”.

A realidade perversa até então perdura fazendo parte do dia-a-dia, como atesta a Doutrinadora Josiane Rose Petry Veronese⁵⁸:

“Como vítimas ou vitimizadores, os adolescentes em conflito com a lei penal configuram uma realidade perversa, quase sempre cercada de omissões de toda ordem e sobre há qual pouco conhecemos. Sabemos menos ainda, de forma competente, como estes menores de idade estão sendo atendidos a partir do momento em que praticam um ato infracional. Isso porque, se de um lado temos o Estatuto da Criança e do Adolescente que preconiza, através de medidas sócio-educativas, processos de atenção integral a estes seres em desenvolvimento, por outro, temos uma realidade prática muito distante daquilo que está prescrito na norma. Tal realidade revela o quanto o discurso jurídico está dissociado do mundo dos fatos concretos, o que favorece, a um numero significativo de adolescentes, a prática, ou reincidência, de novos atos infracionais, apesar da aplicação de ações sócioeducativas.

Essa análise nos leva a supor que tal aplicação tem sido realizada desarticuladamente, compondo um mapa diversificado de arranjos mais ou menos eficientes com base na discricionariedade dos operadores do Estatuto. As observações empíricas nos remetem à admissão da existência de práticas, no mais das vezes, conservadoras e policiaesca por parte de profissionais e programas que atendem os adolescentes, além de denúncias da ausência de recursos para as áreas técnicas e de pesquisa. Portanto, há urgência em conhecer a realidade da aplicação das medidas sócio-educativas, para que não se configure uma nova omissão em relação a estes adolescentes”.

Em estudo publicado no site da Associação Brasileira dos Juízes e Promotores da Infância e Juventude, após analisarem questões associado aos

⁵⁷ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990*. São Paulo: Saraiva, p. IX-X.

⁵⁸ VERONESE, Josiane Rose Petry; SOUZA, Marli Palma; MIOTO, Regina Célia Tamaso. *Infância e Adolescência, o conflito com a lei: algumas discussões*. Florianópolis: fundação Boiteux, 2001, p. 6.

direitos humanos e à infância e juventude, Dr. Délcio Antônio Agliardi e Dra. Ana Cristina Ferrareze Cirne⁵⁹, concluem:

“Diante do Contexto examinado, o que constata é que as previsões da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente ainda não foram integralmente aplicadas no nosso país, não obstante transcorridos mais de 10 (dez) anos da entrada e, vigor da Lei n.º 8.069/90.

Caso contrário, cenas que presenciamos diariamente nas ruas das nossas cidades, como crianças pedindo esmolas nas proximidades dos sinais de trânsito, adolescentes utilizando substâncias entorpecentes nas praças, mães com seus bebês no colo esperando por horas para um atendimento médico, dentre outras, seriam apenas tristes recordações do passado. Afinal, os artigos 3º e 4º da Lei n.º 8.069/90, além de outras previsões do mesmo diploma e da Carta Magna, não se coadunam com essas situações.

Em face dessa situação, para que possamos corrigir essas falhas, é decisivo que o ente público seja compelido a investir na área da infância e da Juventude. E essa ação somente ocorrerá por pressão da sociedade, a qual deve iniciar na escolha criteriosa dos governantes, e por intermédio de medidas fortes do Ministério Público e do Poder Judiciário.

[...]

Portanto, se desejamos que os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes sejam integralmente respeitados no nosso país, é fundamental uma reversão da forma de examinar essa questão, com uma firme e impositiva cobrança junto aos órgãos públicos responsáveis pela formulação das políticas de atendimento para que efetivamente atuem para suprir as carências que todos conhecem nessa área.

Caso contrário, continuaremos a possuir e a conviver com duas realidades diversas, uma vez que somente uma parcela das crianças e adolescentes tem seus direitos humanos assegurados, face à posição social que suas famílias ocupam. A outra, a seu turno, prosseguirá o seu caminho, no qual palavras como exclusão, fome, medo, doença, violência, drogas, prisão e morte são uma constante”.

O ECA foi fruto direto da redemocratização do Brasil, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da mobilização da sociedade civil, com o propósito de velar pela integridade física e moral das crianças e dos adolescentes.

A doutrina da proteção integral, na qual o ECA foi fundamentado, delibera que as crianças e os adolescentes sejam prioridade absoluta. Isso significa que, em qualquer decisão tomada, as crianças e os adolescentes têm de serem os primeiros a integrá-la. Políticas públicas, como investimentos em educação e saúde, em virtude disso, precisam ser pensadas e repensadas, fundamentalmente para esse público.

Não se pode deixar de lado que a aludida redemocratização da sociedade unicamente dar-se-á com uma melhor redistribuição de rendas, a expansão dos horizontes de cidadania e ênfase nas políticas básicas, com a efetivação de um legítimo desenvolvimento.

⁵⁹ AGLIARDI, Délcio Antônio; CIRNE, Ana Cristina Ferrareze. Direitos Humanos: Infância e Juventude. Porto Alegre, 2001. Disponível em: www.abmp.org.br/sites/delcio, acesso em 29/10/2015.

Do site do Fundo das Nações Unidas para a Infância – UNICEF – Brasil⁶⁰, se extraem as decorrentes preocupações quanto à aplicação das medidas sócio-educativas e a implementação do ECA no país:

“Os atos infracionais cometidos por adolescentes são um tema que preocupa toda a sociedade. Dos crimes e delitos registrados a cada ano no Brasil, 10% são cometidos por adolescentes, os outros, por adultos. Desses, mais de 70% praticam delitos contra o patrimônio. Muitas vezes os adolescentes são mais vítimas do que autores de violência. Entre adolescentes de 15 a 19 anos, 68% das mortes são provocadas por causas externas – acidentes de trânsito, homicídios e suicídios. O hiperdimensionamento do problema dos atos infracionais cometidos por adolescentes gera uma demanda na sociedade por medidas mais enérgicas. O que se observa, entretanto, é que a aplicação de medidas sócioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente é a solução que apresenta os melhores resultados.

[...]

Para garantir o equilíbrio do adolescente durante a aplicação das medidas sócioeducativas é importante que a família fique perto dele e que os vínculos afetivos não sejam rompidos. Para isso, são apoiados projetos que acompanham as famílias de adolescentes infratores e que as ajudam a lidar com essa situação, dando o apoio afetivo necessário para a recuperação.

Outro desafio é a reintegração na vida social, escolar e profissional do adolescente egresso de medidas sócioeducativas. O UNICEF apóia ONGs e governos no atendimento a adolescentes a partir de uma ação pedagógica baseada na melhoria da sua escolaridade, da sua profissionalização e do apoio para a organização de um projeto de vida. São promovidos projetos que permitam ao adolescente continuar seus estudos e se profissionalizar, mesmo privado de liberdade”.

No caso do Brasil, entende o Professor Emílio Garcia Mendéz⁶¹ que o ECA implementou uma solução conveniente e eficaz, que se adequou aos mais altos estandartes internacionais de estima aos direitos humanos, correspondendo o duplo e legítimo requisito de proporcionar, concomitantemente, a segurança coletiva da sociedade com consideração sistemática às garantias dos indivíduos sem distinção de idade.

Ao dissertar sobre prioridade absoluta para a infância e juventude, o Mestre Olympio de Sá Sotto Maior Neto⁶² faz considerações a respeito dos prognósticos do ordenamento jurídico e da sua longinquidade da vida concreta de nossas crianças e nossos adolescentes, afirmando que todas as forças progressistas da sociedade devem ser requisitadas *“no sentido do empenho pela materialização dos comandos legais, porquanto, como se sabe, a lei por si só não tem o condão de modificar a*

⁶⁰ Disponível em: <http://www.unicef.org/brasil>, acesso em 29/10/2015.

⁶¹ GARCIA MENDÉZ, Emílio. *Infancia: de los derechos y de la justiça*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 259.

⁶² NETO MAIOR, Olympio de Sá Sotto. *Poder Judiciário, Ministério Público e a Prioridade Absoluta para a Infância e Juventude*. Recife: Tese apresentada no Congresso Nacional do Ministério Público, 2001.

realidade social, mas sim o cumprimento das suas regras pelos governantes e o exercício dos direitos nela consagradas pela sociedade civil”, e sustenta:

“[...]

Daí, tratando-se da concretude das promessas jurídicas, comparece conveniente o raciocínio de que – além da escola, da família e de outros espaços adequados para o seu desenvolvimento – lugar de criança é nos orçamentos públicos, cumprindo-se com o princípio constitucional da prioridade absoluta em prol da infância e juventude e propiciando a consecução da política traçada pelos conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente. o acompanhamento pelos Magistrados e agentes do Ministério Público da elaboração das leis orçamentárias (desde o plano plurianual, passando pela lei de diretrizes orçamentárias até a lei orçamentária propriamente dita) e de sua execução, não se tenha dúvida, comparece indispensável para a melhoria – sob todos os aspectos – das condições de vida das nossas crianças e adolescentes [...]

[...]

Enfim, a atuação dos Magistrados e agentes do Ministério Público em dar concretude (vida e eficácia) ao princípio constitucional da prioridade absoluta para a área da infância e juventude importará efetivo cumprimento do dever institucional prioritário e possibilidade de que as promessas de cidadania contidas no ordenamento jurídico compareçam realidade nas suas vidas cotidianas, universalizando-se os direitos que parte da população infanto-juvenil já exercita. A certeza é de que, interagindo articuladamente com os seguintes organizados da sociedade civil e cumprindo prioritariamente a tarefa de promoção dos direitos das crianças e adolescentes, o Poder Judiciário e o Ministério Público estarão colaborando decisivamente para que a Nação brasileira venha a alcançar um dos seus objetivos fundamentais: o de instalar – digo eu, a partir das crianças e adolescentes – uma sociedade livre, justa e solidária”.

A revogação do Código de Menores e a inserção do ECA no ordenamento jurídico brasileiro não teve apenas a faculdade de alterar o semblante do modelo anterior, mas procurou, principalmente, o reordenamento institucional com a transformações nas práticas de atendimento, que até hoje não se consolidaram ao novo perfil estatutária, e permanecem em *“situação irregular”*.

5. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Nesse íterim, com base em todo o exposto, se tem o objetivo de consolidar o fundamento básico para manutenção da menoridade penal em 18 (dezoito) anos de idade, de modo a condensar os argumentos já apresentados e justificar o atual tratamento aos jovens em conflito com a lei, o que se fará sob o augúrio do Princípio da Igualdade, velho conhecido nosso e proclamado no Estado Democrático e social de Direito como mola mestra, sem esgotar os aspectos deste princípio, pois não é o objetivo principal deste ensaio.

O Princípio da Igualdade é um dos primordiais direitos individuais, quisto pela Revolução Francesa de 1789 e que equivale aos direitos de primeira geração ou dimensão dos direitos e garantias fundamentais.

Sendo um dos primeiros Direitos Fundamentais almejados pelos seres humanos acostumados a serem tratados com discriminação, privilégios, desrespeito, sofreu uma evolução de significados e atualmente vigora a máxima de Aristóteles de que *“pessoas desiguais são tratadas com desigualdade”*, no labor de atingir uma igualdade material, de fato, não alcançada com igualdade formal que existiu nos tempos do Estado Liberal.

Neste seguimento, o grande Doutrinador Hans Kelsen, representante da fase positivista do Direito, em *“o problema da Justiça: O princípio, plenamente formulado”*, diz: *“quando os indivíduos são iguais – mais rigorosamente: quando os indivíduos e as circunstâncias externas são iguais – devem ser tratados igualmente, quando os indivíduos e as circunstâncias externas são desiguais, devem ser tratados desigualmente”*⁶³.

Diante do exposto, fica evidenciado acima que os adolescentes são pessoas diferentes por se depararem numa fase de desenvolvimento tanto no aspecto biológico, psicológico e social, fase esta de transição da infância para a fase adulta, com vastas transformações, razão que torna a complexidade mais evidente.

Nestas circunstâncias não deve e nem pode o adolescente ter o mesmo tratamento dispensado aos adultos e aos idosos, que já estes se encontram numa fase mais avançada da vida, nem o mesmo tratamento dado as criança que estão em fase anterior, sob pena de se ferir o dogma constitucional da isonomia.

De fato, o que nossa legislação descreve, baseada nos estudos da criminologia moderna, da mesma maneira que outras legislações estrangeiras é dispensar responsabilização diferenciada para pessoas diferentes, de modo a cumprir o Princípio da Igualdade, que também é um direito fundamental individual.

⁶³ Apud GRAMSTRUP, Erik Frederico. O princípio da Igualdade. Disponível em <http://www.hottopos.com/videtur17/erik.htm>, Acesso em 12/11/2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao encerrar a presente pesquisa, é oportuno salientar que com o desenvolvimento técnico-jurídico deste importante tema, sob o título dos aspectos legais e bio-psico-sociais da inimputabilidade do adolescente, pretendeu-se levar a uma reflexão sobre a análise do crescente aumento da criminalidade associada à deficiência de nossos aparelhos de Segurança Pública sobre a discussão da menoridade penal, tendo em vista, o constante desenvolvimento tanto no aspecto biológico, psicológico e social, fase esta de transição da infância para a fase adulta.

Como visto, historicamente a inimputabilidade do menor infrator no Brasil foi evoluindo e os mesmos passaram a ter uma legislação própria com medidas sócio-educativas congruentes com sua faixa etária.

Nota-se que o ECA foi fruto direto da redemocratização do Brasil, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da mobilização da sociedade civil, com o objetivo de zelar pela integridade física e moral das crianças e dos adolescentes, possuindo medidas sócio-educativas suficientemente viáveis para serem aplicadas aos menores infratores.

Contudo, entende-se que com a elaboração do ECA, não vieram acompanhadas das Políticas Públicas e os recursos públicos e privados necessários à sua implementação.

Diante do exposto, deve-se inquirir se a política criminal e as Políticas Públicas estão obtendo soluções, indagando-se se os atos infracionais praticados por menor não demonstram a incapacidade dos mesmos em lidar com a ressocialização do jovem.

Não prestar o tratamento apropriado ao menor infrator e equipará-los na lei como um adulto é o mesmo que retroceder no tempo, em fatos que não obtiveram resultados satisfatórios, além de abolir princípios que conduzem essa predileção.

Indagar que o menor de 18 (dezoito) anos não é responsabilizado por seus atos é contrapor ao que está disposto no próprio ECA, uma vez que, o adolescente é penalizado, tanto que lhe é privado a sua liberdade.

O ECA não pode ser reputado como ocasionador da impunidade, visto que, é abalizado como uma legislação moderna, que contempla o devido processo legal e as garantias constitucionais.

O fato é que, falta para as medidas sócio-educativas, sejam cumpridas pela ação do Estado, bem como, o compromisso da família, da comunidade, da sociedade geral e do Poder Público, com plena prioridade, a consumação dos direitos referente ao adolescente, conforme o previsto no Art. 4º do ECA.

Defronte a diversos casos de criminalidade praticados por menores infratores, no entanto, o menor não pode ter seus direitos penais igualados ao adulto. Há de se refletir que a falta de uma estrutura familiar, saúde, alimentação, educação, esporte, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, liberdade e à convivência familiar e comunitária são indicadores para que se manifeste o desvio no menor.

Necessita-se de ação do governo, implementação de Políticas Públicas, é fundamental que o Estado possa munir-se para executar medidas sócio-educativas e ressocializar o menor infrator.

Diante de todo o exposto, conclui-se que é dever de todos precaver a ameaça ou a ocorrência de violação dos direitos da criança e do adolescente, zelando pelas mesmas, necessário se faz a implementação de planos de ação, diretrizes, da mesma forma, aplicar os direitos estabelecidos pela CF, uma vez que, de nada adianta reduzir a menoridade penal sem a criação de mecanismos que possam suprimir a questão pontualmente, ou seja, políticas públicas voltadas para a proteção do adolescente tais como expressas na CF, ECA e ratificadas pelo Brasil em tratados internacionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGLIARDI, Dêlcio Antônio; CIRNE, Ana Cristina Ferrareze. **Direitos Humanos: Infância e Juventude**. Porto Alegre, 2001. Disponível em: www.abmp.org.br/sites/delcio

Apud GRAMSTRUP, Erik Frederico. **O princípio da Igualdade**. Disponível em: <http://www.hottopos.com/videtur17/erik.htm>

Apud GROPPPO, Luiz Antonio. **Juventude: ensaios sobre Sociologia e Historia das Juventudes Modernas**, Rio de Janeiro: Difel, 2000.

Artigo. **Círculo Passional - Adolescência**. Disponível em: <http://www.decio.tenenbaum.com/psicologiamedica/textos/adolescencia.htm>

BRASIL. **Código Civil**. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988).

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**. disponível em: http://www.ciespi.org.br/base_legis/legislacao/COD11a.html

BRASIL. **Código Republicano de 1890**. disponível em: http://www.ciespi.org.br/base_legis/legislacao/COD19g.html

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990.

BRASIL. **Decreto n.º 17.943**, de 12 de dezembro de 1927.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 1.004**, de 12 de outubro de 1969.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 1.001**, de 21 de outubro de 1969.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848**, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. **Lei n.º 6.697**, de 10 de novembro de 1979.

BRASIL. **Lei n.º 7.209**, de 11 de julho de 1984.

BRASIL. **Lei n.º 8.069**, de 13 de julho de 1990.

BRASIL. **Lei n.º 8.242**, de 12 de outubro de 1991.

BRASIL. **Lei Estadual n.º 5.624**, de 9 de novembro de 1976.

BRASIL. **Lei Estadual 8.230**, de 15 de janeiro de 1991.

BRASIL. **Lei Municipal n.º 3.794**, de 2 de julho de 1992.

BRASIL. **Lei Municipal n.º 4.283**, de 29 de dezembro de 1993.

BRASIL. **Resolução n.º 46**, de 29 de outubro de 1996, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente.

COELHO, Bernardo Leôncio Moura. **A proteção à criança nas Constituições Brasileiras**. 3ª ed., Brasília: editora Revista dos Tribunais, 1998.

GARCIA MENDÉZ, Emílio. **Infancia: de los derechos y de la justiça**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

GAVIÑO, Vera Lúcia. **As medidas sócio-educativas no Estatuto da Criança e do Adolescente**. Guarulhos: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Guarulhos, vol. I.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**, 1 v. são Paulo: Saraiva, 1990.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Desconstruindo o Mito da Impunidade: um ensaio de Direito (Penal) Juvenil**. Brasília: Saraiva, 2002.

LIBERATO, Wilson Donizete. **Adolescente e ato infracional**. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2002.

MACHADO, Martha de Toledo. **A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos Barueri: Manole**, 2003.

MACHADO, Martha de Toledo. **Sistema Especial de Proteção da Liberdade do Adolescente na Constituição Brasileira de 1988 e no Estado da Criança e do Adolescente. Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. 2ª ed., atual. Campinas: Bookseller, 1997.

NETO, Gercino Gérson Gomes. **A inimputabilidade penal como cláusula pétrea**. Florianópolis: Ministério Público do Estado de Santa Catarina / Centro das Promotorias da Infância, 2000

NETO, Gercino Neto. **O Sistema de Garantias dos Direitos da Criança e o ECA, a Constituição da República e a Convenção sobre Direitos da Criança**. Conferência proferida no Seminário Interestadual de Educação. Florianópolis: Centro das Defensorias da Infância, 1998. Disponível em: www.mp.sc.gov.br.

NETO MAIOR, Olympio de Sá Sotto. **Poder Judiciário, Ministério Público e a Prioridade Absoluta para a Infância e Juventude**. Recife: Tese apresentada no Congresso Nacional do Ministério Público, 2001.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990**. São Paulo: Saraiva.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Presidência. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/sedh>

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**, Rio de Janeiro, Forense, 2001.

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

SILVA, De Plácio e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SIQUEIRA, Liborni, PEREIRA JÚNIOR, Jessé. **Notas interpretativas ao Código de Menores: Lei n.º 6.697 de 10.10.1979 / Associação Brasileira de Juizes de Menores**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

UNICEF. Disponível em: <http://www.unicef.org/brasil>

VERONESE, Josiane Rose Petry. **A convenção Internacional dos Direitos da Criança: tópicos para uma reflexão**. Cadernos de Direito da Criança e do Adolescente. Florianópolis: ABMP, 1997.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SOUZA, Marli Palma; MIOTO, Regina Célia Tamasso. **Infância e Adolescência, o conflito com a lei: algumas discussões**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.

VOLPI, Mario. **Adolescentes privados de liberdade: a normativa nacional e internacional e reflexões acerca da responsabilidade penal**. 2ª Ed., São Paulo: editora Cortez, 1998.