



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**BENÍCIO CORREIA DOS SANTOS JÚNIOR**

**A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO CONTEXTO  
SOCIAL E NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO**

Salvador  
2012

**BENÍCIO CORREIA DOS SANTOS JÚNIOR**

**A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO CONTEXTO  
SOCIAL E NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO**

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

Orientador: Prof. Roberto de Almeida Borges  
Gomes

Salvador  
2012

## TERMO DE APROVAÇÃO

**BENÍCIO CORREIA DOS SANTOS JÚNIOR**

### **A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO CONTEXTO SOCIAL E NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO**

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

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / 2012

## RESUMO

A redução da maioridade penal é sustentada perante a necessidade de reduzir o alto índice de criminalidade juvenil no Estado brasileiro, que tanto aflige a sociedade. Aliado a isso, defende-se que o legislador infraconstitucional reconheceu a capacidade de responsabilidade criminal, em razão do jovem maior de dezesseis anos poder mediante o voto escolher os seus representantes políticos. Entretanto, é cediço que o reconhecimento ao direito de voto não atesta a maturidade do jovem, uma vez que este direito tem cunho político no sentido de ampliar o número de pessoas hábeis a serem manipuladas devida a sua condição de vulnerabilidade. Diante disso, percebe-se que a redução de maioridade é imprópria sob os moldes do ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que essa iniciativa se revela inconstitucional, pois, o art. 228 da CF/88 é considerado cláusula pétrea, sendo albergado pelo art. 60 § 4º, IV da CF, haja vista que existe uma gama de princípios constitucionais do Direito Penal comum e do Direito Penal Juvenil, que exercem essa defesa contra a redução da menoridade, tais como: o princípio da prioridade absoluta, da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, do melhor interesse do adolescente, da culpabilidade, etc. Logo a tese referente a redução da maioridade sob os fundamentos da política criminal da lei e ordem não são razoáveis, tendo em vista que violam uma série de bens jurídicos do menor, visto que essa tese criminológica na verdade busca legitimar o sistema econômico defendido pelo neoliberalismo

**Palavras-chave:** maioridade penal, direito juvenil, estatuto da criança e do adolescente, constitucionalidade.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CF/88	Constituição Federal da República
CF	Constituição Federal da República
CP	Código Penal
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
des.	desembargador
c/c	combinado com

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	8
<b>2 ESCORÇO HISTÓRICO DA MAIORIDADE PENAL</b>	11
2.1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA MAIORIDADE NO MUNDO	11
<b>2.1.2 A maioria no direito estrangeiro</b>	13
2.1.2.1 Espanha	13
2.1.2.2 Itália	15
2.1.2.3 França	15
2.1.2.4 Inglaterra	16
2.1.2.5 Alemanha	17
2.1.2.6 China	19
2.2 PROCESSO HISTÓRICO DE FORMAÇÃO DO DIREITO PENAL JUVENIL	20
<b>2.2.1 Etapa penal indiferenciada</b>	20
<b>2.2.2 Etapa tutelar</b>	22
<b>2.2.3 Etapa garantista</b>	26
<b>3 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL</b>	28
3.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL COMUM	28
<b>3.1.1 Princípio da legalidade</b>	29
<b>3.1.2 Princípio da intervenção mínima</b>	29
<b>3.1.3 Princípio da culpabilidade</b>	30
<b>3.1.4 Princípio da humanidade</b>	31
<b>3.1.5 Princípio da lesividade</b>	32
3.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL JUVENIL BRASILEIRO	32
<b>3.2.1 Princípio da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento</b>	33
<b>3.2.2 Princípio do melhor interesse do adolescente</b>	34
<b>3.2.3 Princípio da municipalização</b>	35
<b>3.2.4 Princípio da prioridade absoluta</b>	35
<b>4 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E SUAS MODALIDADES</b>	37
4.1 MEDIDAS PROTETIVAS	37
4.2 MODALIDADES DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS	39
<b>4.2.1 Advertência</b>	40

<b>4.2.2 Obrigação de reparar danos</b>	40
<b>4.2.3 Prestação de serviço à comunidade</b>	41
<b>4.2.4 Liberdade assistida</b>	42
<b>4.2.5 Semiliberdade</b>	44
<b>4.2.6 Internação</b>	46
<b>4.3 SOLUÇÕES EMPREGADAS PARA DIMINUIR A CRIMINALIDADE JUVENIL</b>	47
<b>4.4. CRITÉRIOS DE IMPUTABILIDADE</b>	48
<b>5 A DIALÉTICA EXISTENTE ENTRE A REDUÇÃO DA MAIORIDADE E A MANUTENÇÃO</b>	51
<b>5.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL</b>	51
<b>5.2. POSICIONAMENTO INTERMEDIÁRIO ACERCA DA MAIORIDADE</b>	55
<b>5.3 ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS À REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL</b>	58
<b>6 CONCLUSÃO</b>	83
<b>REFERÊNCIAS</b>	86

## 1 INTRODUÇÃO

O elevado índice de violência e criminalidade que tanto macula as principais cidades do país tem tornado a convivência entre as pessoas uma martírio, de modo que as pessoas não se relacionam mais como antigamente, eis que as relações interpessoais gozavam de uma presunção de boa fé e confiança, por meio da qual as pessoas viviam com as demais, tranquilamente, tendo em vista que os crimes aconteciam esporadicamente sendo algo atípico quando comparado com os dias atuais.

Entretanto, na atualidade este panorama social tem mudado, visto que, na hodiernidade prevalece o sentimento de insegurança, que tem tomado conta da sociedade, visto que dentre os motivos desta insegurança identifica-se a violência juvenil como um dos fatores que tanto assola a população e impulsiona cada vez mais o distanciamento das pessoas nas relações interpessoais, tendo em vista que insegurança tem causado um grande temor na população.

Diante desse cenário de violência, muitos problemas são discutidos, dentre eles a discussão existente acerca da redução da maioria penal, cujo tema é bastante polêmico e tem ensejado grandes discussões ao longo dos tempos.

Essa temática, em verdade se revela bastante delicada, pelo fato dela se propor a tratar da criminalidade e violência juvenil que tanto assusta a nação brasileira.

No presente trabalho será apresentado e desenvolvido as discussões que trataram da redução da maioria penal, analisando os fatores sociais políticos e econômicos que muito influenciaram na abordagem do tema do respectivo trabalho, abordando-se também fatores históricos, principiológicos, legislativos e constitucionais.

Nesse sentido, foi possível identificar os mais variados posicionamentos acerca desta temática. No primeiro capítulo foi retratado o esboço histórico referente a aplicação de penas aos menores desde a antiguidade aos dias atuais.

No capítulo ora referido também foi demonstrando uma análise histórica acerca da maioria penal no Brasil e no mundo, no qual o referido capítulo também tratará do processo de formação histórica dos direitos e garantias fundamentais dos

menores conquistados ao longo dessa trajetória histórica no Brasil. Nesse processo histórico foram vislumbrados do período imperial aos dias atuais, retratando de forma subdividida ao longo da história a etapa indiferenciada, tutelar e garantista, no qual foi abordado as peculiaridades de cada marco histórico.

No terceiro capítulo, foram expostos os princípios do Direito Penal comum e sua influência na proteção dos direitos penais juvenis, no qual foi abordado os princípios da legalidade, intervenção mínima, culpabilidade, humanidade, lesividade e adequação social.

Neste contexto, também foi disciplinado os princípios específicos do Direito Penal Juvenil e a forma como eles são manejados na tutela dos direitos da criança e do adolescente, a fim de garantir o pleno desenvolvimento do jovem. Perante este cenário específico dos direitos juvenis serão apresentados os princípios da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, o princípio do melhor interesse do adolescente, da municipalização e o da prioridade absoluta.

No quarto capítulo será abordado algumas espécies de medidas protetivas e sua capacidade de ressocializar a criança e o adolescente. Neste panorama, objetiva-se conceituar o ato infracional e as modalidades de medida socioeducativa numa perspectiva crítica. Nesse mesmo capítulo serão retratados os mecanismos alternativos hábeis a minimizar a criminalidade juvenil no Brasil em face de experiências nacionais e internacionais. Ademais, pontuar-se-ão também os critérios de aferição da imputabilidade utilizado pelos países, cujo critério é subdividido em biológico, psicológico e biopsicológico.

Já no último capítulo serão suscitados os argumentos favoráveis e contrários em face da redução da maioridade, no qual serão travados grandes embates acerca da proposta da redução da maioridade penal. Neste contexto, também será tratado as discussões em torno da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da redução da maioridade penal.

Desse modo, questiona-se até onde pode ser admitida a ingerência estatal na temática referente a maioridade penal, uma vez que essa intervenção se propõe a tolher os bens jurídicos mais valiosos que integram a dignidade da pessoa humana de pessoas que, inclusive se encontram em flagrante posição de vulnerabilidade.

Destarte, a intervenção estatal, neste caso, deve-se dar de modo que haja uma menor lesão possível aos bens jurídicos que integram a órbita jurídica do indivíduo, para assim evitar danos desnecessários aos jovens. Afinal, o Direito Penal somente deve se manifestar como a *última ratio*.

Diante dessa discussão acerca da redução da maioridade penal será feita uma análise em relação a essa questão em diversos outros países, permitindo que observe-se os diferentes tratamentos jurídicos dispensados à matéria.

Perante este ambiente de discussões acerca da maioridade penal, também será suscitado se a implementação da redução da menoridade penal é compatível com os ditames constitucionais, uma vez que existem doutrinadores que não enxergam óbices constitucionais para tanto. Por outro lado, haverá aqueles que sustentam que tal medida seria incompatível com as normas constitucionais, bem como violaria cláusulas pétreas.

## 2 ESCORÇO HISTÓRICO DA MAIORIDADE PENAL

A compreensão do escorço histórico, que será retratado nos tópicos a seguir, possui uma abordagem de extrema importância para entender as peculiaridades das legislações e Constituições que tratavam dos jovens ao longo dos tempos. Neste panorama, será possível conhecer a história das normas juvenis, no que tange a forma com que se regulamentavam as condutas dos menores em todo o processo histórico de formação de direitos e garantias no Brasil e nos países estrangeiros, para, assim, compararmos com o sistema de legislação brasileira.

Diante disso, será possível identificar os erros e acertos cometidos pelas normas brasileiras e estrangeiras ao se reportar ao jovem de forma heterônoma e legítima. Afinal, perante essa comparação será possível verificar as falhas existentes em uma legislação e de que forma essas falhas podem ser consertadas observando-se outras legislações que não incidiram no mesmo erro. Daí a importância de assimilar o apanhado histórico das leis que vigoraram no Brasil ou nos países estrangeiros.

### 2.1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA MAIORIDADE NO MUNDO

Desde os tempos mais remotos, os jovens têm recebido um tratamento jurídico específico no que tange a sua conduta, haja vista que desde o Código de Hamurabi, 2000 A.C, existiam regulamentações atinentes a menores que infringiam a lei, tendo, portanto, como consequências penas corporais. Isso podia ser visto, por exemplo, nos arts. 192 e 193 do referido código, que diz respectivamente que: se um filho adotivo de um funcionário do palácio se reportasse ao seu pai que o cria afirmando: tu não és meu pai, o mesmo teria sua língua cortada. O outro artigo prevê que: caso filho adotivo tenha descoberto a casa do seu pai biológico e despreze o pai que ti criou e resolva morar com seu pai biológico, dele será arrancado os olhos (MINAHIM, 1992, p. 18).

Segundo a autora, no velho testamento é possível identificar diversas práticas cruéis adotadas contra os jovens, conforme prevê em Êxodos, 21:15 e 21:17 e no Deuteronômio 21:18 a 21:21:

Exo. 21:15 Quem bater em seu pai ou mãe, seja condenado a morte;  
Exo. 21:17 Quem amaldiçoar seu pai ou mãe seja condenado a morte;  
Deut. 21:18 Se alguém tiver um filho recalcitrante e rebelde, que não ouve a voz do pai, nem da mãe, o qual, embora procurem corrigi-lo, não dá ouvidos;  
Deut. 21:19 Seu pai e sua mãe tomarão e os levarão aos anciãos da sua cidade, à porta do lugar;  
Deut. 21: 20 e dirão aos anciãos da sua cidade: - Este nosso filho é recalcitrante e rebelde; não dá ouvidos à nossa voz, é um desenfreado e beberrão;  
Deut. 21:21 Então toda gente da cidade o apedrejará, a fim de que morra; e assim exterminarás o mal do teu meio, e toda Israel, ao saber disso, temerá.

Nos fragmentos da lei das XII Tábuas é demonstrado o tratamento díspare dado ao delinquente adulto e ao delinquente impúbere através da atenuação da sanção penal, onde os textos supracitados se referem ao *furtum manifestum* que representa a devastação de colheitas alheias. Neste caso, o adulto deveria ser fustigado e entregue como escravo à vítima, porém, se o ladrão não tivesse atingido a puberdade, o mesmo seria fustigado com varas a critério do pretor e indenizaria o dano (MINAHIM, 1992).

Além disso, observou-se durante a Idade Média, que no direito alemão não havia se estabelecido uma idade mínima para a imputabilidade, estipulando, contudo, que a pena de morte só pudesse ser atribuída aos maiores de doze anos. Já nas ordenações de Luis IX, ao tratar da temática referente à blasfêmia, se propôs a aplicar ao menor a correção através de chicotadas, multa e prisão. Em contra partida, o adulto nesta mesma situação, seria punido com a pena de morte. Deste modo, é possível se verificar como as legislações tratavam de forma diferenciada o adulto do menor (MINAHIM, 1992).

Esta postura agressiva acerca da integridade física e psíquica do jovem foi vista em todo mundo até o século XVIII, tendo em vista que segundo Minahim:

Rousseau e Spencer admitiam que todos os homens ao nascer (embora o primeiro houvesse abandonado seus filhos num asilo de enjeitados) só têm bons sentimentos, mas não puderam com isso impedir que, de fato, face à perplexidade causada pela infração cometida pelo jovem, ele pudesse cumprir pena em calabouços. Na verdade, a ideia de que a criança representa a pureza e bondade, como disse Cristo, não parece compatível com determinadas ações que pratica. Isto tem gerado uma dúvida sobre o tratamento a lhe ser dispensado porque, se de um lado sua preservação é fundamental, sua fragilidade e encanto fascina; por outro lado a

constatação, que este ser, assim percebido, também é egoísta e cruel, é assustadora (1992, p. 26).

Deste modo, portanto, compreende-se a necessidade de se vencer essa fase mais rudimentar da história, adotando medidas menos severas e mais pedagógicas, que possam efetivamente produzir o efeito social esperado.

### **2.1.2 A maioria no direito estrangeiro**

Sob a análise da faixa etária acerca da maioria penal, percebe-se que não há um consenso que determine a idade em que o indivíduo é penalmente imputável. Este dissenso é facilmente aferido quando se constata que a idade mínima para a responsabilidade criminal é de sete anos na Austrália, Egito, Kuwait, Suíça, Trinidad e Tobago ; oito anos na Líbia; nove anos no Iraque; dez anos na Malásia; doze anos no Equador, Israel e Líbano; treze na Espanha; quatorze na Armênia, Áustria, China, Alemanha, Itália, Japão e Coreia do Sul; na Dinamarca, Finlândia e Noruega; dezesseis anos na Argentina, no Chile e em Cuba; dezessete anos na Polônia e dezoito na Colômbia e em Luxemburgo (Estevão, 2007, p.120-121).

Tem-se ainda: onze anos (Turquia e alguns estados do México), dez anos (Ucrânia e Nepal), nove anos (Etiópia), oito anos (Escócia, Quênia e Indonésia), sete anos (Paquistão, Bangladesh, África do Sul, Nigéria, Sudão, Tanzânia (MAGALHÃES, 2007).

Portanto, diante a tamanha disparidade entre os mais variados países no que tange ao reconhecimento da capacidade de responsabilização penal, destaca-se a importância de compreender o processo histórico de algumas nações de forma mais detalhada, como veremos no tópico a seguir.

#### **2.1.2.1 Espanha**

A primeira legislação de caráter tutelar emerge em 1918. Essa mencionada lei se manteve durante trinta anos, haja vista que, neste período em que se presenciou o sistema tutelar, simultaneamente, verificou-se a ditadura franquista, cuja época

correspondeu a coexistência do positivismo correccionalista e do paternalismo autoritário daquele momento histórico (SHEICARIA, 2008).

Todavia, com a Lei Organica 4/1992 instaura-se a etapa garantista, cuja lei albergava uma série de garantias processuais básicas, tais como a presunção de inocência, o direito de defesa, o duplo grau de jurisdição, dentre outros. Consoante esta lei, o sujeito com idade inferior a quatorze anos, somente será possível empregar medidas protetivas adequadas ao caso (SHEICARIA, 2008).

Deste modo, são denominados legalmente de menores, os indivíduos com idade compreendida entre quatorze e dezoito anos. Já as pessoas denominadas para esta lei são aquelas maiores de dezoito e menores de vinte e um, sendo categorizadas como jovens adultos. Neste caso, a realização de atividade delituosa provocada por estes sujeitos tramitará no Juizado de Menores, que será movimentado pelo Ministerio Público (SHEICARIA, 2008).

Neste panorama, existem quatorze alternativas de medidas aplicáveis nesta lei, eis que a sua aplicação se dará conforme a gravidade do delito, cujas medidas podem ser diferidas entre não privativas de liberdade e medidas institucionais.

As medidas privativas de liberdade têm como exemplo; a privação da permissão de dirigir ou de ter armas, prestação de serviços à comunidade, convivência com uma família ou grupo educativo, liberdade vigiada, realização de tarefas socioeducativas etc. (SHEICARIA, 2008)

Já as medidas institucionais são consideradas a exceção, onde a prioridade deve ser dada para as medidas alternativas ao cárcere, cuja duração destas medidas variam consoante a idade do autor do fato e da gravidade do "crime". Visto que, no caso dos autores com idade inferior a dezesseis anos, a duração máxima será de dois anos de medida institucional (SHEICARIA, 2008).

Aliado a isso, também poderá ser aplicado a prestação de serviço à comunidade. Ademais, se o infrator for maior de dezesseis anos, o respectivo sujeito poderá ser internado por no máximo cinco anos, para crimes perpetrados com violência, podendo o limite temporal ser excedido, caso o delito tenha relação com terrorismo (SHEICARIA, 2008).

### 2.1.2.2 Itália

Na Itália o Código Penal de 1859 considerava inimputável o menor de quatorze anos que agisse sem discernimento. Já entre o intervalo de quatorze e dezoito pode existir a responsabilidade condicionada à exteriorização da compreensão do autor. Além disso, este diploma normativo determinava que no período em que o sujeito tivesse com discernimento completo entre nove e quatorze anos, ele poderia ser responsabilizado criminalmente. No código de Zanardelli de 1889 pós-unificação foi fixado quatro categorias jurídicas atinentes à imputabilidade, de modo que a idade inicial para considerar a pessoa imputável se dava a partir dos doze anos no momento da prática delituosa, ao passo que entre nove e quatorze anos o jovem respondia, caso agisse com discernimento; no intervalo existente entre quatorze e dezoito anos havia responsabilidade penal, porém com redução de pena; já entre dezoito a vinte e um anos, a pena será aplicada como se adulto fosse, contudo a penalidade terá uma diminuição mínima. (SHEICARIA, 2008)

Com o avanço do Código Penal de 1930, foram enquadrados como inimputáveis aqueles sujeitos que tivessem cometido atos delituosos sem ter completado quatorze anos. Porém, neste caso, não será atribuído qualquer pena, visto que a adoção da medida cabível se dará na presença e no conhecimento do magistrado acerca da periculosidade do menor, pois, sendo atestada a periculosidade será necessária a adoção da medida de segurança (SHEICARIA, 2008).

Por outro lado, são responsáveis as pessoas que na hora da prática delituosa sejam maiores de quatorze anos e menores de dezoito anos com capacidade volitiva de responder penalmente.

Neste último caso, não haverá presunção acerca da capacidade, cabendo ao juiz aferir em cada caso as hipóteses de responsabilidade, aplicando-se as mesmas penas aplicáveis aos adultos. (SHEICARIA, 2008)

### 2.1.2.3 França

Na França, o direito Napoleônico instituído pelo Código Penal de 1810 fixou a responsabilidade penal aos dezesseis anos. Outrossim, para os menores de dezesseis a responsabilidade se encontra sob a necessidade de identificar o discernimento do sujeito. Entretanto, com uma nova lei editada em 1906 o limite de dezesseis anos foi ampliado para dezoito anos. Diante disso, caso fosse registrado a incapacidade de manifestar a vontade e de compreender a ilicitude dos fatos serão adotadas medidas não-penais (SHEICARIA, 2008).

Neste cenário, em 1912, impulsionado por ideais positivistas, consolida-se o início da etapa tutelar na França, cuja ausência de responsabilidade foi fixada em treze anos.

Contudo, na atual conjuntura normativa francesa foi edificada com a ordenança de 1945, a proposta que tratava da ausência de responsabilidade dos jovens com idade inferior a treze anos e da responsabilidade daqueles que tiverem no intervalo entre treze e dezoito anos. Deste modo, as pessoas que tivessem menos de treze anos serão submetidas aos organismos de assistência e de proteção social, não podendo ser alvo de qualquer condenação penal, sendo cabível colocá-las em instituições públicas ou privadas de formação profissional e educacional, a fim de engajá-las em estabelecimento médico, destinando-a ao serviço de assistência à infância, bem como os colocando em internatos apropriados para delinquentes juvenis em idade escolar. (SHEICARIA, 2008)

Todavia, os jovens que possuem entre treze e dezoito anos gozavam de uma presunção de irresponsabilidade penal, mas que não será absoluta, pois, verificada a sua culpabilidade será decidido conforme sua personalidade e circunstâncias pessoais. Nesta senda, é imperioso enfatizar que, na aplicação da pena, a legislação prevê uma diminuição para aqueles com idade entre treze e dezesseis anos. Desse modo, a pena privativa de liberdade não pode ser superior a metade da pena imposta em abstrato para um dado crime, quando comparado a um ato perpetrado por um adulto. (SHEICARIA, 2008)

#### 2.1.2.4 Inglaterra

Durante muito tempo na Inglaterra, a capacidade de responder penalmente albergava todos os "crimes" praticados por crianças maiores de sete anos, sendo julgadas com se adultas fossem, com "penas" bastante rigorosas. Dessa forma, no Direito inglês eram presenciadas execuções de crianças com dez anos por incidir na cominação legal referente ao furto de cavalos (1784), fato que se revela temerário e arbitrário para a realidade atual. (SHEICARIA, 2008).

Entretanto, após a criação de cortes juvenis em 1908 e em 1933 com a *children and young person Act*, que a responsabilidade penal foi ampliada de sete para dez anos de idade. (SHEICARIA, 2008)

No atual arcabouço normativo inglês existem três categorias básicas, onde os menores de dez anos não possuem nenhuma responsabilidade criminal pela prática de delitos. Desta forma, os menores não poderão se submeter a qualquer processo desta natureza. Neste sistema de normas, o intervalo entre dez e quatorze anos possibilitará o enquadramento na categoria do *Child*, de modo que em 1998 havia uma presunção de incapacidade acerca da prática de crimes. Contudo, com o advento do *Crime and Disorder Act* não existe mais essa presunção. Neste sistema normativo anterior os sujeitos que tinham entre quatorze e dezoito tinha como presunção a capacidade de responder plenamente pelas suas ações. Ademais, para os maiores de dezoito e de vinte e um anos havia uma responsabilidade semelhante a dos adultos. No entanto, atualmente eles têm a sua pena atenuada (SHEICARIA, 2008).

No que tange a estrutura sancionatória deste país é possível perceber uma organização bastante complexa, haja vista que nos crimes mais leves o jovens serão julgados pelas cortes juvenis, ou pelos tribunais comuns nos crimes mais graves ou nos crimes que exista co-autoria com adultos(SHEICARIA, 2008).

Logo, no bojo desta miríade de sanções alternativas à prisão destacavam-se como medidas alternativas: a reparação de danos, a limitação a circulação, bem como a medida que compele o infrator a se manter em determinado lugar, cuja sanção se aplica por meio de fiscalização eletrônica.

#### 2.1.2.5 Alemanha

O Direito alemão sempre exerceu influência jurídica sobre a Espanha, Brasil, Portugal, dentre outros países. Contudo, no tocante a disciplina de Direito Penal Juvenil estes países utilizaram diferentes posicionamentos ao adotar penas e medidas socioeducativas.

Antes da unificação da Alemanha, com Código Penal da Baviera de 1813, estabelecia-se um tratamento penal diferenciado para os jovens em detrimento dos adultos. Numa ordem sistemática, os menores de oito anos eram isentos de qualquer responsabilidade, devendo ser cuidados pelos pais ou familiares. Além disso, sob o amparo dessa lei os jovens dos oito aos doze anos, quando se revelarem capazes de reconhecer a imputação será atribuída a pena de dois a seis meses, visto que, aqueles que tivessem idade superior a doze e inferior a dezesseis anos teriam penas atenuadas em relação à dos adultos(SHEICARIA, 2008).

Após a unificação da Alemanha foi aprovado o Código Imperial em 1871, que contemplou ao menor de doze anos a irresponsabilidade desmedida. Já para o maior de doze anos e o menor de dezoito a responsabilidade estava condicionada ao discernimento. Todavia, com a insurgência da legislação europeia de 1923, atribuiu-se a imposição exclusiva de medidas educativas para as crianças de até quatorze anos e para os maiores de quatorze e menores de dezoito, que não seriam alvos de pena em face de sua imaturidade (SHEICARIA, 2008).

Diante da conjuntura normativa edificada em 1974, modificada em 1990 retratou-se de aspectos penais e processuais, tendo o CP aplicação supletiva. Nesta legislação existem três categorias: para os mentores de crimes até quatorze anos serão adotadas medidas tutelares, com assistência, cuidado e educação. No caso dos menores entre quatorze e dezoito anos haverá responsabilidade, desde que o desenvolvimento moral e mental possua a capacidade suficiente para compreender os fatos injustos. Deste modo, a prática de ações delituosas perpetradas pelo sujeito, cuja idade esteja entre quatorze e dezoito anos, dependerá da análise do juiz no caso concreto aferir a presença de capacidade para culpabilidade, que deverá ser aferida para fundamentar a sua sentença. Diante da dúvida, será presumida a inimputabilidade do menor que se submeterá ao regime educativo. Porém, é necessário expor a culpabilidade do jovem através de exames psicológicos e sociológicos para impor medidas punitivas (SHEICARIA, 2008).

No entanto, esse mecanismo que se propõe a aferir a culpabilidade do menor é passível de críticas, afinal, identificar a presença do elemento culpa através dos métodos propostos se revelam bastante complexos, onerosos e pouco céleres, de modo que, na prática tem se presumido a capacidade do infrator. Todavia, no caso de jovens adultos existirá a responsabilidade com penas atenuadas (SHEICARIA, 2008).

A aplicação das penas aos jovens adultos devem ser proporcional a cada caso, que seguirá a alguns critérios objetivos, tais como: independência em relação aos genitores; da sua relação com as pessoas de sua faixa etária; comprometimento com o labor; desenvolvimento das relações interpessoais; a presença de ânimo consistente e previsível (SHEICARIA, 2008).

Desse modo, o magistrado terá como norte para decidir a resposta dessas perguntas para, assim adotar à medida que considere pertinente para o caso concreto, tendo em vista que cada resposta tem uma implicação acerca da axiologia da medida a ser implementada. Neste cenário, é previsto três consequências para os infratores, as medidas educativas de orientação e supervisão, bem como as medidas corretivas e a pena juvenil. Visto que, a última medida ora mencionada será aplicada diante da ineficácia das demais medidas existentes a título pedagógico, ou seja, haverá uma gradação ao aplicar as medidas mencionadas.

#### 2.1.2.6 China

Na China, o ordenamento que trata da responsabilidade dos jovens foi vislumbrado em 1979, sendo reformada em 1997. Nesse arcabouço normativo juvenil os jovens maiores de dezoito anos responderam pela prática de todos os crimes. Porém, com a reforma legislativa os jovens maiores de dezesseis e menores de dezoito passaram a responder pelos crimes perpetrados. Já os maiores de quatorze e menores de dezoito anos, somente responderam pelos crimes mais graves, como, tráfico de drogas, envenenamento, homicídio, roubo, lesão corporal grave, estupro, etc (SHEICARIA, 2008).

Entretanto, a penalidade aplicada aos menores de dezoito serão mais brandas do que as empregadas aos adultos. Além disso, esse código exime o jovem, cuja idade

seja inferior a dezoito anos da incidência da pena de morte, quando fosse cabível, caso fosse praticada por um adulto. Nesta senda, inclusive, ainda existe a dúvida acerca a possibilidade de aplicação da prisão perpétua, tendo em vista que o Código é silente em relação a essa questão. Mas, no caso, em tela, porém, compreende-se analogicamente impossibilidade da pena de morte e da inaplicabilidade na prisão perpétua (SHEICARIA, 2008).

Nesse panorama chinês, os criminosos primários eram beneficiados com a adoção de medidas não institucionais, com a suspensão da sentença mediante condições, que submeterá o acusado ao órgão policial (SHEICARIA, 2008).

## 2.2 PROCESSO HISTÓRICO DE FORMAÇÃO DO DIREITO PENAL JUVENIL

O processo de formação do Direito Penal Juvenil é tratado em três etapas: etapa penal indiferenciada, tutelar e garantista.

Estas etapas retratam um período histórico em que as legislações e Constituições estavam inseridas, onde em cada uma dessas etapas era possível identificar um grau de proteção voltada aos menores, visto que ao longo do tempo, a cada nova etapa foram sendo ampliados os direitos e garantias aos jovens.

### 2.2.1 Etapa penal indiferenciada

O período da etapa indiferenciada tem como marco inicial o surgimento dos Códigos Penais Liberais do século XIX até o início do século XX. Esse período se consubstanciou por tratar os menores quase da mesma forma que os adultos, cuja diferenciação se restringia a atenuar as penas previstas no Código. Entretanto, no tocante a execução é imperioso pontuar que os jovens eram encaminhados para os mesmos estabelecimentos designados aos adultos, o que nos tempos atuais seria um absurdo. (SHEICARIA, 2008)

Neste período, identificou-se no Brasil o Código Criminal de 1830, que expressamente declarou o fim dos suplícios e das penas infamantes em face das penas de prisão. O Código Imperial, porém, não se preocupou em regular de forma

minudente a ingerência estatal perante as infrações, praticadas por adolescentes e crianças, ou seja, não se estabelecia uma idade para a responsabilidade criminal destas crianças (SHEICARIA, 2008).

No art 10º do Código Imperial, entretanto, previa-se que seriam inimputáveis os menores de quatorze anos, salvo nos casos em que apresentasse discernimento para a prática dos atos. Nesses casos, admitia-se a internação em casas de correção por prazo fixado pelo juiz, que deveria durar, obrigatoriamente, até os dezessete anos. Nesta senda, verificou-se que a Constituição Imperial não tratou das crianças desamparadas, que vivenciavam uma situação de flagrante vulnerabilidade social no seio da sociedade. Desse modo, assim como na época colonial as ações assistenciais destinadas as crianças e adolescentes eram iniciadas por ordens religiosas e de instituições particulares (SHEICARIA, 2008).

Mas, com o advento da Proclamação da República foi disponibilizado para as crianças e adolescentes um atendimento médico-jurídico-assistencial, exercendo atividades preventivas (vigiar a criança), educativas, de recuperação e de repressão (SPOSATO 2006). Essa tese retrata um cunho salvacionista na população, que expõe a necessidade de civilizar o país e asseverar um futuro melhor, cujo escopo é transformar os delinquentes em trabalhadores e pais de família responsáveis.

O diploma normativo republicano também se propôs a certificar a inimputabilidade do menor de nove anos, de igual sorte também eram inimputáveis os sujeitos com idade entre nove e quatorze anos, que atuassem desprovidos de discernimento em práticas delituosas. Já na faixa etária entre quatorze e dezessete, o discernimento era presumido, o que culminou na diminuição de dois terços das penas aplicadas aos adultos. Já entre dezessete e vinte e um anos, existia a imperatividade acerca da aplicação das mesmas penas aplicáveis aos adultos, mas com atenuantes. Os Códigos Penais de 1830 e 1890, portanto, formalizam a etapa penal indiferenciada, cujo objeto central é a identificação da presença do discernimento e sua legitimidade no positivismo criminológico. Desta forma, a etapa indiferenciada retrata os princípios que edificaram a "escola clássica", seja pela adoção da perspectiva positivista do delito e da sanção como entes jurídicos. Ou seja, a identificação do delito permitia que se prenunciasse a periculosidade (SHEICARIA, 2008).

Mas, com a evolução proporcionada pelos códigos é possível aferir a presença da consciência social em face da necessidade de tutela à integridade física da criança e

do adolescente, tendo em vista que as crianças e os adolescentes eram encaminhados para os mesmos estabelecimentos prisionais em que os adultos eram designados.

### **2.2.2 Etapa tutelar**

A etapa tutelar representa a segunda etapa da formação histórica das garantias auferidas pelos menores, sendo ela consubstanciada pelo fato de atribuir ao juiz o poder de deliberar em nome da criança acerca do que é melhor para sua vida, sendo os juízes os legítimos interpretes das leis, cujo legado deixado pelo iluminismo se estruturou sob a ideia dessa certeza jurídica. Dessa forma, ultrapassada a primeira etapa do sistema de garantias, os jovens autores de crimes deixaram de ser tratados como se adultos fossem (SPOSATO, 2006).

No século XX, no entanto, estariam presentes instituições de menores infratores, bem como a regulamentação da delinquência juvenil que foi disciplinada por legislações especiais, que se reportou aos menores em situação irregular.

O sistema de garantias atinente à etapa tutelar aparece nos Estados Unidos no fim do século XIX, sendo capitaneada pelo Movimento dos Reformadores, que se propuseram a rebelar-se perante a tamanha indignação provocada ante as condições carcerárias degradantes a que eram submetidos, que inclusive permitia o alojamento de jovens e maiores no mesmo espaço funcional (nas mesmas dependências prisionais). Ou seja, o movimento de reformas representou a consolidação da etapa tutelar, sofrendo profundas intervenções da Medicina, da Psicologia, da Assistência Social na confecção dos Códigos Juvenis (SPOSATO, 2006).

No Brasil o sistema tutelar de garantias do Direito Penal Juvenil foi consagrado com a lei 4.242/1921, cuja criação do primeiro juizado de menores ocorreu em 1923, tendo o primeiro código menoril em 1923 (SHEICARIA, 2008). Diante desse conjunto de inovações percebe-se que a década de 20 no Brasil, promoveu grandes transformações e avanços aos jovens em sede de regulamentação de normas penais juvenis.

Logo, perante uma paisagem de inúmeras garantias desrespeitadas, a etapa tutelar através da harmonização do direito com a assistência social em uma "nova justiça". Este novo paradigma criado por esta etapa, reverbera os preceitos ideológicos, que buscam a homeostasia entre os poderes, através da imparcialidade e neutralidade do judiciário (SPOSATO, 2006).

Em 1923 os juizados foram criados junto ao abrigo para os infratores e abandonados, tendo como escopo recolhê-los e educá-los. Nesta senda, o juizado necessitava de uma estrutura que lhe apoiasse, porém, não seria um ou dois abrigos que supriria à demanda existente. Todavia, neste contexto, os infratores deveriam ser removidos do cárcere, tendo em vista que eles deveriam ser separados dos demais.

O juizado consubstanciava-se pela aplicação de medidas sem garantir o devido processo legal, tendo como objetivo promover um controle social formal, envolvendo o assistencialismo como o ideal de justiça. Entretanto, em síntese bastava o magistrado exercer a sua função como se um bom pai de família fosse, onde ele deveria apreciar as questões existentes com bastante cuidado, no intuito de evitar qualquer dano ao menor.

Diante desse cenário, de incipiência e precariedade estrutural dos juizados, ensejou-se vários debates, no sentido de aperfeiçoar o sistema vigente, de modo que, um dos grandes colaboradores ideológicos desses debates foi o juiz do juizado de menores de Brasília, conhecido como José Cândido Albuquerque Mello Mattos, sendo o grande colaborador para a confecção do código de menores de 1927, sendo este código popularmente conhecido como Código de Mello Mattos (SPOSATO, 2006)

Segundo esse código a inimputabilidade haveria de ser atribuída aos menores de quatorze anos, ao passo que os maiores de quatorze e menores de dezoito a caso fossem identificados como delinquentes, sobre eles incidiria a responsabilização penal sob a égide de um processo especial, visto que, para os casos de periculosidade entre dezesseis e onze anos, os sujeitos que consumassem delitos graves poderiam ser encarcerados em sistemas prisionais destinados aos adultos, haja vista que, em face do grau de periculosidade, o infrator permaneceria em cárcere, até que fosse alcançado a sua regeneração, sem, porém, exceder o

máximo cominado em lei, pois, caso contrário haveria violação a isonomia e a proporcionalidade (SPOSATO, 2006).

Neste período, os tribunais tinham ampla discricionariedade no momento de decidir acerca da medida mais condizente com a realidade do menor, mesmo que não tivesse muita gravidade o fato cometido pelo infrator, seria observado sob as circunstâncias pessoais, familiares e sociais do jovem. Ademais disso, o sistema adotado era o inquisitivo, sem intervenção do Ministério Público, nem de advogado de defesa, cuja competência era para julgamento de pessoas em situação irregular (vagabundos, prostituídos etc), assim como daqueles que cometessem delitos. Este sistema se manteve sob os influxos ideológicos da etapa tutelar até ser modificado pelo Código de Menores de 1979 (SPOSATO, 2006).

Todavia, analisando o Código de 1927 foi possível perceber que, diante da incapacidade da família e da escola em educar o jovem, caberia aos tribunais e a legislação dar um tratamento específico aos jovens para que se exercessem uma tutela vigilante através da adoção de medidas filantrópicas e educativas e essencialmente repressivas, com o objetivo de educá-las a não repetir tais condutas reprováveis (SHEICARIA, 2008).

A partir da análise do texto que versa sobre os movimentos de política criminal, apresentando-se os três principais movimentos desta ciência, que se propõe a selecionar os bens jurídicos mais relevantes para manutenção da dignidade da pessoa, cujos bens merecem a proteção jurídico-penal a fim de mantê-los intangíveis acerca de uma possível lesão a esses bens (SHEICARIA, 2008).

Neste panorama, identifica-se a íntima relação existente entre a política criminal e o Direito Penal, de modo que a primeira se dispôs a criar mecanismos para interferir na ação antrópica, trazida com o escopo de evitar possíveis lesões a bens jurídicos albergados pela segunda, através da incidência de normas penais (SHEICARIA, 2008).

Ou seja, a política criminal se configura como uma ciência cujo objetivo é nortear a vida humana em sede de Direito Penal. Diante desse cenário, verifica-se a presença de três movimentos de política criminal: o abolicionismo, o punitivista e o minimalismo penal. Neste caso, pode-se perceber que o abolicionismo sustenta a eliminação do Direito Penal do ordenamento jurídico, uma vez que para esse

movimento a sanção penal apenas recai sobre as pessoas menos favorecidas economicamente, deixando de lado as que ocupam os estratos mais elevados da sociedade (SHEICARIA, 2008).

Este movimento, destarte, se edifica no sentido de deslegitimar a intervenção do Direito Penal na vida humana, em face do tratamento desigual dado pelo arcabouço de normas penais. Diante disso, cabe a esse movimento apresentar propostas concretas e eficientes que de fato construam um modelo penal mais eficaz e eficiente.

De outro lado os punitivistas sustentam a presença de um Direito penal máximo, onde ele é considerado o melhor instrumento de controle social. O movimento de política criminal punitivista é subdividido em retribucionista e prevencionista. Neste panorama, o primeiro modelo se destaca, pelo fato de reconhecer o Direito Penal como um modelo de dominação e opressão, cuja ideologia reflete um posicionamento burguês orientado pelos preceitos de *law and order* (SHEICARIA, 2008).

Este movimento se propõe a assegurar a concretização da segurança pública através de um Direito Penal Máximo com a edição descontrolada de normas penais bastante rigorosas, a fim de obter um controle social, que data máxima vênia, neste particular, há outros métodos menos ofensivos que permite o alcance de melhores resultados.

Anteriormente a edição do Código de Menores de 1979 e perante a preocupação com a detenção de crianças e adolescentes com adultos, ensejou-se em 1923 a criação de instituições para o Recolhimento Provisório de Menores (RPM), determinada para os jovens delinquentes entre quatorze e dezoito anos. Esta instituição impulsionou a criação das Unidades de Internação Provisória (UIP) e na Unidade de Acolhimento Provisório (UAP) (SHEICARIA, 2008).

Porém, a consagração do ideal político de bem estar do menor, culminou com a edição do Código de 1979, com a construção de centros especializados, designados a recuperação e triagem destes menores.

Naquele período a restrição de liberdade era vislumbrada como o meio capaz para conter a criminalidade juvenil, que cada vez mais assolava a sociedade. Neste

contexto, a etapa tutelar no intuito de reeducar e punir os delinquentes assumiam até às últimas consequências para corrigir esses indivíduos.

### **2.2.3 Etapa garantista**

A última e atual etapa do sistema de garantias é identificada, inicialmente, com a Promulgação da Constituição Federal de 1988, tendo doravante a sua regulamentação com a Lei do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), com essas transformações, adveio o princípio da proteção integral no lugar dos postulados lastreados pela doutrina que trabalha com a situação irregular, visto que essa mudança de paradigma se propõe a assegurar o máximo de direitos e garantias em prol da criança e do adolescente, reconhecendo, constitucionalmente a prioridade na defesa de seus direitos (SPOSATO, 2006).

Diante dessas evoluções trazidas pela etapa garantista é factível a presença de documentos internacionais que se preocuparam em proteger as crianças e adolescentes, como por exemplo: a Declaração dos Direitos das Crianças, Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de Beijing, Diretrizes das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil "Diretrizes de Riad"), Convenção sobre os Direitos da Crianças, etc.

Esta nova etapa do sistema de garantias no Brasil trouxe inúmeros direitos processuais e materiais, com o escopo de asseverar a tutela dos direitos juvenis. Mas, com o surgimento do ECA, posteriormente a diversos diplomas normativos de natureza universal e regional, foi confeccionado a Convenção Internacional dos Direitos da Criança da Nações Unidas em 1989 a sua elaboração foi considerada como o grande marco em termos de proteção aos direitos e garantias da criança e do adolescente, cujo documento exerce uma tutela aos direitos infanto-juvenis numa perspectiva universalizante, tendo em vista a quantidade de países que são signatários desse Tratado, haja vista que esse diploma registra veementemente a necessidade da intervenção estatal no sentido de promover um controle na criminalidade.

Outro diploma internacional que consagraram direitos e garantias aos menores foi o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), eis que o artigo 23 e 24 desse instrumento possuem disposições específicas acerca do poder de punir do Estado em face de todas as pessoas, independentemente de idade (SPOSATO, 2006).

No que tange aos diplomas voltados a criminalidade juvenil pode se identificar três documentos internacionais: As Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça da Infância e da Juventude denominadas de Regras de Beijing (1985), As Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad , e as Regras Mínimas das Nações Unidas para Proteção do Jovem Privados de Liberdade Regras de Tóquio 1990).

Diante do cenário punitivo, o primeiro documento internacional voltado à proteção dos jovens está situado nas Regras de Beijing, cujo documento exerce uma intervenção punitiva em face dos jovens, tendo cada Estado signatário a obrigação de respeitá-las no seu direito interno.

Já as diretrizes de Riad tratam dos princípios que se preocupam com a prevenção dos crimes infanto-juvenis, que possibilitassem a criação de políticas públicas direcionadas ao controle social informal, através da qual será exercida a atividade de grande importância para a família com base no papel que desempenha estas diretrizes provenientes do 8º Congresso das Nações Unidas aprovada pela resolução 45/112.

### 3 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

Segundo Dirley da Cunha Junior (2008, p. 144), por muito prevaleceu na doutrina tradicional à compreensão de que os princípios exerciam uma função meramente acessória ou subsidiária na aplicação do direito, sendo estes utilizados como um mecanismo de integração do ordenamento jurídico perante uma eventual lacuna conforme se pode depreender do Art. 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro.

Contudo, é necessário pontuar que esta compreensão já está ultrapassada, de modo que os princípios hoje são observados como normas dotadas de um elevado grau de abstração e generalidade, produzindo efeitos diretos imediatos na sociedade (CUNHA JÚNIOR, 2008). Este instituto, portanto, delimita o exercício do poder legiferante exercido pelo Estado, o que evita a edição desenfreada de normas que possam violar direitos e garantias fundamentais, consagrados na CF e em tratados internacionais.

Nesta senda, é possível evidenciar a presença de princípios nas mais variadas searas do direito, inclusive na do Direito Penal Juvenil. Neste panorama, se faz necessário demonstrar os princípios específicos e correlatos ao Direito Penal Juvenil. Logo, inserido neste rol principiológico pode-se aferir os princípios da legalidade, intervenção mínima, culpabilidade, humanidade lesividade e adequação social a seguir analisado.

#### 3.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL COMUM

Os princípios do Direito Penal consagram diretrizes e garantias voltadas as pessoas, a fim de proteger os direitos positivados em normas constitucionais e infraconstitucionais, que se propõem em restringir a atuação estatal em face da sua esfera jurídica. Estes princípios, portanto, servem de norte para o Poder Legislativo criar normas, pois, tais normas editadas devem estar em sintonia com estes princípios, caso contrário essa norma será eivada de vício de constitucionalidade. Logo, estes princípios servem como um limitador do *ius puniendi* estatal.

### **3.1.1 Princípio da legalidade**

Para Cezar Roberto Bitencourt (2009, p. 10-11), em termos esquemáticos, é possível afirmar que por intermédio do princípio da legalidade, a edição de normas incriminadoras somente podem ser criadas exclusivamente através de lei, ou seja, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal poderá ser aplicada sem que antes exista uma lei definindo-a como crime. Afinal, *nulla poena nullo e o crimen sine lege preavia*. Os preceitos deste princípio, destarte, conferem um patamar de garantismo a toda a sociedade, conforme prevê o art. 5º, XXXIX da CF, uma vez que somente as normas penais que perpassam por um processo legislativo têm legitimidade para incriminar um dado fato. Nesse sentido, o art.103 combinado com o art. 112 do ECA reconhecem a necessidade de se observar o princípio da legalidade(SHEICARIA).

Além disso, sob o amparo desse princípio é inadmissível que existam normas que tragam conceitos vagos ou ambíguos, pois, tão situação legitimaria interpretações equivocadas da respectiva norma que poderia culminar no cometimento de arbitrariedades.

Ademais, este princípio também reafirma os preceitos atinentes a segurança jurídica, pois, com está garantia o individuo dificilmente será surpreendido com a existência de um novo crime sem que as respectivas normas observe os trâmites necessários para a sua edição. Desta forma, pode-se concluir que nenhum jovem se submeterá a normas incriminadoras sem que todos os ritos inerentes ao processo legislativo sejam respeitados.

### **3.1.2 Princípio da intervenção mínima**

O princípio da intervenção mínima se propõe a limitar a intervenção estatal em matéria penal, cuja intervenção deverá se manifestar como última ratio legis. Ou seja, a sua manifestação deve ser vislumbrada, quando os demais ramos do direito se revelarem incapazes de dar a devida tutela aos bens jurídicos mais importantes no sentido de assegurar a manutenção da dignidade da pessoa humana, sendo este

princípio um corolário lógico do princípio da fragmentariedade, que se propõem a tutelar os bens jurídicos mais valiosos do indivíduo (BITENCOURT 2009).

O princípio da intervenção mínima, portanto nos remete a apreciação da necessidade e utilidade da ingerência do sistema penal na tutela dos bens jurídicos. Esta limitação ao *ius puniendi* do Estado é veementemente necessário, pelo fato das sanções de natureza penal impor serias restrições a direitos e garantias fundamentais. Em razão disso, ele é encarado como uma bússola no que tange as interferências provocadas no sujeito em sede de Direito Penal.

Além disso, convém pontuar que o reconhecimento desse princípio no Direito Penal se dá de forma implícita. Já no Direito Penal Juvenil esse mesmo princípio se encontra albergado pela Convenção sobre os Direitos da Criança no art. 37, b, o que atesta uma proteção especial acerca dos direitos destes menores (SHEICARIA, 2008).

Segundo Karina Batista Sposato (p. 95, 2006), a consagração plena desse princípio na seara do direito juvenil será presenciada com a adoção de medidas descriminalizantes, por meio da qual o operador do direito deixa de recorrer ao sistema punitivo para reprimir a conduta praticada pelo jovem.

### **3.1.3. Princípio da culpabilidade**

Por outro lado, o princípio da culpabilidade, segundo Rogério Greco (2007, p. 89) decorre do juízo reprovação que se faz sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente, ou seja, esse princípio se propõe a punir quem deu causa a uma dada situação tipificada como crime.

O princípio da culpabilidade se encontra previsto no art. 5º, XLV da CF, estando ele intimamente interligado com os preceitos da responsabilidade subjetiva, uma vez que cada pessoa deve responder na medida da sua culpabilidade, cujo sujeito pode ser enquadrado como partícipe ou autor da ação delitiva( SPOSATO, 2006).

Contudo, vale salientar que, caso um menor esteja inserido num desses enquadramentos, o seu processo será obrigatoriamente desmembrado do processo

dos autores que sejam maiores de dezoito anos, visto que, é de competência absoluta do juiz da Vara da Infância e da Juventude julgar este processo.

Porém, é necessário enfatizar que sob a análise do conceito analítico de crime o menor de dezoito anos sequer possui culpabilidade, em virtude da falta de maturidade na compreensão dos seus atos sob a égide do Código Penal. Entretanto, segundo Karina Sposato (2006, p. 102 ) o menor de dezoito se submete ao princípio da culpabilidade, no entanto o menor será eximido de responder penalmente, sendo o respectivo infrator responsabilizado sob os influxos da lei do ECA, através das medidas socioeducativas, que exercem uma sanção de caráter pedagógico no jovem infrator.

### **3.1.4 Princípio da humanidade**

O princípio da humanidade, para Eugênio Raúl Zaffaroni (2004, p. 171), é o princípio que versa sobre o vício de constitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie impossibilidades físicas de forma perene. Afinal, para o autor, a norma não pode admitir a aplicação de penas físicas.

Desse modo, este princípio se propõe a reduzir e promover a reinserção social do jovem, uma vez que, se forem determinadas coercitivamente implicarão em um atentado contra a pessoa. Logo, o princípio da humanidade visa evitar os excessos na adoção de penas em nome da dignidade da pessoa humana e da proteção aos demais direitos que dela decorrem. Esse princípio possui respaldo constitucional no art. 1º, III e no art. 5º, III, de modo que, sob a égide deste princípio é que se veda a adoção da prisão perpétua e da pena de morte, exceto em caso de guerra declarada

.  
Ou seja, esse princípio se propõe a reconhecer que as punições as quais as pessoas irão se submeter devem ser compatíveis com a razoabilidade e proporcionalidade, cuja sanção deve se encontrar em uma zona de equilíbrio com a gravidade do fato. Deste modo, o juiz no caso concreto ao aplicar a medida socioeducativa também deve realizar um juízo de proporcionalidade ao adequar a pena ao fato, conforme prevê o art. 122 § 2º do ECA (SPOSATO, 2006).

### 3.1.5 Princípio da lesividade

O princípio da lesividade afirma que o crime tipificado deve, pelo menos, apresentar uma lesão ou perigo concreto real e efetivo de um dano a um bem jurídico. Portanto, a ingerência estatal somente se justifica em termos de repressão penal, caso haja um efetivo dano a um interesse socialmente relevante do sujeito. (GRECO) (JESUS, 2012).

Logo, uma das funções exercidas pelo referido princípio é apresentar contenções ao *ius puniendi* estatal. Diante disso, o direito não pode criminalizar condutas que promovam a autolesão, suicídio tentado, etc. Nem mesmo ideias ou crenças religiosas podem ser alvo do Direito Penal pois, tais atos não causam sérias lesões aos bens jurídicos de terceiros, que justifiquem a sua ingerência (QUEIROZ, 2011).

Ademais, o próprio Supremo Tribunal Federal tem dado decisões, por exemplo, entendendo que uma arma desprovida de munição não se enquadra no delito do art. 14 da lei 10.826/2003, que trata do porte de armas, como da mesma maneira é distinguido os crimes consumados dos tentados.

Desta forma, esse princípio influencia tanto o juiz na hora de decidir no caso concreto, como o legislador no momento de criar leis, pois a partir dessa análise o fato pode ser considerado típico ou atípico (QUEIROZ, 2011).

### 3.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL JUVENIL BRASILEIRO

Os princípios do Direito Penal Juvenil são princípios específicos dos menores, que dedicam-se a proteger os direitos e garantias dos jovens que são, essencialmente, imaturos e vulneráveis, devido a falta de maturidade para compreender o mundo ao seu redor. Desse modo, é visível a necessidade deles serem protegidos por estes princípios além dos outros que já contemplam a sociedade como um todo. Afinal, o jovem representa a base do futuro progresso do país, sendo necessário, portanto, que o Estado disponibilize toda uma estrutura que permita ao mesmo se autodesenvolver, pois, assim os jovens se distanciaram do mundo da violência e das

drogas, que representam os principais fatores que desencadeará criminalidade juvenil na sociedade.

### **3.2.1 Princípio da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento**

O princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento encontra-se subscrito no artigo 6º do ECA, onde o referido artigo aduz :

Art. 6º do ECA: Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Este diploma normativo atesta que os jovens se veem em constante desenvolvimento da sua personalidade, de modo que na juventude essas transformações se dão de forma mais intensa e peculiar. Contudo, este período não se traduz necessariamente numa ausência completa de responsabilidade, mas em diferentes níveis de desenvolvimento e de responsabilização (AMIN, 2011).

Isso pode ser constatado, por exemplo, nas crianças que são indivíduos dotados de doze anos incompletos, cujo nível de discernimento não permite qualquer tipo de responsabilização, visto que a prática de uma infração não atribui medidas socioeducativas, mas medidas protetivas que devem ser efetivadas pelo Conselho Tutelar, conforme aduz o art. 101 do Eca, ao passo que os jovens que possuem doze anos completos aos dezoito anos quando praticam atos infracionais responderam por intermédio das medidas socioeducativas, cuja punição é bem diferente das atribuídas aos maiores de dezoito anos (SPOSATO, 2006).

O referido princípio mencionado tem espeque no art. 37 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança que trata como um atributo relevante para a implementação da medida de restrição de liberdade, que atesta que:

Art. 37 item c) "Toda criança privada de liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito de manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais.

Ademais, sob a perspectiva de normas internacionais as regras de Beijing também consagram o aludido princípio no item 26.3, que diz: “os jovens institucionalizados serão mantidos separados dos adultos e serão detidos em estabelecimentos separados ou em parte separadas de um estabelecimento em que estejam detidos adultos” (SPOSATO, 2008, p. 104).

### **3.2.2 Princípio do melhor interesse do adolescente**

O princípio do melhor interesse do adolescente se consubstancia como um princípio que traça as coordenadas para o legislador, cuja determinação reflete o primado das necessidades dos jovens, que servirá como ferramenta para a interpretação legislativa, a fim de dirimir problemas que os envolvam (SHEICARIA, 2008). Neste panorama, o magistrado ao dirimir controvérsias deverá consagrar a ampla observância aos direitos e garantias fundamentais (AMIN, 2011).

Este princípio consagrará o máximo de proteção em face de medidas que venham a cercear os seus direitos, de modo que essas limitações obstaculizará a adoção de medidas abusivas, haja vista que a Convenção Internacional sobre os direitos da criança, cujo art 3º diz: “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais e autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

O ideário lógico deste princípio amplia o processo voltado a socializar os jovens adolescentes, uma vez que a internação provisória para quem trabalha e estuda se revela bastante complicado em ser adotado, porém é sempre necessário aperfeiçoá-lo, tendo em vista que a sistemática do Direito Penal Juvenil é enquadrado como a *ultima ratio* (SPOSATO, 2006).

Ademais, ele é visto como um elemento norteador para o exercício do poder legiferante, bem como para aqueles que aplicam a legislação juvenil para dirimir celeumas que tratem deles, ao passo que a positivação desses preceitos são previstos de forma objetiva, para não permitir que sua observância recaia sob a subjetividade de quem julga o conflito, a fim de assegurar a dignidade da criança.

### **3.2.3 Princípio da municipalização**

A Magna Carta consagra em seu diploma a descentralização da política assistencial, atribuindo competência concorrente para os Estados, Municípios, Distrito Federal e União. Afinal, as políticas direcionadas para os jovens tornam-se mais eficazes se a fiscalização destes programas forem acompanhadas mais de perto por estes entes. Isso é verificado, em razão desses entes poderem se amoldar as peculiaridades locais, sobretudo no que tange as políticas promovidas no âmbito municipal (AMIN, 2011).

A Constituição Federal também reconhece a importância da municipalização, pelo fato dela erigir conselhos municipais e programas sociais de cunho local em nome da descentralização da atividade administrativa (AMIN, 2011).

Esse princípio versa sobre a descentralização das atividades governamentais no campo da assistência social, voltados a proteger e garantir os direitos da criança e do adolescente conforme aduz o art. 204, I da CF/88, tendo essa política de municipalização previsão também no art. 88, I do ECA. Essas medidas voltadas aos interesses dos jovens são de grande relevância para a tutela dos seus direitos, visto que a descentralização dessas políticas públicas também encontram amparo no art. 30, I da CF/88 (AMIN, 2011).

Ou seja, esse princípio consagra a possibilidade do Município formular um programa voltado a adotar medidas no sentido de prevenir que os jovens continuem praticando atos infracionais, observando-se as especificidades culturais do local em que se empregará a respectiva medida.

### **3.2.4 Princípio da prioridade absoluta**

O princípio da prioridade absoluta configura-se como um princípio constitucional fulcrado no art 227 da CF, bem como no art.4º c/c o art.10, paragrafo único II do Estatuto do ECA (Lei nº8.060/90). Este princípio se propõe a determinar a prioridade que deve ser cotejada para as crianças e adolescentes nas mais variadas esferas

que envolvam os seus interesses, seja na perspectiva familiar, social, no campo judicial e administrativo. O interesse juvenil deve se sobrepujar em relação aos dos demais, tendo em vista que o próprio legislador constituinte o fez desta forma.

Este princípio alberga uma série de direitos e garantias em favor dos jovens, sendo, deste modo corolário lógico da dignidade da pessoa humana, uma vez que este princípio específico consagrado no ECA, representa a dignidade da pessoa humana sob os moldes e peculiaridades inerentes a essa juventude (AMIN, 2011).

Esta primazia em prol das crianças e adolescentes busca dar concretude aos direitos fundamentais sufragados pela Magna Carta, uma vez que as condições de fragilidade destes jovens carecem desta proteção especial, cujos privilégios devem ser assegurados, seja no bojo da sociedade, bem como no âmbito familiar (AMIN, 2011).

O Judiciário representado pela Vara da Infância e da Juventude se debruça a dar uma prestação de serviço especial aos menores, ao passo que em sede de administração existe o Conselho Tutelar, que pode ser identificada, pelo fato de empregar as medidas protetivas, somente são aplicáveis nas crianças. Deste modo, verifica-se, claramente, a atenção especial dedicada às crianças (menores de doze anos) e aos adolescentes.

Logo, diante dos conflitos judiciais, extrajudiciais e administrativos, os interesses deles irão se sobrepujar aos demais anseios de outros grupos de pessoas, de modo que, isso pode ser aferido, por exemplo, quando a Administração Pública tem que decidir entre a construção de casas para que pessoas possam morar ou construir uma escola para crianças. Diante dessa situação, a Administração, inequivocamente, decidirá em favor dos jovens à luz do princípio da prioridade absoluta. Afinal, trata-se de um conflito entre lei ou ato administrativo em face de normas constitucionais. Neste sentido, o princípio supracitado almeja asseverar direitos e garantias fundamentais, cuja observância desses direitos devem ser reconhecidos por toda sociedade (AMIN, 2011).

## 4 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E SUAS MODALIDADES

O estatuto da criança e do adolescente corresponde a uma legislação específica voltada a proteção dos direitos e garantias dos menores de dezoito anos, visto que essa proteção especial se deve as condições de vulnerabilidade desses jovens que se encontram em situação de desigualdade perante aos maiores de dezoito anos, que muito se deve a sua falta de maturidade e discernimento.

Neste cenário, é possível vislumbrar que o ato infracional e as medidas protetivas são compreendidas como sanções, visto que o adolescente não pratica crime, mas infração, sendo sua conduta passível a medida socioeducativa, enquanto que a criança ao praticar atos ilícitos sofrerá medidas protetivas.

### 4.1 MEDIDAS PROTETIVAS

As medidas protetivas correspondem a direitos e garantias assegurados aos infanto-juvenis, cuja previsão se encontra no art. 227 da CF, que impõe como dever dos pais, da sociedade e do Estado brasileiro a sua observância. Nesse sentido, o art. 98 do ECA dispõe que essas medidas serão adotadas perante a violação de direitos reconhecidos pela respectiva legislação menoril, em face de ação ou omissão da sociedade ou Estado, bem como decorrente omissão ou arbitrariedade dos pais ou responsáveis na tutela desses jovens (MEZZOMO, 2012) .

Mas, também conforme o art. 98, III do ECA também é causa da aplicação de medidas protetivas o comportamento da criança ou adolescente no seio da sociedade. Logo a partir da leitura deste inciso pode-se depreender que não é só no caso de abusos omissões ou ausência dos seus responsáveis que ensejará a presença das medidas protetivas que, em regra, decorrem de atos infracionais (MEZZOMO, 2012).

Essas medidas de natureza protetiva encontram-se prevista no art. 101 do ECA que trata das seguintes medidas:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:  
I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; [...]
- IX - colocação em família substituta.

O encaminhamento aos pais ou responsáveis é uma medida que reverbera situações de menor gravame em face da tutela aos direitos do infante, sendo portanto, tal medida proporcional ao fato que o ensejou a sua aplicação, cujo objetivo nesse caso, é reinserir o jovem ao ambiente familiar (ISHIDA, 2009), de modo que, esse encaminhamento será feito através de termo de responsabilidade, no qual os pais ou responsáveis serão avisados das consequências, caso eles não cumpram com os seus deveres, podendo inclusive perder a tutela ou guarda, bem como se submeter ao ajuizamento de uma ação penal, em razão do descumprimento.

Já a orientação apoio e acompanhamentos temporários serão intermediados pelo Conselho Tutelar, que podem ser realizados por uma equipe multidisciplinar, que poderá realizar um tratamento médico, psicológico e social no indivíduo

A hipótese do inciso III do art 101 do ECA pode se dá, em razão da irresponsabilidade dos pais e tutores, pela omissão do Estado em oferecer vagas nas escolas, ou pelo fato do jovem se recusar á ir para a escola. Daí a importância da aplicação da medida referente ao respectivo inciso mencionado, visto que a obrigatoriedade do ensino fundamental é um dos corolários lógicos do princípio da proteção integral, indispensável para a capacidade de desenvolvimento intelectual do menor (ELIAS, 2008).

De outro lado, a evasão escolar representa um estágio de completa marginalização do jovem do sistema de ensino, o que denota a necessidade da ingerência estatal por intermédio desta medida protetiva, que obriga a criança e adolescente a se matricularem e a ter frequência na escola (MEZZOMO, 2012).

Mormente, a evasão de alunos é evidenciada pela assistência social estatal, bem como pelo Conselho Tutelar, mediante denúncia. Esses órgãos, em verdade,

exercem uma função social de grande importância para a tutela dos direitos e garantias desses jovens (ELIAS, 2008).

Já no que tange aos incisos V e VI do artigo 101 do ECA, observa-se que estes dispositivos retratam as situações através da qual o menor necessitará de um tratamento médico específico para tratar de problemas psicológicos ou psiquiátricos, seja proveniente de questões pessoais ou em razão da dependência do álcool ou das drogas, cujos problemas no tocante ao inciso VI também podem ser auxiliados por programas que se destinam a orientar a tratar destes problemas (ELIAS, 2008).

Todavia, é necessário pontuar que, infelizmente, a Administração Pública ainda não possui a estrutura necessária para disponibilizar os tratamentos no volume compatível com a demanda existente, o que torna corriqueiro o ajuizamento de ações propostas pelo Ministério Público e pela Defensoria, buscando assegurar o fornecimento de medicamentos e o tratamento médico que garanta a reabilitação desse jovem para retornar à sociedade (MEZZOMO, 2012).

No rol de medidas protetivas excepcionais pode-se vislumbrar o alojamento de menores em abrigos, que somente é cogitada quando o menor não têm mais condições de voltar para a sua família ou ser colocado em família substituta, tendo em vista que essa medida acaba restringindo o direito do jovem a ter um ambiente familiar, tratando-se, portanto de uma medida bastante grave, sobretudo no tocante a proteção dos seus direitos e garantias (ISHIDA, 2009).

Portanto, diante das medidas protetivas mencionadas é possível compreender tamanha a importância dessas medidas para os jovens, pois, elas têm o condão de efetivamente ressocializar o jovem através dessas medidas de natureza preventiva, cujo objetivo é dar uma estrutura mínima para esses infantes, a fim de que eles consigam se autodesenvolver e obter progressos ao longo da vida, longe do mundo da criminalidade.

#### 4.2 MODALIDADES DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Na aplicação das medidas socioeducativas é possível identificar uma gradação em suas modalidades, posto que as medidas socioeducativas variem conforme a

gravidade do ilícito. Diante disso, identifica-se sob uma perspectiva crescente de gravidade a lesão a bens jurídicos as seguintes modalidades: advertência, obrigação de reparar danos, prestação de serviço à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação.

#### **4.2.1 Advertência**

A advertência é a medida socioeducativa mais branda contida no ECA, sendo empregada em face de atos infracionais considerados menos graves, como é o caso de lesões leves, pequenos furtos etc. Essa medida consiste numa admoestação verbal realizada pelo juiz ou promotor numa audiência admonitória, cuja medida será reduzida a termo, onde o ato infracional será lido na presença dos pais ou responsáveis legais do menor infrator, exercendo, portanto um caráter intimidatório e pedagógico no sentido de inibir a reincidência da infração (FAINZILBER, 2010).

Segundo Karina Batista Sposato (2006, p. 196), malgrado não exista proibição para a aplicação da advertência de forma reiterada ela não é muito adotada repetidas vezes, afinal, a sua aplicação em um segundo processo, cuja infração seja mais grave. Contudo, entende-se que essa medida só deve ser aplicada como a primeira postura repressiva, não devendo, portanto ser reiterada.

#### **4.2.2 Obrigação de reparar danos**

A obrigação de reparar o dano é a segunda medida socioeducativa prevista no artigo 112 combinado com o artigo 116 do ECA. Ela é cabível sempre que o ato infracional tiver repercussões patrimoniais, visto que, neste caso a reparação do bem subtraído ou lesionado tem o fito de recompor o prejuízo experimentado pela vítima.

Diante disso, a reparação pode ser feita de três formas: com a devolução dos bens, com o ressarcimento do prejuízo ou com a compensação do prejuízo por qualquer outro meio. Contudo, esta medida socioeducativa pode ser mudada por outra medida, caso se verifique a impossibilidade de reparar o dano.

Todavia, segundo Rosa Castro, Luci Gati Pietrocolla e Jaqueline Sinhoretto (2000), os operadores do direito consideram a utilização dessa medida pouco aconselhável, tendo em vista que a sanção recai sobre o acervo patrimonial dos pais do jovem, não produzindo nenhum efeito socioeducativo sobre o menor. Ademais, a doutrina também destaca que esta medida muitas vezes se revela inviável, em virtude da situação econômica dos pais dos jovens, que não conseguem reparar o dano por não ter condições financeiras para tal.

Logo, perante essas circunstâncias, evidencia-se que esta medida não é recomendável por dois fatores. Primeiro, pelo fato da maioria dos infratores pertencerem a famílias pobres, o que torna impossível a adoção dessa medida. Segundo, é cediço que na prática quem sofre com a penalidade são os pais e não o jovem que pratica a infração, fato que descaracteriza o caráter pedagógico da medida (SINHORETO, 2000).

#### **4.2.3 Prestação de serviço à comunidade**

A prestação de serviço a comunidade consubstancia-se como uma infração, que restringe direitos do sujeito que desenvolva atividades em desconformidade com as normas previstas no artigo 117 do ECA. Esta penalidade tem como escopo promover a ressocialização do menor, através de ações alternativas (FAINZILBER, 2010), cujo prazo não exceda 6 meses, sendo aplicadas perante as entidades assistenciais, escolas, hotéis, bem como programas comunitários e governamentais (SHEICARIA, 2008).

As tarefas são atribuídas aos jovens conforme as aptidões de cada adolescente, onde se recomenda que essa atividade seja cumprida aos sábados, domingos e feriados, não podendo ultrapassar oito horas semanais (SPOSATO, 2006).

Ademais, caso o trabalho seja cumprido em hospital, por exemplo, não deverá o adolescente ter uniforme distinto dos utilizados pelos funcionários para, desse modo, o jovem não ter a sua imagem estigmatizada em razão da utilização de uma farda que o diferencie dos demais funcionários (SHEICARIA, 2008).

Nestes casos, a entidade beneficiada com a medida socioeducativa deverá controlar a frequência, bem como enviar relatórios com certa periodicidade, para o magistrado da infância e juventude, que fiscalizará o cumprimento da medida a ser executada, onde deverá o relator evidenciar os incidentes ocorridos no cumprimento da medida. Aliado a isso, é necessário reforçar que a medida implementada deve ser proporcional à gravidade do ato infracional, conforme art. 112, §1º, do ECA, cujas tarefas atribuídas também não poderão prejudicar as atividades escolares do menor (FAINZILBER, 2010).

Deste modo, pode-se aferir que um dos entraves acerca da implementação das medidas socioeducativas, que de fato irão promover a reinserção do infrator na sociedade, carece de uma melhor infraestrutura para o seu efetivo cumprimento e efeitos almejados.

#### **4.1.4 Liberdade assistida**

A liberdade assistida, segundo Fernando Fainzilber (2006, p.114) consiste em acompanhar e orientar o adolescente a promover a sua integração com a família e a comunidade, onde o prazo mínimo será de 6 meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada ou substituída por outra medida. Conforme os critérios aduzidos no §2º, do art. 118 do ECA (SHEICARIA, 2008).

Segundo Karina Batista Sposato (2006, p. 122-123), a liberdade assistida substitui a medida de liberdade vigiada prevista nas legislações menoristas. Para ela a alteração compreende-se na tentativa de superar o caráter de vigilância exercida sobre o adolescente, onde será feita a introdução dos objetos de acompanhamento de auxílio e orientação que devem ser dados ao adolescente na execução da medida.

A importância dessa medida socioeducativa em sede de tribunais no tocante a ressocialização pode ser vislumbrada da seguinte forma:

APELAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO A TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. LIBERDADE ASSISTIDA. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DE MERA ADVERTÊNCIA. DESCABIMENTO.

- O fato de o adolescente ser confesso usuário de drogas não o torna inapto

para o tráfico, uma vez que as circunstâncias fáticas podem demonstrar que, a despeito de consumir drogas, a agente se encontrava na ocasião guardando a droga para o comércio.

- A aplicação de mera advertência aos adolescentes autores de atos infracionais análogos ao delito de tráfico de drogas, antes de ser benéfico, pode ser uma forma indireta de abandoná-los à própria sorte, permitindo que eles acabem retornando para o mundo do tráfico sem terem a oportunidade de se ressocializar.

- Verificada a necessidade de mero acompanhamento e orientação do jovem infrator, deve ser mantida a medida socioeducativa de liberdade assistida, através da qual será viabilizada sua promoção social, com inserção em programas de assistência social e profissionalização, além de fiscalização de sua matrícula e frequência escolar. (Apelação Criminal 1.0223.09.291816-6/001, Rel. Des.(a) Renato Martins Jacob, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 19/08/2010, publicação da súmula em 31/08/2010).

Atualmente, no que tange a liberdade assistida, pode-se vislumbrar dois tipos principais de programas de liberdade assistida, onde o primeiro é realizado por organismos governamentais, estaduais ou municipais (SPOSATO, 2006).

Já o segundo é desenvolvido por organizações não governamentais comunitárias ou religiosas, que nos dois modelos de programa, os orientadores são incumbidos de avaliar os adolescentes no cumprimento da medida, em que deverá o juízo ser comunicado acerca da necessidade de prorrogar, substituir ou extinguir a medida (SPOSATO, 2006).

Uma das grandes vantagens que podem ser observadas na liberdade assistida é a dedicação do grupo comunitário no processo socioeducativo, bem como no aprimoramento da convivência familiar e comunitária, malgrado essa medida possa durar um semestre ou mais. Os jovens orientados pelos programas culturais, educativos profissionalizantes e esportivos podem continuar a ser acompanhado pelos educadores que pertencem aos grupos comunitários (FAINZILBER, 2010).

A relação entre a equipe responsável e o jovem pode ser modificada e qualificada, deixando de ser compreendida como mera obrigatoriedade e ação de controle social, para se tornar uma relação de compromisso entre adultos e adolescentes pertencentes a comunidade.

A liberdade assistida, destarte possui uma grande aproximação com o instituto da suspensão condicional da pena (o sursis do direito penal), haja vista que, nessa

medida socioeducativa, é possível se vislumbrar a sua substituição para a privação de liberdade (SPOSATO, 2006).

Logo, este dispositivo previsto no Estatuto da Criança e Adolescente permite a imposição da medida de internação em caso de inadimplemento reiterado e injustificado da liberdade assistida. Todavia, a adoção dessa medida substitutiva será executada no prazo de três meses, conforme aduz Karina Batista Sposato (2006), de modo que essa hipótese se convencionou a ser denominada de internação-sanção, onde decorrido o seu prazo máximo de três meses, tal modalidade será automaticamente convertida em liberdade assistida.

Segundo Rosa Castro, Luci Gati Pietrocolla e Jaqueline Sinhoretto (2000, p. 41-42), existe uma grande deficiência na capacitação profissional dos técnicos, que se propõe a reeducar os adolescentes infratores. Esse quadro é visualizado com base nos relatórios técnicos apontados como superficiais e sumários feitos por estes profissionais, o que inviabiliza com certa precisão a avaliação feita pelo juiz de execução.

Este é um dos fatores que emperra o fluxo de jovens atendidos pelo sistema da liberdade assistida, tendo em vista que alguns infratores permanecem mais tempo que o necessário. Aliado a isso, a falta de uma rede de serviços que dê ao orientador, cursos de capacitação profissional, escolas, programas de assistência à saúde, passa a ser encarado como um óbice intransponível para a execução da medida de forma eficaz, de modo que paralelamente a isso, a falta de oportunidade no mercado de trabalho para o adolescente, também representa outro grave problema para a efetividade da medida (SINHORETTO, 2000).

Portanto, a carência de infraestrutura acaba por transformar a liberdade assistida em uma atividade burocrática, através da qual o jovem se faz presente uma vez no mês “no posto de fiscalização” do cumprimento da medida socioeducativa somente para obter o “carimbo” na carteirinha (SINHORETTO, 2000).

#### **4.2.5 Semiliberdade**

A semi-liberdade configura-se como uma medida intermediária entre a internação e o meio aberto, onde o referido jovem sofrerá com a privação parcial da sua liberdade, em virtude do menor ter praticado um ato infracional grave. Contudo, esta medida não tem a finalidade de cercear totalmente o direito de ir e vir, visto que segundo a dicção do art.120 do ECA, o regime de semi-liberdade pode ser determinado desde o início ou como forma de transição para o meio aberto, onde será possibilitada a realização de atividades externas, que prescinde autorização judicial (LIBERATI, 2008).

A medida resultará no afastamento do jovem da convivência com os familiares e da comunidade da qual ele integra, de modo que, esta medida não comportará prazo determinado, podendo durar até três anos, conforme o art.120, §1º, combinado com o art.121, § 3º, do ECA (SPOSATO, 2006).

A atividade externa da qual os menores desfrutarão será a ida a escola e aos cursos profissionalizantes, a fim de que com o término da medida socioeducativa, o adolescente seja ressocializado e procure um emprego, desenvolvendo uma atividade útil e benéfica para a sua formação (SPOSATO, 2006).

Nesta senda, é imperioso pontuar que, a cada seis meses, no máximo, o juiz, com base no relatório de equipes multidisciplinares, deverão reavaliar se persiste ou não a necessidade de manter o menor sob o regime de semiliberdade ou se determina a sua substituição para a liberdade assistida, consoante destaca Sergio Salomão Sheicaria (2008, p. 203-204), a respectiva modalidade visa consagrar a possibilidade de se reintegrar socialmente, conforme aduz a seguir:

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES - ECA - ATO INFRACIONAL - ABRANDAMENTO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA APLICADA, DE INTERNAÇÃO, PARA SEMILIBERDADE - AJUSTE QUE SE MOSTRA MAIS ADEQUADO - EMBARGOS ACOLHIDOS. 1. Com inteira razão o digno e honrado Dr. Procurador de Justiça, fls. 76/86, quando manifesta pela aplicação/abrandamento da medida socioeducativa imposta na sentença para a semiliberdade, já que, como hoje o embargante já conta com mais de 18 (dezoito) anos, sendo o mais prudente e aconselhável, isto, sempre e sempre com o fito de se dar proteção ao menor, ainda, buscando sua reinserção na vida e no mercado de trabalho, a medida de semiliberdade que, de todas é a que mais aproxima-se de tal escopo, na medida em que traz em seu comando/núcleo, a escolarização e profissionalização do indivíduo. 2. Os atos análogos a crimes constantes da CAC do embargante, em nada apontam para crime cometidos com violência ou grave ameaça. 3. Exsurge do ECA um de seus princípios que é a segurança, com absoluta prioridade, à efetivação dos direitos fundamentais

daqueles que se encontram em condição de desenvolvimento. Exatamente daí o caráter educativo e não penalizante das medidas socioeducativas dispostas no ECA que visam sempre a recuperação do menor para o convívio em sociedade. Assim, sempre que verificada a prática de ato infracional disposto como crime, deve o juiz aplicar a medida necessária e suficiente à reintegração e ressocialização do adolescente. (Emb Infring e de Nulidade 1.0428.10.001937-4/002, Rel. Des.(a) Walter Luiz, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 04/09/2012, publicação da súmula em 17/09/2012).

Diante desse julgado é possível perceber a preocupação do judiciário e do legislador em reintegrar o jovem na sociedade.

#### **4.2.6 Internação**

A medida de internação corresponde a mais grave das medidas socioeducativas, em razão do elevado grau de ingerência estatal na esfera de liberdade dos jovens, conforme aduz o art. 121 do ECA (FAINZILBER, 2010).

Essa medida é considerada a última *ratio* das penalidades a serem aplicadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo que, elas serão aplicadas em face dos atos infracionais mais graves praticados.

Todavia, a aplicação desta medida deve-se encontrar sempre norteadas pelos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento (art. 121 do ECA), visto que estes princípios representam a vigia mestra que edifica o instituto da internação na legislação do ECA (FAINZILBER, 2010).

Perante a análise desses princípios se verifica que, o princípio da brevidade decorre do diploma constitucional e parte da premissa de que a intervenção punitiva deve ser adimplida pela criança e adolescente no menor tempo possível, tendo em vista que essa medida é a mais delicada a ser aplicada, pelo fato dela restringir a liberdade do adolescente, cujo prazo mínimo é de 6 meses, sendo mantida até 3 anos, ressalvada a internação sanção, cujo prazo é de 3 meses tendo a sua aplicação prevista no art. 122, III, do ECA(SHEICARIA, 2008).

Já o princípio da excepcionalidade informa que a medida de internação deve ser a medida aplicada, quando se evidenciar que as outras modalidades de medidas

socioeducativas falharam ou não se revelaram suficientes para implementar uma ação socioeducativa no caso concreto. A adoção desta “pena”, no entanto se revela bastante agressiva aos bens jurídicos do adolescente, o que justifica o seu enquadramento como uma medida excepcional (SHEICARIA, 2008).

#### 4.3 SOLUÇÕES EMPREGADAS PARA DIMINUIR A CRIMINALIDADE JUVENIL

Diante da falência do sistema penitenciário vigente, é possível constatar que este não consegue recuperar, nem mesmo ressocializar, tendo em vista que os presídios brasileiros se encontram cada vez mais superlotados.

Diante disso, o judiciário do Rio Grande do Sul tem adotado uma medida denominada de “justiça instantânea” onde se tem obtido eficácia e eficiência nas ações do poder público referentes as infrações perpetradas pelos menores. A “justiça instantânea” possui um centro de atendimento que tem a participação da polícia, Ministério Público, Defensoria e do Judiciário atuando de forma integrada no mesmo local, permitindo que se tenham decisões quase que de forma imediata em casos flagrância levados pela polícia civil e militar. Já no tocante as apurações do crime, este sistema não tem logrado muito êxito como se esperava, todavia, comparado ao modelo anterior, pode-se dizer que está muito melhor (ESTEVÃO, 2007).

O modelo adotado em Porto Alegre encontra-se em conformidade com o artigo 88, inciso, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que retrata uma das diretrizes da política voltada à integração operacional do Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Segurança Pública e Assistência Social em um mesmo local, para que assim possa ser dado um atendimento inicial mais ágil ao adolescente que foi “penalizado” pela prática de um ato infracional (ESTEVÃO, 2007).

Nesse projeto de “justiça instantânea”, os casos em flagrante, em regra possuem a investigação precedente ao processo, onde a instrução e aplicação das medidas socioeducativas se darão de forma imediata, sendo ressalvada a internação provisória, em que o contraditório se efetiva de outra maneira. Este projeto tem tido quase 100% (cem por cento) dos casos resolvidos no mesmo dia, ou em no máximo

quarenta e oito horas, o que revela tamanha eficiência e celeridade no trâmite desse procedimento (ESTEVÃO, 2007).

Portanto, em vez de defender a redução da maioria, se faz necessário adotar políticas públicas que se revelem ágeis e suficientemente amplas para combater os fatores que alimentam a violência e a criminalidade, pois, as medidas socioeducativas em espécie tem exercido um caráter sancionatório nas crianças e adolescentes que cometem atos infracionais ao invés de buscar ressocializar esses menores (SPOSATO, 2006). Porém, esta incapacidade de ressocializar está muito associada a falta de estrutura fornecida a esses jovens quando vão cumprir essas medidas socioeducativas.

Além disso, para Roberto Delmanto a estrutura das Febems são precárias e obsoletas, de modo que no seu artigo ele demonstra que não precisa gastar muito dinheiro para se desenvolver planejamentos que surtam efeitos na diminuição do índice de criminalidade, basta ter um bom plano e saber executá-lo. Além disso , segundo Delmanto (2001, p. 115):

Nos Estados Unidos, há sete anos a ministra da Justiça JANET RENO implementou um plano nacional rápido, barato e exequível mesmo para um país como o nosso. Construíram-se nas periferias das grandes e médias cidades, pequenas quadras de esporte, um local para os jovens se reunirem. O resultado foi surpreendente: índices de criminalidade na faixa etária de 12 a 17 anos chegaram a cair até 7%, caso de San Diego, Califórnia.

Deste modo, percebe-se que a adoção de pequenas medidas prescinde o vultoso gasto de recursos públicos, desde que essas medidas sejam bem orquestradas e planejadas pelo poder público. Porém, Delmanto propõe no seu artigo, como solução para inibir a impunidade dos jovens infratores, que os atos infracionais perpetrados de forma dolosa pelos menores das quais resultam morte ou lesão gravíssima, fosse dilatado o tempo máximo da internação, onde a liberação compulsória pudesse ser razoavelmente ampliada, cujos prazos fossem inferiores aos prazos de prisão previstos no Código Penal. Afinal, é cediço que muitas vezes três anos não seja tempo suficiente para ressocializar um jovem que tenha praticado infrações com certo requinte de crueldade (DELMANTO, 2001).

#### 4.4 CRITÉRIOS DE IMPUTABILIDADE

O Direito Penal consagrou em sua legislação como critério para atribuir a inimputabilidade para crianças e adolescentes o critério biológico, que se consubstancia pelo simples fato do indivíduo ser contemplado com a sistemática do ECA até os dezoito anos incompletos. Logo, este sistema não observa o desenvolvimento cognitivo da pessoa até chegar aos dezoito anos, através do qual o sujeito não se submete a pena, mesmo que seja capaz de entender a ilegalidade dos fatos, pois, o fator biológico tem o condão de elidir a imputabilidade pela prática de ilícito criminal em face do sujeito ser menor de dezoito anos.

Já o critério psicológico questiona se existe uma perturbação mórbida no sujeito, que comprometa a sua capacidade de compreensão acerca dos fatos do mundo da vida. A doutrina, entretanto, critica essa corrente, pois, ela retrata o quanto difícil seria no caso concreto, confeccionar prova do qual a pessoa conhecia a norma infringida, uma vez que, este método se propõe a analisar as peculiaridades do sujeito, o que se revela bastante difícil na prática.

Já o sistema biopsicológico representa um misto do método psicológico com o biológico, cujo comportamento deve se manifestar sob o amparo da inimputabilidade, ou seja, a atuação se dará com base numa situação cominada em lei, pelo fato deste critério congrega a necessidade de se identificar os problemas mentais, bem como o fator biológico (PASCUIIM, 2006, p. 108).

No entanto, no tocante ao Código Penal aplica-se o critério biopsicológico, onde se vislumbra a congregação do critério biológico juntamente com o critério psicológico, através do qual o sujeito além ter que possuir uma faixa etária superior a dezoito anos, o indivíduo deve estar também com a sanidade mental preservada para ser responsabilizado criminalmente pelas suas ações que produzam efeitos na seara penal.

Diante disso, a pessoa demonstrará ter livremente a capacidade de entender o que faz, exteriorizando a capacidade de compreender as consequências dos seus atos através do qual apresentará aptidão para se submeter as legislações penais. Logo, com o preenchimento destes requisitos o sujeito pode ser considerado imputável a título de aplicação de pena, submetendo-se, portanto, ao conjunto de normas penais incriminadoras (MINAHIM, 1992).

Perante este contexto, que versa sobre o critério de imputabilidade, percebe-se que a noção de responsabilização penal não se restringe ao fato da pessoa ser maior de dezoito anos, mas também pela premente necessidade de se observar a maturidade mental do sujeito ao manifestar a sua vontade, uma vez que o indivíduo deverá compreender o caráter da ilicitude dos fatos reprovados pelo Direito Penal, visto que os compreendendo, o indivíduo será responsabilizado criminalmente (PASCUIIM, 2006).

Desse modo, pode-se depreender que o menor de dezoito anos é objetivamente incapaz de discernir as consequências dos seus atos. Com isso, convém pontuar que os critérios de imputabilidade ora tratados servem como elementos de exclusão da culpabilidade, inclusive para aquelas pessoas que ultrapassarem a maioridade, pois, mesmo que a pessoa seja maior de dezoito anos, ela pode ser desprovida de capacidade de discernimento, em razão de problemas psicológicos, o que ensejará a sua exclusão da responsabilidade criminal.

Logo, perante a situação de vulnerabilidade física e psíquica que se encontram os jovens na sociedade, evidencia-se a necessidade de um contingente de jovens receberem um tratamento díspare ao atribuído aos adultos. Eis que, tratam-se de pessoas que se encontram desenvolvendo a sua personalidade, em estágio de maturação, de modo que, o conhecimento científico existente permite analisar os jovens nas mais variadas formas, seja na perspectiva biológica, psicológica ou social, fato que por si só atesta a necessidade de um tratamento diferenciado.

## **5 A DIALÉTICA EXISTENTE ENTRE A REDUÇÃO DA MAIORIDADE E A MANUTENÇÃO**

A dialética corresponde a um método que promove discussões sobre um postulado erigido através do qual são apresentadas teses, antíteses e sínteses, cujo objetivo é questionar a base científica deste postulado, possibilitando a apresentação de argumentos contrários aos apresentados pelas antíteses. Essas antíteses podem também desconstruir ou aperfeiçoar a construção teórica, dependerá de como se dará esse embate dialógico, que permitirá a construção de uma teoria ou não.

Este método bastante utilizado tem como um dos grandes precursores teóricos o eminente filósofo Georg Wilhelm Friedrich Hegel, cujo método é comumente conhecido como dialética hegeliana, daí a importância da sua utilização em artigos científicos e em monografias. Afinal, a sua utilização em muito contribui para aperfeiçoar o trabalho elaborado.

### **5.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL**

A necessidade da redução da maioridade é sustentada pelos seus defensores, através dos mais variados argumentos, dentre eles estão os que sustentam que o legislador estipulou a maioridade penal aos dezoito anos por ter utilizado como parâmetro a maturidade dos jovens da década de 40. Isso atesta o descompasso do marco teórico com a atual realidade social. Afinal, o mundo mudou muito dos anos 40 para a atualidade, haja vista que os jovens da hodiernidade sofreram grandes mudanças no tocante a capacidade de discernimento. Eis que a revolução tecnológica trouxe severas mudanças ao quadro social, o que acarretou uma maturidade precoce nos jovens da atualidade.

Na hodiernidade, o acesso à informação é infinitamente maior que nos anos 40, visto que a industrialização e o acesso aos meios de informação ainda eram precários e de difícil acesso. Deste modo, o acesso desmedido a informações permitiu que o adolescente dos tempos atuais obtivesse um maior grau de amadurecimento em menor intervalo de tempo, possibilitando-se também de forma

mais célere o alcance da consciência necessária para diferenciar o certo do errado, quando comparado com o jovem da década de 40 (FAINZILBER, 2010).

Um dos argumentos bastante utilizado em defesa da redução da maioria penal está vinculado a facultatividade que o adolescente detém entre os dezesseis e os dezoito anos de poder votar nos mais variados cargos políticos, que estruturam o país. Destarte, se o poder legislativo encara o jovem com a maturidade suficiente para participar do futuro da nação, não há porque considerá-lo imaturo para compreender o caráter ilícito de uma conduta típica (SIMÕES 2000).

Além disso, Fernando Capez (2007, p.78 e 79) defende que é justa a redução da maioria penal, uma vez que, para ele a atual situação retrata uma “carta branca” para que os adolescentes pratiquem barbáries no seio da sociedade e fiquem impunes. Diante disso, Capez também defende que não tem fundamento o argumento de que o infrator é fruto da sociedade, em razão dele não ter tido acesso a lazer, saúde e educação, estando, inserindo, portanto, na margem da sociedade. No entanto, se tal argumento fosse válido, efetivamente, o mesmo deveria ser aplicado aos maiores de 18 anos que também são oriundos de famílias desestruturadas e que vivem de forma precária e indigna, mas que na prática não são beneficiados com esses argumentos. Com base nisso, pode-se perceber a incoerência lógica na defesa do argumento contrário a redução.

Ademais, Guilherme de Souza Nucci, citado por Fernando Fainzilber (2010, p. 122-123), sustenta a possibilidade de criação de emenda constitucional, que possibilite a redução da maioria penal, pois, segundo ele existe:

Uma tendência mundial na redução da maioria penal, pois não mais é crível que os menores de 16 ou 17 anos, por exemplo não tenham condições de compreender o caráter ilícito do que praticam, tendo em vista que o desenvolvimento mental acompanha, como é natural, a evolução dos tempos, tornando a pessoa mais precocemente preparada para compreensão integral dos fatos da vida”, finalizando com a afirmação de que não podemos concordar com a tese de que a direitos e garantias fundamentais do homem soltos em outros trechos da carta, por isso também cláusulas pétreas, inseridas na possibilidade de emenda prevista no Art. 60, §4º, IV, CF.

Logo, segundo o referido autor, os jovens com dezesseis anos já possuem maturidade suficiente para discernir acerca da ilicitude dos fatos perpetrados, sendo passível, portanto, de responder criminalmente pelos seus atos.

Na década de 70 iniciou-se o reconhecimento da sociedade de uma doutrina político-criminal, comumente conhecida como “Movimento de lei e ordem”, também denominada como "*Law and order*". Os operadores do direito mais severos defendiam que os elevados índices de criminalidade devem ser controlados ou minimizados através da adoção de medidas mais duras com os sujeitos que infringirem a lei.

A propagação destas ideias se deu em uma conjuntura social inerente aos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, sobretudo no que tange aos países latinos, que durante este período enfrentou diversas ditaduras militares. Neste cenário, as pessoas detentoras de um maior poder aquisitivo estavam sendo alvo frequente de crimes, tais como: sequestros e roubos a grandes personalidades da sociedade da época. Em virtude desses eventos, o Direito passa a ser visto como a ferramenta hábil para dirimir estas celeumas sociais enfrentadas pela sociedade, como se as normas penais fossem capazes de resolver todos os males provocados pela violência juvenil (TELLES JÚNIOR; GRAU, 2012).

Para essa doutrina, quanto mais rigor tiver a legislação mais eficiente será a Administração Pública no que toca as questões referentes à segurança pública (TELLES JÚNIOR; GRAU, 2012). Em verdade o governo acaba empregando medidas paliativas de cunho repressivo ao invés de adotar medidas preventivas por intermédio das políticas públicas em busca de uma melhor distribuição de renda, educação, saúde dentre outras questões que permitiriam vislumbrar-se um estado mais justo e solidário.

A referida tese sustenta a necessidade de se aplicar as mais elevadas penas privativas de liberdade, adotando-se um maior rigor nas condenações por práticas delituosas, seguindo-se, destarte, as diretrizes traçadas pela escola de Chicago dos Estados Unidos, que defende os desdobramentos teóricos da lei e ordem. Posto que, segundo estes postulados a coação psicológica promovida pela sanção inibe a prática de ilícitos penais (TELLES JÚNIOR; GRAU, 2012).

Logo, perante essa conjuntura social dentre os argumentos levantados pelos defensores da redução da maioria penal é suscitada a tese de que os adultos estavam se utilizando dos adolescentes nas ações criminosas, fato que impossibilitava a efetiva ação da polícia e da justiça, uma vez que os verdadeiros autores dos crimes ficam impunes (TELLES JÚNIOR; GRAU, 2012).

Ademais, é necessário pontuar que ao tratar da capacidade para a responsabilidade penal, suscita-se o fato dos jovens poderem votar aos dezesseis anos, o que de per si pressupõe o reconhecimento da maturidade dos jovens, que atualmente possuem um maior acesso às informações seja pela rede mundial de computadores, seja pelos meios de comunicação, que veiculam as informações em tempo real, proporcionando-se o amadurecimento dos jovens de forma mais precoce (TELLES JÚNIOR; GRAU, 2012).

Logo, diante dessas circunstâncias advoga-se a tese de que os jovens têm plenas condições de responder penalmente por suas condutas, visto que segundo esta corrente não haveria óbices constitucionais para alterar a maioridade penal, uma vez que o grande motivo que justifica a inimputabilidade seria a ausência de discernimento ao praticar delitos (TELLES JÚNIOR; GRAU, 2012).

Já no tocante a constitucionalidade da diminuição da menoridade, o jurista Kyoshi Harada (2007, p.1) não concorda com a tese ventilada que defende a inconstitucionalidade da redução da maioridade, pois, segundo ele o Código Penal é de 1940, visto que naquela época o discernimento do jovem de 18 anos não corresponde a mesma maturidade que o jovem da hodiernidade, haja vista que atualmente o próprio legislador admite que o adolescente de dezesseis anos eleja o seu representante no legislativo, uma vez que, segundo ele:

Alguns juristas, embora favoráveis à revisão do princípio da inimputabilidade, argumentam com a impossibilidade jurídica de sua supressão, porque estaria protegido pelas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV da CF). Assim não entendemos. Se é verdade que direitos fundamentais não são apenas aqueles arrolados no art. 5º da CF, não menos verdade que o art. 228 da CF, que prescreve a inimputabilidade do menor de 18 anos está inserido no capítulo VII, que versa sobre a família, criança, adolescente e idoso, isto é, envolve consideração de conceitos em evolução. Por isso, possível a ampliação da idade do idoso para fins de aposentadoria. Assim, não é de se supor que o constituinte tenha manietado a ação do Estado na defesa da sociedade contra crimes perpetrados por adolescentes, um conceito dinâmico e não estático. A infração cometida por menores de 18 anos, que na década de 40 era uma exceção, hoje, transformou-se em uma rotina. Pior ainda: é causa da expansão de crimes praticados por adultos, com o emprego de menores inimputáveis.

Nenhuma norma constitucional pode ter a aptidão para petrificar conceitos em aberto. E a inteligência do intérprete deve pautar-se pela leitura atualizada dos textos legais (constitucionais e infraconstitucionais), levando em conta que a idade mental do menor de 18 anos, atualmente, não mais corresponde à idade cronológica do adolescente da década de 40 (HARADA 2007, p. 1).

Nesta mesma linha, o professor Guilherme de Souza Nucci ao comentar o art.27 do CP, demonstra ter um posicionamento favorável a redução da menoridade, visto que para ele não há empecilhos para tal construção jurídica através da implementação de emendas à Constituição, que possibilite a redução da maioridade. Porém, Nucci faz ponderações em relação à estrutura do sistema carcerário atual, uma vez que ele se revela precário e decadente em face da superlotação existente, o que torna, momentaneamente, inviável a adoção dessa medida antes de reestruturar o sistema prisional (NUCCI, 2007).

Além disso, a doutrina filiada por Estevam admite a defesa da redução da menoridade penal como uma alternativa para reduzir os altos índices de criminalidade que afligem a sociedade, através do qual eles defendem que o art. 228 não deve ser considerado cláusula pétrea, não merecendo, destarte, guarida o art. 60, § 4º, IV, da CF (ESTEVAM).

## 5.2. POSICIONAMENTO INTERMEDIÁRIO ACERCA DA MAIORIDADE

Luís Flávio Gomes sustenta que a maioridade é uma alternativa inapropriada e desproporcional para minimizar a criminalidade juvenil. Porém, segundo ele não é razoável e flexível por parte do ECA delimitar o prazo de internação em até três anos, visto que tanto a redução como a limitação do prazo de três anos para a internação retratam posições extremadas, de modo que, a solução aludida seria a ampliação da medida de internação para os crimes mais graves, como é o caso de homicídio, dos crimes hediondos, dentre outros.

Além disso, advoga-se a tese de que um menor que tenha praticado um crime com requinte de crueldade, apresentando patologias psíquicas poderia ficar internado por até dez anos caso fosse necessário.

O professor Fernando Capez também capitaneia a ideia de ampliação da pena de internação, visto que, ele defende que o autor da conduta criminosa deve sofrer a retribuição em consonância com a gravidade da infração perpetrada, estando, portanto, sob o amparo da principio da individualização das penas e da proporcionalidade.

Ele acredita que ao invés do adolescente ser liberado compulsoriamente aos vinte e um anos, o jovem deve ser liberado aos 30, ampliando, portanto, o tempo de restrição da liberdade até conseguir ressocializar o jovem ao longo deste período (CAPEZ, 2007).

Outro doutrinador que admite a ampliação da medida de internação é Roberto Delmanto, que sustenta que seria desproporcional um jovem praticar um crime que produza sérias lesões a bens jurídicos e se submeta no máximo a uma pena de três anos (DELMANTO, 2001).

Já para Luiz Flávio Gomes, mencionado por Fernando Fainzilber (2010, p.134-135), o ECA já prevê medidas que podem ter eficácia social. Contudo, ele admite que seja adotada uma postura mais rigorosa para os jovens que possuem certo desvio de personalidade e que tenha causado a morte de forma dolosa, de modo que, neste casos deveriam serem ampliadas as medidas de internação.

Nesse sentido, Amaro citado por Fainzilber, aduz:

Para mudar padrões de conduta, de valores, e levar o indivíduo a poder administrar seus instintos agressivos e libidinosos, bem como se conscientizar de sua capacidade de construir e desconstruir relações, pode-se levar mais de uma década nos casos de sucesso terapêutico. Nessas condições, os três anos de internação de menores com delitos graves são insuficientes para mudanças. A diminuição da maioridade penal pura e simplesmente não resolveria o problema prático. Algumas conclusões podem ser colocadas: a eliminação do art.21 do Estatuto da Criança e do Adolescente e o aumento do número de anos em que o menor ficará privado de sua liberdade, dependendo da gravidade do crime, enquanto sua periculosidade para o meio ambiente permanecer, e a adoção de medidas profiláticas no meio social para diminuir o número de jovens que surgem com atividade antissocial; a formação de uma junta profissional especializada (psiquiatras, psicólogos, psicanalistas, assistentes sociais, etc.), cuja responsabilidade é aferir se a variável periculosidade antissocial permanece, para opinar sobre a possível liberação da internação nos estabelecimentos especializados, e não apenas um número três, quatro, cinco ou dez anos, que não são capazes de controlar a variável periculosidade antissocial. (FAINZILBER, 2010, p. 135)

Neste contexto, ele defende que o menor nessa situação deverá receber um tratamento adequado que não deverá durar mais do que dez anos, conforme também sustenta Luis Flávio Gomes.

Neste panorama, é interessante a concepção mencionada por Fainzilber, onde Artur Kaufman, professor, doutor no Departamento de Psiquiatria da Faculdade de Medicina da USP, defende o seguinte argumento:

Considero que o menor que disponha de consciência, entendimento, discernimento, intenção, compreensão, ao crime qualificado com requintes de crueldade, deva ser julgado imputável e responder em um primeiro momento dentro do Estatuto da Criança e do Adolescente, recebendo assim uma sanção socioeducativa e, a partir do momento que atingir a maioridade, deva responder criminalmente. Não se trata de colocar o adolescente numa penitenciária juntamente com criminosos adultos, mas que haja uma internação sem limite de tempo máximo pré-determinado, uma vez que o número "3" (de três anos) nada significa. Seria mais interessante que o menor internado fosse submetido a medidas socioeducativas e periodicamente fosse visto por uma equipe de saúde mental que avaliasse seu grau de periculosidade. Mas estas deveriam ocorrer dentro de um estabelecimento realmente efetivo, com programas de psico e socioterapia, atividades físicas, esportivas, artísticas, etc, prestação de serviços à comunidade liberdade assistida e inserção em regime de semiliberdade, e não uma instituição que representasse uma escola de crimes, como é atualmente a Febem, ironicamente chamada de Fundação Estadual para o Bem-Estar do menor. Nos casos irrecuperáveis, somente seria aplicada ao menor infrator a medida de segurança, que poderia eventualmente mantê-lo confinado pelo maior tempo possível, caso não fosse constatada a cessação de sua periculosidade. (2010, p.134).

Logo, diante desses apontamentos realizados por Artur Kaufman pode-se depreender que o adolescente, inicialmente se submeterá ao ECA até atingir a maioridade, porém a depender da gravidade do seu crime ele poderá continuar respondendo caso a sua periculosidade ainda não tenha sido cessado, visto que este jovem será acompanhado por uma equipe multidisciplinar que estará frequentemente te avaliando e aferindo a sua periculosidade até a mesma ser cessada.

Outro posicionamento inovador e bem fundamentado é o esposado por Luiz Flávio Borges D'Urso (1990, p.01), que propõe a redução de uma imputabilidade com base na capacidade de autodeterminação, utilizando-se, portanto, um critério biopsicológico.

Nesse sentido, Sônia Maria Teixeira da Silva (2000, p.01) questiona:

Será que os nossos profissionais estão preparados para realizar esses exames com a seriedade que lhes é exigida? Diante da divulgação de tantos laudos falseados por intitulados "profissionais", teremos que a constatação do "amadurecimento intelectual e emocional" do infrator seja mais um meio de se promover injustiças no País.

Neste cenário, todavia, defende-se também a redução da maioridade, através do principio da prevenção geral, que informa que a pena imposta ao delinqüente faz com que a sociedade sintam-se intimidada caso viole a Lei Penal, tendo em vista que uma punição branda para estes jovens traria o ideário lógico de que o "crime compensa".

### 5.3 ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS À REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Um dos posicionamentos que pode ser superado acerca da redução da maioridade está associado a tese de que a capacidade do direito a voto de per si certifica a capacidade do sujeito responder pelos seus atos na esfera penal, pois, o sujeito que tem a capacidade de escolher os seus representantes teria também capacidade de responder criminalmente pelas suas ações(Saraiva, 2008).

No entanto, neste mesma linha intelectual Fernando Fainzilber cita João Batista Costa Saraiva, que afirma:

Dizer-se que o jovem de 16 anos pode votar e por isso pode ir para a cadeia é uma meia-verdade (ou uma inverdade completa). O voto aos 16 anos é facultativo enquanto a imputabilidade é compulsória. De resto, a maioria esmagadora dos infratores nesta faixa de idade se quer sabe de sua potencial condição de eleitores; falta-lhes consciência e informação. A questão de fixação de idade determinada para o exercício de certos atos da cidadania decorre de uma decisão política e não guarda relações entre si, de forma que a capacidade eleitoral do jovem aos 16 anos – facultativa – se faz mitigada. A propósito, a legislação brasileira fixa diversos parâmetros etários, não existindo uma única idade em que se atingiria no mesmo momento, a “maioridade absoluta”. Um adolescente pode trabalhar a partir dos 14 anos e, no plano eleitoral, estabelece que o cidadão para concorrer a vereador deve ter idade mínima de 18 anos; 21 anos para deputado, prefeito ou juiz de paz; 30 anos para governador, e 35 para presidente, senador ou Ministro do STF ou STJ. Não há critério subjetivo de capacitação e sim decisão política. Assim, mesmo sendo discutível a decisão constituinte de outorgar o voto facultativo aos 16 anos, o fato de per se não leva à conclusão que o adolescente nesta idade deve ser submetido a outro tratamento que não aquele que o Estatuto lhe reserva em caso de crime – mesmo eleitoral. Ninguém discute a maior gama de informações ao alcance dos jovens. A televisão hoje invade todos os lares com suas informações e desinformações, trazendo formação e deformação. Considerando o desenvolvimento intelectual e o acesso médio à informação, é evidente que qualquer jovem, aos 16, 14 ou 12 anos de idade é capaz de compreender a natureza ilícita de determinados atos. Aliás, até mesmo crianças pequenas sabem que não se pode matar, que machucar o outro é “feio” ou que não é permitido tomar para si o objeto do outro (2010, p. 120-121)

Logo, o fundamento de que o adolescente tem a capacidade de votar atestada mediante lei não tem o condão de reconhecer a capacidade de discernimento do jovem infrator, uma vez que, esse poder conferido aos maiores de dezesseis anos, em verdade tem mais cunho eleitoral e político do que parâmetro técnico que justifique o reconhecimento desse direito a voto.

A grande maioria dos doutrinadores e acadêmicos, tais como, Frédson Frailan C. Rodrigues e Joildo Souza dos Humildes Luis Flávio Gomes e Luciana Boiteux sustentam que a redução da maioridade é desnecessária, visto que, os seus defensores fundamentam o seu posicionamento através de questões jurídicas e sociais que consolidam e justificam os seus argumentos. Os mencionados autores advogam a tese segundo a qual os verdadeiros causadores do alto índice de criminalidade juvenil são provocados pela sociedade em geral, cuja representatividade é exercida pela família, sociedade em sentido estrito e o Estado (RODRIGUES; HUMILDES 2008), uma vez que, este último se revela omissos frente aos abusos perpetrados pelos menores ao não adotarem políticas públicas sérias que previna a prática de condutas ilícitas consumadas pelos jovens. Porém, na prática os governantes acabam adotando medidas paliativas para dirimir esses problemas, ao invés de enfrentá-los de forma efetiva.

Diante desse cenário, João Estevam da Silva aduz,(1992, p. 19-22) o seguinte:

Como vimos o principal argumento dos que querem ver reconhecida ou reduzida a menoridade penal é o do crescente índice de criminalidade juvenil. Todavia, não fazem seus defensores, alusão à crescente miséria, ao desenfreado favelamento periférico de nossas cidades, ao brutal desemprego, à má distribuição da renda, à inexistência de controle de natalidade, ao analfabetismo, à falta de mão-de-obra qualificada, à deslavada malversação da coisa públicas nesta sagrada, em especial do dinheiro – conduta esta se quer considerada de natureza hedionda, o que tem servido de fonte segura, sombria para matar sua sede nos cofres públicos –, o que mostra o quanto deixa a desejar a pretendida redução da menoridade neste pobre país.

Diante dos fatos ora retratados é factível que os argumentos que defendem a manutenção da maioridade têm o condão de se sobrepor aos da redução da menoridade penal, tendo em vista que existe uma série de fatores sociais que impulsionam os menores a infringir as normas penais.

Neste senda, Paulo de Castro Bezerra, citado por Fernando Fainzilber (2010, p.126), apresenta de forma reduzida os seus argumentos contrários a redução da imputabilidade, onde pontua as seguintes questões:

Em sua grande maioria, referem-se a delitos contra o patrimônio, levando-nos a concluir estarem outros fatores sociais contribuindo para que o infante passe a delinquir, assim como os que têm levado cada dia mais crianças e adolescentes às ruas para pedir “uns trocados” em nossas residências e nas janelas de nossos carros. [...] Tentam passar a ideia que o Estatuto não é uma boa lei e é inaplicável a nossa realidade, mesmo sabendo que este ainda sequer foi colocado em pratica apenas por omissão da sociedade e do Poder Público, que não trata esta questão como prioridade absoluta, assim como exige a Constituição Federal. [...] Trata-se de um argumento

demagógico e risível. A diminuição da idade penal não será capaz de impedir que amanhã sejam recrutados aqueles entre 14 e 16 anos de idade, ou mesmo os mais jovens. E, a partir daí, qual será a simplista “solução” a ser proposta? Por certo continuarmos o mesmo processo de redução sem discussão das verdadeiras causas a serem atacadas, quando então no Brasil até mesmo o recém-nascido merecerá punição por ser um “criminoso em potencial”. [...] Como explicar por que ainda não houve esta mesma “mobilização social” que há para a redução da idade penal, para se garantir às nossas crianças e adolescentes, verdadeiramente, o direito de uma vida digna, com educação de qualidade, moradia, saúde, livres de qualquer forma de exploração e constrangimento? Inúmeras perguntas que por eles nunca serão respondidas.

Ademais, há quem defenda a manutenção da maioridade penal sob a tese de que a proporção dos menores que cometem delito de maior gravidade representa um percentual muito pequeno, ou seja, os delitos praticados por esses jovens são representados por infrações de menor ofensividade. Diante disso, conclui-se que os jovens não praticam infrações que causem grandes lesões aos bens jurídicos, o que demonstra que as ações perpetradas pelos menores não ensejam tanto perigo como a mídia divulga.

Segundo Fernando Fainzilber (2010), reduzir a imputabilidade penal implicará no ingresso de indivíduos que outrora eram considerados inimputáveis para o sistema penal, tendo em vista que a realidade do sistema penitenciário é bastante delicada, pois, é cediço que as casas de detenção correspondem a verdadeiros antros de criminalidade e desrespeito aos direitos humanos, representando um aglomerado grupo de pessoas, perante um ambiente superlotado em condições subumanas.

Logo, inserir o jovem no sistema penitenciário brasileiro é condicioná-lo a uma situação de difícil recuperação e reinserção social, pois, nestas condições desumanas e degradantes a tendência é de o jovem piorar a sua condição.

Afinal, sabe-se que a situação do sistema penitenciário pátrio é trágica e penosa, haja vista que é evidente a dificuldade de recuperação e reinserção social do apenado. Desta forma, é nítida a inviabilidade da inserção social do menor infrator neste mesmo sistema, que é considerado para muitos como a “universidade do crime”.

Acerca desta temática, Paulo José da Costa Júnior aduz a seguinte:

Por vezes, no entanto, preocupamo-nos com o mais, e abandonamos o menos. Fala-se em cura, em recuperação do delinquente. E o Ipresidiário sai do cárcere e em condições morais mais precárias do que entrou. Preferível seria que se garantisse um mínimo para, então, galgar os degraus elevados da recuperação. O Estado precisa assegurar ao recluso

sair da prisão pelo menos como entrou. Se o cárcere não puder reeducar o delinquente, não poderá jamais deteriorá-lo, reformando-o in pejus. Este é o imperativo menor que não pode deixar de ser atendido. Desde Platão vem assegurado esse direito do presidiário de não ser deteriorado no cárcere. Mas nós, o mais das vezes, nos olvidamos dele. As prisões funcionam, não raras ocasiões, como verdadeiras academias do crime. O carcerário sai doutor, e capelo, nas filigranas do delito. (COSTA JUNIOR, 1993, p. 101-103).

Dessa forma, é visível a tendência que existe dos menores marginalizados reincidirem na prática de atos infracionais, na medida em que esses fatos ora relatados só reiteram a necessidade do Estado investir na educação, saúde e lazer, a fim de contemplar ao jovem marginalizado outra perspectiva de vida. Afinal, o lugar de jovem não é nas ruas ameaçando e causando lesões a bens jurídicos de terceiros com a prática de atos infracionais. Mas, na escola buscando se aperfeiçoar para ter um futuro promissor.

Nesta esteira, Magalhães Noronha, citado por Fainzilber, emite a seguinte opinião acerca desta temática tão controversa:

O problema do menor infrator é dos mais graves que o povo tem que enfrentar e sua solução não é simples. Enquanto o maior sofre privações, como poderá o menor subtrair-se aos seus efeitos? Inúmeros são os que começam por não apresentar condições orgânicas que os habilitem a enfrentar as vicissitudes da vida. Gerados em ventres famélicos, corroídos pela sífilis e pelo álcool, são fisicamente destituídos de condições necessárias para os embates da existência. Que é que se pode esperar dessas crianças que vemos a perambular pelas ruas? Magras, pálidas, pés descalços, peito nu, coberta com andrêzios, levam o dia a estender a mão à caridade pública. A vida, sem dúvida, é-lhes madrasta. Escorraçado quase sempre, sem ter uma palavra de carinho, conforto ou estímulo, vai, então, o menor criando-se e aproximando-se da maioridade, animado por um espírito de revolta, que o faz rebelar-se contra os que não o compreendem ou não veem os que ele sofre, ele que outra culpa não tem a não ser a de ter vindo ao mundo sem que pedisse [...]. No terreno material, tudo lhe falta. Nem sempre tem a maloca que o possa abrigar da chuva que alaga, do frio que enregela, do vento que vergasta e do sol que caustica. Dorme frequentemente em plena via públicas nus desvãos das casas, sob pontes, viadutos, etc. Durante o dia bate a rua, essa grande escola do crime, à espreitada oportunidade propicia para obter o que não lhe dão. Encontra-se o menor nessa fase que é a da formação do caráter. É ele amoldável e ajustável, sofrendo por isso a influência do ambiente em que vive. E, agora, ao invés da mão amiga que o ampare e conduza para viver honesto e útil, é o exemplo do companheiro maior que irá influir sobre ele. Envereda então pelo crime. Primeiramente é a subtração de uma coisa de somenos: um fruto tirado da árvore do vizinho, uma quinquilharia subtraída da própria casa, etc., depois, já é um objeto de algum valor que o atrai e, assim, vai, num crescendo, pela escala do crime, aprendendo e aperfeiçoando-se. O anjo da cara suja, o capitão da areia, aproxima-se da maioridade penal. É agora um ladrão, um viciado, um corrupto estando à penitenciária à sua espera (FAINZILBER, 2010, p.136-137).

Portanto, perante esse cenário social exibido compreende-se que os menores infratores descambam para o mundo do crime, em razão de diversos fatores sociais, cujos principais motivos estão associados a uma família e vida desestruturada, na qual a falta de oportunidades de crescimento e o meio precário em que vivem, acabam tornando-os reflexos do ambiente em que estão inseridos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), porém, sob uma análise da sua existência, permite traçar dois objetos a serem alvo de reflexão. O primeiro está associado ao próprio caráter da lei e o segundo está relacionado ao papel que é exercido pela inimputabilidade no contexto da legislação brasileira.

Afinal, estas premissas servem de base para reverberar a dedicação do Estado com o destino das crianças e adolescentes brasileiros, o que demonstra “tamanho preocupação” do ente com adoção de medidas políticas de caráter protetivo adotadas em prol do menor de dezoito anos.

Todavia, a sociedade e os operadores do direito muito se questionam se toda essa legislação e políticas protetivas vigentes detêm plena efetividade no seio da sociedade (CERQUEIRA 2008). Afinal, o próprio ECA e a Constituição Federal preveem um grande arcabouço de direitos e garantias em prol deste grupo, porém a sociedade ainda não conseguiu identificar um resultado prático e efetivo para as celeumas que envolvem a criminalidade juvenil.

Diante desse cenário, percebe-se que o Estado brasileiro valoriza em demasia o exercício do poder legiferante em garantir direitos, deixando de se preocupar com toda a estrutura que se faz necessária para se obter a eficácia social dessa legislação que permeia a sociedade. Afinal, não é a mera edição de normas que irá solucionar e provocar mudanças sociais necessárias para se lograr uma satisfação social no tocante a proteção de direitos juvenis, tendo em vista que o menor de dezoito anos deve receber um tratamento diferenciado e especial quando comparado aos adultos (BIANCHINI; GOMES, 2007).

Neste panorama, os estudiosos da sociologia se propõem a analisar os fenômenos sociais que circundam o grupo de crianças e adolescentes que mais cometem infrações. Nesta pesquisa os sociólogos puderam identificar que existem características que são comuns às famílias que possuem menores infratores, como

por exemplo, a situação de pobreza, o alto índice de natalidade e uma moradia desestruturada (RODRIGUES; HUMILDES, 2008).

Perante estes problemas os psicólogos e psiquiatras constataram que as relações afetivas existentes nestas crianças são precárias e insatisfatórias, uma vez que essas famílias não conseguem atender as necessidades materiais elementares para manutenção de uma vida digna. Eis que:

Médicos têm também denunciado o grande numero de doenças e mortes resultantes da desnutrição, da falta de condições de salubridade, em locais onde se alojam as populações de baixa renda. Por outro lado, inexistente uma ação, na área de saúde, apta a oferecer resposta proporcionalmente capaz de reverter o quadro, até porque a questão passa pelo âmbito de outras ações.

Educadores, por sua vez mostram a alarmante quantidade de crianças que não tem acesso à educação ou têm-no de maneira inadequada, o que gera evasões em massa das escolas. Relacionam o fato com a pobreza, a necessidade de precocemente enfrentarem tais crianças o mercado de trabalho em subempregos e com falta de estimulação ambiental compensatória. Esses dados demandam uma política educacional transformadora, atenta a interessada em nossos programas, nova didática e novas escolas.

Nesse panorama, surge o Estatuto da Criança e do Adolescente, pretendendo absorver todas as necessidades sociais (da mesma forma que alguns outros textos legais) e torna-las satisfeitas através da norma. Cuidando de matérias que vão desde a identificação plantar e digitais do recém-nascido, ao conceito formal de liberdade (art. 16) e, dentre outros direitos, ao de acesso assegurado às diversões e espetáculos públicos, representa a fé na capacidade mágica da lei. (MINAHIM, 1992, p. 92)

O ECA, ao longo do tempo, tem sofrido cada vez mais com as discussões acerca da redução da maioridade, de modo que, isto tem sido presenciado com certa frequência, sobretudo, em razão do surgimento dos mais variados meios de comunicação, que de certo modo potencializam e muitas vezes criam a própria opinião pública, sendo estas concepções na maioria das vezes incompatíveis com a realidade jurídica e social.

Neste sentido, a pressão midiática, mesmo que indiretamente, através de seus programas e novelas, constroem e convencem a população de como elas devem pensar sobre um dado tema (BIANCHINI; GOMES, 2007).

Segundo Roberto Barbato Júnior (2004, p. 430-431), nos países em que se vislumbra um alto índice de corrupção envolvendo os operadores do direito, inúmeros grupos sociais manifestam a sua indignação com a estrutura do judiciário, que muitas vezes se revela moroso para resolver os problemas suscitados em sua esfera de poder. Diante disso, pode-se observar que, em vez da mídia buscar alternativas para dirimir os problemas ora enfrentados, eles preferem promover

severas críticas ao contexto social em que vivem, comprometendo ainda mais a imagem do tema em questão, pois, ao invés de ajudar a resolver o problema e reverter esse quadro de violência. A postura adotada somente amplia a insatisfação popular, o que pode, inclusive acarretar mais problemas sociais, de modo que, perante esta situação, o espírito de solidarismo se camufla, dando-se força para a opinião pública pensar que as instituições do “legislativo, executivo e judiciário” se encontram totalmente irrecuperáveis.

Consoante, a análise de Ana Lúcia Sabadell, “a maior parte da sociedade tem uma imagem distorcida do sistema jurídico e, desta forma, as respostas não refletem a realidade do mundo do direito, mas somente uma opinião confusa e ideológica” (2002, p. 211). Afinal, a maioria dos cidadãos brasileiros não detém conhecimento necessário para filtrar as informações veiculadas, bem como questioná-las. Isto compromete a capacidade de entender se a justiça combate ou não com eficiência a criminalidade. Nesta situação, caso essas indagações sejam levadas ao cidadão, ele, invariavelmente, vai tentar responder generalizando com base em poucas experiências pessoais e, principalmente, reiterando a opinião manifestada pela mídia, que somente dá ênfase aos escândalos e nunca noticia o cotidiano da organização do judiciário, somente registrando os momentos que os interessa.

Com isso, presencia-se que os questionamentos referentes à opinião sobre o judiciário em geral, somente reproduz “o senso comum”, difundido pela mídia, que retrata estereótipos e visões sensacionalistas, o que não permite seguramente constatar a realidade de fato e de direito (WEINMANN, 2007).

O poder da mídia na opinião pública pode ser verificado, por exemplo, quando se veicula a ocorrência de um crime repugnante e a população é movida pelo sentimento de insatisfação, que é muito característico de quem se vê perante as atrocidades do dia-a-dia. Logo, sob a égide de uma suposta legitimidade reivindica-se sanções mais severas ao menor infrator (BARBATO JÚNIOR, 2004).

No direito pátrio, como todos sabem, alguns propõem a redução da maioria penal para os jovens de dezesseis anos e outros sustentam, inclusive, que deveria ser reduzidos para os quatorze anos. Todavia, muito se questiona se essas propostas irão efetivamente promover uma redução no elevado índice de violência no Brasil, e se essa seria a melhor via a ser eleita para dirimir este problema.

Nesta senda, podem-se aferir dois posicionamentos extremados acerca da redução da maioria, sendo a primeira dos seguidores da doutrina do direito penal máximo e, do outro lado, a doutrina que defende o abolicionismo penal, que inclusive vai de encontro com a redução da maioria penal.

A implementação de normas de Direito Penal em situações de crise social revela-se temerária em face da violação aos direitos fundamentais albergados pela atual Constituição brasileira. Visto que, em virtude do sensacionalismo promovido pelos meios de comunicação, revela-se cada vez mais preocupante a intervenção estatal em matéria penal, haja vista que, conceber a adoção de normas penais sob o amparo de uma política de caráter simbólico e emergencial, acaba invertendo a ordem de valores que consagram a atuação subsidiária do Direito Penal como a *ultima ratio* para solucionar os problemas enfrentados pela população, uma vez que o sistema jurídico penal acaba sendo usado para outros fins, que não os de defesa a direitos fundamentais, como, por exemplo, voltados a atender aos anseios da opinião pública, que muitas vezes é manipulada pela mídia (BIANCHINI; GOMES, 2007).

Nesta linha de raciocínio, evidencia-se que o elevado grau de sensacionalismo promovido pelos meios de comunicação locais e nacionais, associado à falta de vontade de apresentar notícias sérias e reais, consubstanciam as matérias veiculadas a população, que absorvem essas informações transmitidas como se fossem uma verdade absoluta, o que maximiza o sentimento de impunidade e insegurança na população, tendo em vista que a grande maioria dos telespectadores que assistem estes programas não possuem um nível de instrução satisfatório, fato que compromete mais ainda as perspectivas acerca do cenário social, que acaba perdendo a sua credibilidade perante a população, uma vez que elas sequer tem a capacidade de filtrar as notícias que veem, visto que a manipulação realizada pelas emissoras acaba por produzir grandes efeitos em todo país, através do Direito Penal emergencial (BIANCHINI; GOMES, 2007).

O Direito Penal simbólico se propõe a aumentar o controle social através da pressão midiática, que se incumbem de criar frases que produzem sérios efeitos na sociedade, visto que as emissoras de televisão alimentam um sentimento de insegurança na sociedade, uma vez que eles divulgam através da tv que os problemas sociais

devem-se a ausência de legislação que trate e reprima estes delitos (BOITEUX, 2008).

A tese do Direito Penal simbólico é amplamente criticada, pelo fato dela desrespeitar uma série de direitos e garantias fundamentais inerentes aos jovens que se submetem ao ECA. Contudo, em verdade este instituto é reflexo da falta de sucesso na ressocialização da pena, que somente rotula e estigmatiza o menor infrator – sob os influxos teóricos do *labeling approach* (BIANCHINI; GOMES, 2007).

Diante dos frequentes furtos e roubos mostrados pela televisão acaba sendo difundido de forma exacerbada a violência causada pelos jovens, de modo que, (BOITEUX, 2008) isto culmina com edição de leis que se encontram em notório descompasso com a nossa realidade social.

Deste modo evidencia-se tamanha falta de preocupação com a apuração dos eventos sociais, observando-se, verdadeiramente, como se dá a prática das condutas desviantes veiculadas nas redes de televisão.

Aliado a isso, convém, enfatizar que não é a quantidade de leis e o rigor na punição que vão ser determinantes para minimizar o índice de criminalidade, mas os programas e planejamentos feitos pelo Estado para evitar que os jovens sequer venham a praticar atos infracionais (BOITEUX, 2008).

É cediço que a mídia exerce o papel de difundir ideias e fatos distorcidos, de caráter eminentemente exagerados, utilizando-se da violência e miserabilidade humana como ferramenta para obter audiência. Diante desse cenário, manipulado pela radio de difusão de som e imagem é que os juristas que defendem o referido movimento tem ganhado força perante os três poderes do Estado, que é justificado pelo sentimento de insegurança criado pelos meios de comunicação (BARBATO JÚNIOR, 2004).

Diante desse quadro social, é que se vislumbra a edição de novas leis que almejam elidir este sentimento de insegurança, conforme se verifica com a Lei Seca, a lei de prisões, a lei de crimes hediondos dentre outras (BOITEUX, 2008).

A aplicação dessas medidas mais enérgicas carecem de legitimidade e proporcionalidade, afinal, o emprego de normas penais de forma desmedida e sem controle, em detrimento de outras medidas mais eficientes que as utilizadas, denotam um flagrante descompasso com o sub-princípio da adequação.

Ademais, o exercício do poder legiferante ao editar normas emergências tem atestado um alto nível de despreparo dos legisladores, uma vez que as legislações dessa natureza ora confeccionadas não se preocupam em observar se estas normas erigidas se coadunam com as normas constitucionais, consagradas na Constituição de 1988, seja sob o prisma formal, bem como sob a perspectiva material (BOITEUX, 2008).

Ou seja, o legislador brasileiro deve compreender que o poder de criar normas não é ilimitado, tendo em vista que o Poder Constituinte o delimita, através da Magna Carta ao trazer limites formais e materiais ao processo legislativo na produção de leis de qualquer natureza (CUNHA JÚNIOR). Deste modo, evidencia-se que não pode o legislativo providenciar soluções imediatas editando leis, que violam direitos e garantias fundamentais. Afinal, não pode os legisladores acharem que irão solucionar os problemas sociais com a produção desenfreada de normas sem observar a viabilidade das mesmas no panorama social e constitucional.

Afinal, de nada adianta criar normas que não conseguem produzir os efeitos necessários para dirimir os problemas encarados pela sociedade, pois, o Estado para solucionar as celeumas sociais necessita se planejar e adotar medidas estratégicas para prevenir a prática de crimes e não esperar elas acontecerem para punir os jovens com o máximo de rigor possível. Posto que, a adoção de medidas mais gravosas, sobretudo quando desnecessárias, somente provoca mais danos à esfera jurídica de cada indivíduo, que acaba tendo o seu núcleo de direitos e garantias fundamentais suprimidos, acarretando a estes sérios danos à sua dignidade.

O Poder "sub lege" no Estado constitucional e democrático de Direito, significa, portanto, não só submetimento formal, por meio do qual será exteriorizado, como pode a norma ser editada, senão também "substancial", registrando o que pode ser dirimido pelos poderes constituídos. Logo, só o Estado de Direito no sentido constitucional e democrático, como se percebe, pode ser reputado verdadeiramente "garantista", porque nele tem pertinência a distinção entre "legitimidade formal" e "legitimidade substancial" da norma produzida.

Convém ainda destacar que somente dentro do Estado constitucional e democrático de Direito é que se notabiliza a distinção entre "mera legalidade", no qual os atos submetem-se a lei e "estrita legalidade", cujo conjunto de normas devem observar os

direitos fundamentais existentes. Uma norma jurídica somente adquire esse status quando conta com um referencial normativo superior, que possibilite sua existência como algo válido, positivo e jurídico.

Ademais, segundo Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini (2007, p. 76):

O uso desvirtuado do Direito penal vem se acentuando nos últimos anos. A mídia retrata a violência como um "produto espetacular" e mercadeja sua representação. A criminalidade (e a persecução penal), assim, não somente possui valor para uso político (e, especialmente, para uso "do" político), senão que é também objeto de autênticos melodramas cotidianos que são comercializados com textos e ilustrações nos meios de comunicação. São mercadorias da indústria cultural de massa, gerando, para se falar de efeitos já aparentes, a sua banalização e a da violência.

Diante desse cenário, é importante recorrer a outros sistemas que se reportam ao controle social mais condizente com a atual conjuntura social, que pode ser idealizada através de normas-não penais que atuem na prevenção, ao invés da repressão, visto que a adoção de medidas de cunho administrativo poderia ser uma boa alternativa para dirimir esta celeuma (BORDEUX, 2008).

Segundo Warley Belo a sociedade não pode confundir a inimputabilidade penal atribuída aos jovens no art.228 da CF com impunidade, eis que as medidas socioeducativas guardada as devidas proporções exercem um caráter punitivo em face das infrações praticadas pelos infantes, que se encontram em desconformidade com o sistema penal (BELO, 2007).

Consoante, o mencionado autor a redução da maioridade penal pode ser considerada como:

[...] um estelionato científico uma desonestidade demagógica. Ainda que o nosso sistema prisional funcionasse - mesmo assim - seria uma monstruosidade legal mandar para a cadeia que não tem uma uma formação biopsicológica completa. Crianças e adolescentes têm que aprender a serem cidadãos e não criminosos (2007, p. 70).

Ademais, vale ressaltar que, ao invés de propugnar a diminuição da menoridade, deveria o Estado através dos gestores públicos se utilizar de instrumentos que possibilitassem dar a efetividade das normas atinentes a proteção da criança e adolescente, pois, desse modo o jovem poderá ser bem tratado e devidamente ressocializado (BELO, 2007).

Afinal, a dignidade e a liberdade representam os bens mais preciosos do ser humano, visto que, deverá o operador do direito enfrentar qualquer obstáculo que limite o exercício dos direitos da criança e do adolescente, que crie dificuldades ao

desenvolvimento do indivíduo, de modo que a internação do menor é uma medida indesejável, tendo em vista que os jovens ficam detidos em ambientes degradantes, exercendo uma influência negativa nestes jovens, que provavelmente sairão pior do que chegaram, pelo fato dele ter frequentar este tipo de ambiente.

Neste panorama, de cunho punitivo exercido pelas medidas socioeducativas identifica-se a presença da prevenção especial nos casos em que os jovens se submetem as essas medidas, através do qual se verifica a premente necessidade de ressocializar os jovens infratores, cujo objetivo é evitar a repetição da prática de infrações ou crimes quando o referido jovem alcançar a maioridade.

Entretanto, na prática percebe-se que a estrutura penal juvenil, dessocializa ao invés de ressocializar, ela também deseduca no lugar de educar, bem como desumaniza invés de humanizar (SPOSATO, 2009).

Para quem defende a diminuição da maioridade penal a solução seria bastante simples, bastava às autoridades políticas competentes reduzir a maioridade penal e atender aos anseios da mídia sensacionalista e do clamor público em detrimento dos direitos e garantias constitucionais assegurados ao menor. Contudo, é imperioso compreender que é muito mais legítimo eficaz e menos danoso aos jovens, o Estado atuar no combate a criminalidade sob um viés social e não através da intervenção punitiva (HARADA, 2007).

Logo, diante do conjunto de fatores sociais questionados, cabe ao Estado dirimir estas questões, com a implementação de políticas públicas sérias e bem planejadas. O Estado deverá, portanto, se programar sob a perspectiva orçamentária para ofertar a população uma estrutura condizente com as necessidades e peculiaridades da juventude que ali se fará presente (BASTOS; DIAS, 2009).

Além disso, defende-se que é dever do estado e da sociedade proteger as crianças e adolescentes, ao invés de puni-los com maior rigor. Ademais, é necessário pontuar que não há mais vagas suficientes no sistema penitenciário para o encarceramento de qualquer pessoa. Logo, a proposta de redução da menoridade somente tornará o sistema mais caótico e degradante, sem falar que prender adolescente sob os moldes da estrutura prisional brasileira o condiciona a entrar na “universidade do crime”, cujos resultados em termos de ressocialização, são bastante negativos (BASTOS; DIAS, 2009).

Segundo Sylvio Lorenço da Silveira Filho (p. 347, 2007) a ideologia econômica incitada pelo neoliberalismo exerce uma relação de poder e influência muito grande sobre a mídia, retratando o que essa ordem econômica defende em sede de política criminal, haja vista que através dos meios de comunicação disponíveis é apresentado um discurso criminológico em defesa da lei e ordem, que teoriza a necessidade de um Direito Penal Máximo em detrimento de um Estado social mínimo.

Ou seja, o modelo neoliberal de economia visa suprimir a Intervenção econômica estatal, bem como o próprio Estado social, sobrelevando o Direito Penal, que será estruturado para obter respostas rápidas frente as desordens que desestabilizem a estrutura ideológica econômica edificada pelo neoliberalismo, que legitimará a ampliação da pobreza perante a desvalorização do salário (SILVEIRA FILHO, 2007).

Diante desse cenário, Eugenio Raúl Zaffaroni(2004, p. 131) sustenta que:

O mero enunciado das principais funções do meios de comunicação de massa, como aparato de propaganda do sistema penal e sua dedicação quase exclusiva a tal propaganda, revela o auto grau de empenho da civilização industrial e dos albos da civilização tecnocientífica para preservar a ilusão e fabricar a realidade do sistema penal e a função-chave que este sistema cumpre na manutenção do poder planetário desta civilização industrial.

As bases que deram surgimento aos postulados da *Law and Order* estão associados a década de setenta nos Estados Unidos, cujo movimento se refletia como uma insurgência necessária perante ao elevado índice de criminalidade existente na época, que acabou sendo utilizado como instrumento de resposta a esses altos índices de criminalidade.

Durante este período, adotou-se uma política estritamente agressiva por intermédio da criminalização de condutas, de ínfimo potencial ofensivo, que anteriormente não eram alvo da repressão estatal. Nessa linha de intelecção, Ernest van der Haag vislumbra a ordem jurídica como um valor a ser perseguido como ideal de justiça (SILVEIRA FILHO, 2007).

Já na década de oitenta foi possível presenciar “o pragmatismo burocrático” de Richard J. Herrenstein, mencionado por Sylvio Lourenço, cuja tese estava associado a supervalorização na repressão de condutas, a fim de se obter uma eficácia social em face de condutas que estivessem em descompasso com o ordenamento jurídico pátrio (SILVEIRA FILHO, 2007).

Porém, na década de noventa esse movimento continua ganhando força e é ampliada com a criação da política da “tolerância zero”, que é aplicada em Nova Iorque, através da “teoria das janelas quebradas”, cuja tese nasceu dos postulados teóricos de James Q. Wilson e George L. Kelling. Essa tese foi estruturada sob a necessidade de se criar teses criminológicas que disseminassem o dever de punir as pequenas infrações como mecanismo de combate à criminalidade (RUBIN, 2003). Vale salientar que, esse movimento de lei e ordem também é conhecido como efficientismo, cuja política criminal se propõe a prestigiar uma eficácia social “absoluta” adotando uma postura antigarantista no sistema punitivo (AMARAL, 2008). Tal tese, portanto, vai de encontro com ideais de garantismo consagrado pelo Direito Penal mínimo, que enxerga o Direito Penal como a *ultima ratio*.

Essa tese na verdade é uma pseudociência que através da tolerância zero e da teoria das janelas quebradas buscou legitimar um sistema punitivo, sob o fundamento de que essas teorias haviam obtido sucesso onde havia sido implementada (SILVEIRA FILHO, 2007).

No entanto, na prática percebe-se que a adoção dessa tese somente ampliou o número de pessoas encarceradas, sem produzir nenhum efeito no tocante à diminuição da criminalidade. Logo, diante desse cenário, pode-se evidenciar que a ideologia neoliberal na verdade somente se preocupou em retirar essas pessoas da sociedade ao invés de implementar medidas voltadas a reintegrar e evitar que a criminalidade aumentasse. Afinal, segundo Loïc Wacquant:

[...] Desde a ruptura de meados dos anos 1970, este país tem sido o motor teórico e prático da elaboração e da disseminação planetária de um projeto político que visa submeter o conjunto das atividades humanas à tutela do mercado. Longe de ser um acontecimento acidental ou anormal, a expansão hipertrofiada do setor repressivo do campo burocrático, é um componente essencial da sua nova anatomia na era do neodarwinismo econômico (2007, p. 49)

Ou seja, esse movimento de lei e ordem cria a expectativa de diminuição da criminalidade, a fim de tranquilizar a opinião pública, que acolhe a ideia e em seguida acaba virando refém dessa pseudo-solução para violência juvenil, visto que, em verdade essa política criminal se propõe a legitimar os ideais do sistema econômico neoliberal.

Portanto, diante dos fatos expostos pode-se perceber que a defesa da redução da maioria penal sob os influxos ideológicos do movimento da lei e ordem carecem

de legitimidade, uma vez que a inobservância de direitos e garantias se dão sob o amparo de um Direito Penal máximo, cuja teoria demonstrou que não obteve muito sucesso, tendo em vista que a sua aplicação somente aumentou o número de pessoas encarceradas sem produzir nenhum efeito no que tange a redução da criminalidade.

Diante desse panorama, antes de tratar das questões atinentes a constitucionalidade da redução da maioria penal, é mister apresentar institutos correlatos ao Direito Constitucional, que se revelam de grande importância para obter uma melhor compreensão acerca do que pode e não pode ser alterado na Constituição. Diante disso, é possível identificar diversos institutos tais como: Poder Constituinte Originário, Derivado, bem como as limitações ao poder de reforma dentre outros.

Inicialmente, é salutar tratar do Poder constituinte em sentido lato através do qual se exterioriza a vontade geral da nação, cujo objetivo principal é criar as matrizes que edificarão a organização da sociedade como um todo. O Poder Constituinte exerce um poder de cunho político fundamental, uma vez que ele tem a capacidade de criar normas constitucionais, estruturando o Estado e os seus poderes legislativo, executivo e judiciário, através de contenções ao exercício desses poderes (MENDES, 2008), tendo como escopo evitar o cometimento de arbitrariedades por parte destes poderes frente à população.

Nesse contexto, é importante tratar do Poder Constituinte Originário, que representa o poder de fato e de direito apto a confeccionar uma nova Constituição para o país, instaurando, portanto, uma nova ordem jurídica constitucional e novas ideologias ao Estado. Ademais, dentre as características desse poder, (CUNHA JÚNIOR, 2008) ele se consubstancia por ser; inicial, autônomo e incondicionado. Ele é considerado inicial, pelo fato de iniciar uma ruptura com a antiga ordem constitucional, estabelecendo um novo ordenamento jurídico, que será o novo ponto de partida para a criação e manutenção das normas constitucionais, infraconstitucionais e infralegais (SILVA NETO, 2009).

No tocante ao caráter autônomo desse poder, vislumbra-se a necessidade do seu exercente pré-fixar os termos nos quais a Constituição será estruturada e implementada. Já no tocante ao caráter ilimitado deste poder será identificado, em razão dele ter ampla discricionariedade para criar e impor normas no seio da

sociedade, não sendo alvo, portanto de imposições jurídicas pretéritas (MENDES e BRANCO, 2011).

Porém, vale salientar que a doutrina vem desconsiderando esta concepção acerca deste Poder Constituinte como um instrumento ilimitado, pelo fato do povo não deter um poder absoluto em face da Constituição, pois, isso poderia descambar em abusos legitimados pela ordem jurídica. Afinal, este poder também sofre limitações de natureza material implícita em face do exercício desses poderes (SILVA NETO, 2009).

As limitações materiais em verdade, não vedam a modificação de matérias que se propõe a defender a supressão total ou parcial delas, asseverando, portanto, o seu conteúdo mínimo, visto que essas limitações tratam do núcleo material intangível, por meio do qual o Poder Reformador não poderá suprimir o rol de direitos e garantias, sendo aceitável, todavia, o acréscimo de novos direitos. Todavia, sustenta-se no trabalho que até o Poder Constituinte Originário poder ser limitado através das limitações implícitas (CUNHA JÚNIOR 2008).

Já as limitações materiais expressas são aquelas previstas expressamente no texto da Constituição, estando previstas no art. 60, § 4º, IV, da CF. Convém pontuar que estas limitações não se encontram somente neste artigo, mas de forma esparsa na Constituição, onde se vislumbra uma miríade de limitações materiais acerca de sua alteração (CANOTILHO, 2002).

Segundo grande parte da doutrina além do constituinte a legislação também terá aptidão para aumentar o rol de direitos fundamentais existentes, mesmo que não tenha sequer previsão constitucional para tanto. Contudo, jamais será admissível que lei ou emenda à constituição venha a suprimir os direitos ora citados, haja vista que tal esvaziamento iria de encontro com a sistemática constitucional, fato que implicaria na violação ao principio da vedação ao retrocesso (CARVALHO, 2007).

Vale salientar que, o art. 60, § 4º, IV, também trata dos direitos e garantias individuais, uma vez que, invariavelmente, este dispositivo engloba a proteção a qualquer direito e garantia, incluindo os de natureza coletiva e difusa, bem como os direitos sociais (SARLET, 2007).

As limitações implícitas representam restrições sem previsão no texto constitucional, haja vista que, é vasta a doutrina que considera impossível juridicamente à alteração

das seguintes matérias pelo Poder Reformador: as questões atinentes ao titular do poder constituinte originário, cujos legitimados são responsáveis pela criação do Poder Derivado Reformador; as restrições atinentes ao titular do poder reformador também são compreendidas como outra limitação material implícita. (SILVA, 2012). Aliado a isso, vislumbra-se a existência de restrições inerentes ao processo da própria emenda, uma vez que não é possível conceber que sejam atribuídos poderes de modificar o seu processo formal, que, indubitavelmente, instrumentaliza a adoção de reformas constitucionais. (CUNHA JÚNIOR, 2011).

Neste contexto, essas restrições são chamadas de cláusulas pétreas implícitas. Dessa forma, pode-se depreender intrinsecamente que o Poder Reformador não tem poderes hábeis capazes de alterar a titularidade do poder constituinte originário e derivado, tendo em vista que o Poder Constituinte Derivado não tem condições de modificar o que foi imposto para si em sede constitucional. Logo, não pode o referido poder se arvorar a assumir de forma ilegítima atividades inerentes ao exercício do Poder Originário, modificando os seus limites. Posto que, isso vai de encontro com a atual conjuntura constitucional brasileira (HOLTHE, 2008).

A possibilidade de realizar mudanças em dispositivos constitucionais é questionável, apesar da doutrina majoritária não admitir a utilização da dupla revisão, através da qual seria crível, que o poder constituinte reformador modificasse o processamento da reforma constitucional, cujo escopo seria viabilizar a oxigenação das normas constitucionais perante as mudanças sociais (CUNHA JÚNIOR, 2011)

Todavia, sob os ditames lastreados por essa teoria, não é razoável conceber uma reforma constitucional capaz de promover a supressão em cláusula pétrea. Segundo esta doutrina, destarte, a previsão de tal possibilidade não se coaduna com os ditames constitucionais da carta de 1988, tendo em vista que estes preceitos propugnam uma fraude à Constituição (HOLTHE, 2008).

A partir disso, a doutrina também pontua acerca da importância que deve ser dada sob os moldes da limitação implícita aos princípios fundamentais, tais como, o da dignidade da pessoa humana, solidariedade, autodeterminação dos povos etc. Entretanto, a Constituição de 1988 admite a revisão constitucional no Brasil uma única vez, onde ela retrata a possibilidade do constituinte promover reformas gerais na Constituição após cinco anos à sua edição. A previsão desta reforma encontra-se prevista no art. 3º do ADCT (CUNHA JÚNIOR, 2011).

Todavia, segundo Luís Roberto Barroso (2010, p. 164-166) a Constituição portuguesa admite a dupla revisão, tornando crível, portanto as alterações das limitações materiais que são representadas pelas tão conhecidas cláusulas pétreas, cujo conteúdo é intocável. Todavia, em nossa Constituição a utilização da dupla revisão não é admissível na CF, tendo em vista que a Constituição da Republica Federativa do Brasil é rígida, submetendo-se, destarte a rigorosos procedimentos de aprovação de emendas constitucionais, sendo, neste caso, juridicamente impossível recepcionar este instituto sob os moldes da atual Magna Carta.

Diante deste panorama de propostas, cujo escopo é promover alterações em cláusulas pétreas, entende-se que a alteração das respectivas cláusulas somente será concebível através de um novo Poder Constituinte Originário, afinal, admitir que o poder de reforma altere cláusulas pétreas que, inclusive versam sobre limitações do seu próprio poder se revela bastante temerário sob a ótica de um Estado democrático de direito, ao passo que tal temeridade não se compatibiliza com a estrutura e sistema constitucional edificado na hodiernidade. Logo, está criação jurídica não é viável no Direito brasileiro, em razão das peculiaridades existentes na Constituição Federal (BARROSO, 2010).

Logo, partindo-se da premissa que a Constituição brasileira de 1988 é rígida em que ela não pode ser modificada, facilmente, como se mudasse o conteúdo de lei, atesta-se, invariavelmente, a sua estabilidade no bojo do sistema jurídico pátrio, de modo que, em verdade a Carta Magna caracteriza-se por exigir ao constituinte a perpassar por um procedimento especial e solene para realizar alterações na CF (BONAVIDES, 2010).

Porém, convém enfatizar que no tocante as clausulas pétreas e a estabilidade da Constituição, pode-se dizer, neste particular, que ela ganha as feições de uma Constituição super-rígida, o que demonstra tamanha estabilidade e dificuldade em alterar esses dispositivos consagrados de forma dispersa na Constituição.

Segundo Paulo Bonavides a constituição rígida são: “as que não podem ser modificadas da mesma maneira que as leis ordinárias. Demandam um processo de reforma mais complicado e solene” (2010, p, 83).

Ademais, o Poder Constituinte Derivado é uma competência constitucional que decorre de uma atribuição dada pelo Poder Originário. O poder é derivado, pelo fato

dele ser proveniente do Constituinte Originário. Este poder também é limitado, em razão da Constituição Federal impor limitações de cunho temporal, circunstancial, procedimental, material, que são expressas e implícitas. Outra característica desse poder está associado ao fato dele ser condicionado, pois, ele somente se manifesta com base no que for determinado pela CF (BONAVIDES, 2010).

O Poder Constituinte Derivado é subdividido em: Poder reformador e poder decorrente. O Poder Reformador tem a finalidade de alterar a Constituição, modificar ou suprimir uma parcela do seu texto, no qual o exercício deste poder possibilita consagrar a realização de reformas à Constituição através de emendas constitucionais, bem como por intermédio da revisão constitucional. A emenda constitucional reflete o poder de fazer alterações pontuais na CF, que é feita através da votação em duas Casas legislativas em dois turnos com o quórum de 3/5 das votações em ambas as Casas. Contudo, é necessário enfatizar que, as emendas são passíveis de controle de constitucionalidade por intermédio das ações que podem suscitar o controle difuso ou o concentrado em face de um dispositivo constitucional que poderá ser considerado inconstitucional (BULLOS, 2010).

Por outro lado, o Poder Constituinte Decorrente é consubstanciado pelo poder de criar as Constituições estaduais, através da qual poderão criar normas infraconstitucionais e regulamentos, que deliberarão sobre a estrutura do Estado-membro, versando sobre as questões de ordem administrativa, financeira judiciária e executiva direcionando as políticas públicas e organização de natureza estatal, no que tange a políticas de âmbito regional e municipal com espeque no art. 30, I da CF (CUNHA JÚNIOR, 2011).

Os direitos voltados à proteção das crianças e adolescentes consagrados na Magna Carta são considerados direitos fundamentais, haja vista a sua importância para o livre desenvolvimento da sociedade, uma vez que os jovens do presente, invariavelmente, representarão o futuro da nação, logo, quanto maior for o leque de direitos e oportunidades de aperfeiçoar as suas habilidades maior será o progresso que eles trarão para o país.

Neste cenário, os direitos fundamentais quanto à sua natureza são classificados basicamente em três categorias: os direitos de primeira geração ou dimensão, que são representados pelos direitos civis e políticos, considerados aqueles correspondentes as liberdades clássicas, ou direitos negativos, de cunho individual;

os de segunda geração ou dimensão como sendo os direitos econômicos, sociais e culturais, correspondentes aos direitos prestacionais positivos, de cunho coletivo; e, por fim, os de terceira geração ou dimensão, considerados aqueles difusos, de titularidade de todos os homens, independentemente de sua vinculação a um Estado, como, por exemplo, o direito à paz, a um meio ambiente sadio (SARLET, 2007).

Segundo Dirley da Cunha Júnior, as normas que versam sobre direitos e garantias fundamentais possuem aplicação direta e imediata, conforme aduz o art. 5, § 1º, da CF, afinal, tais preceitos constitucionais tratam de direitos que visam assegurar a proteção e consagração da dignidade da pessoa humana, que influenciará no processo legislativo de edição de normas que aborde, por exemplo, acerca de questões que envolvam interesse desses jovens (CUNHA JÚNIOR, 2011). Diante dessa auto-aplicabilidade, também pode-se perceber que esses direitos e garantias tem o condão de limitar o exercício do Poder Legislativo em criar normas, pois, caso a referida legislação esteja em descompasso com esses direitos constitucionais, a legislação não poderá produzir efeitos no mundo jurídico, visto que a mesma estará eivada de vício de constitucionalidade.

Ademais, outra questão que merece ser abordada sob o prisma constitucional está associado à cláusula de abertura do art.5 §2º da CF, cujo artigo reconhece que os direitos fundamentais não são apenas aqueles que se encontram no rol dos artigos que versam sobre princípios e direitos constitucionais previstos no Título II capítulo I da Constituição, pois, essa seria uma visão limitada e restritiva acerca dos direitos fundamentais(SARLET, 2007).

Diante desse cenário, é cediço que os direitos materialmente e formalmente constitucionais também recebem o status de direitos fundamentais, mesmo que esses direitos não estejam expressamente previstos na Constituição, eles possuem o status de direitos fundamentais(CUNHA JÚNIOR, 2011).

Porém, é necessário enfatizar que esses direitos que não se encontram positivados na Constituição são incorporados como se fossem, em razão da importância dos seus conteúdos tratados por esses direitos, ou seja, não é qualquer direito que se encontra fora do catálogo que será equiparado aos direitos fundamentais previstos na Constituição, mas somente aqueles que substancialmente são merecedores desta equiparação (SARLET, 2007).

Logo, perante a conjuntura que envolve os direitos fundamentais é cediço que estes direitos não estão sufragados em rol taxativo no capítulo 1 dos direitos e garantias, mas de forma dispersa dentro e fora da Constituição.

Para a professora Flávia de Piovesan, a inconstitucionalidade da redução da maioria penal se deve ao fato dessa proposta desrespeitar, claramente, a CF, haja vista que em face desta discordância atinente a inconstitucionalidade ora mencionada, a aludida doutrinadora, apresenta alguns argumentos constitucionais que se revelam como um óbice para a sua implementação, visto que consoante ela:

Quanto à absoluta inconstitucionalidade da proposta de redução da maioria penal, há que se enfatizar que a Carta de 1988 consagra uma ampla principiologia constitucional referente ao tratamento especial e prioritário às crianças e aos adolescentes. O texto realça a absoluta prioridade a ser conferida aos direitos da criança e do adolescente, dentre eles, os direitos à vida, à saúde, à educação, à dignidade, ao respeito e à liberdade. A Constituição de 1988 confere a condição de sujeito de direito às crianças e adolescentes e exige seja respeitada a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Para a Constituição de 1988, o direito à proteção especial de crianças e adolescentes compreende "a obediência aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade", nos termos do artigo 227, §3º, V. Este direito à proteção especial implica no direito à inimizabilidade penal dos menores de dezoito anos, previsto pelo artigo 228 da Constituição. Faz-se, portanto, clara a relação entre os artigos 227, parágrafo 3º, V e 228 da Constituição. Se o artigo 227, parágrafo 3º demanda, quando da aplicação de medida privativa da liberdade, um regime especial pautado pelos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, este regime não pode ser o do Código Penal. Daí a regra do artigo 228, que afirma serem penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial. Adicione-se que tal legislação é o Estatuto da Criança e do Adolescente [...].(PIOVESAN, 2012)

Deste modo, para Flávia Piovesan a inconstitucionalidade pode ser vislumbrada, pelo fato desta medida colidir com o conjunto de princípios constitucionais que refletem a necessidade de atribuir um tratamento diferenciado às crianças e adolescentes, conforme previsão no art. 227 da CF, que é albergado pelo art. 60 § 4, IV da CF.

Além disso, para Piovesan as propostas de emenda à Constituição tendente a reduzir a maioria penal encontram-se eivadas de vício de constitucionalidade, pois, tais propostas estariam em descompasso com os direitos individuais e com os princípios constitucionais que não podem ser alvo de modificação do Poder reformador, em razão deles serem considerados cláusulas pétreas. Desse modo, a referida autora demonstra ser veementemente contra a redução da maioria.

Nessa esteira, há os defendem que existem impedimentos constitucionais para que se efetue a redução da maioria penal, com fulcro no art. 228 da CF combinado com o art. 60, § 4º, IV (Cláusula pétrea). Para eles, a redução da maioria para 16 não reduzirá a criminalidade que tanto aflige a população (MALOSSO, 2007). Logo, segundo Luciana Jordão da Mota Armiliato de Carvalho (2007, p. 131-139), é imprópria qualquer discussão acerca da alteração da maioria penal, uma vez que a inimputabilidade é considerada cláusula pétrea, de modo que a mesma não pode ser alterada por emenda constitucional, tendo em vista a necessidade da observância da vedação ao retrocesso.

Para Gustavo Bregalda (2007, p. 89-92) o Estado deve se reestruturar e fortalecer as instituições da Administração Pública, que sejam elementares para fornecer e proteger o mínimo existencial consagrado aos jovens na Constituição de 1988, cujo núcleo de direitos depende da vontade política em positivá-los na sua gestão, a fim de proteger a esfera de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, conforme aduz o art.1º, III da CF.

Diante desse contexto, percebe-se a premente necessidade dos gestores públicos demonstrarem vontade política em modificar a estrutura física e pedagógica por meio da qual os jovens se submetem na adoção da medida socioeducativa, visto que a atual estrutura na qual os jovens brasileiros estão situados inviabiliza a aplicação da legislação menoril de forma efetiva, uma vez que a atual conjuntura não prestigia os objetivos voltados a reinserção social dos menores pelo ECA. Logo, é indispensável que os governantes disponibilizem a estrutura necessária para promover a reintegração dos jovens na sociedade e assim dar efetividade aos direitos e garantias fundamentais, que devem ser positivados por intermédio destas políticas públicas, que tornará a sociedade menos violenta e mais justa.

Afinal, segundo, a obra de Cury citada por Guilherme Dourado, pode-se aferir que os dois primeiros decênios de vida destes menores, caracterizam-se como as décadas de formação biopsíquica do indivíduo, cujo período pode influenciar no desenvolvimento de distúrbios, anomalias e deficiências que podem afetar a infância do indivíduo, cujo quadro pode acarretar conflitos e problemas sérios na pessoa quando adulta (DIAS; BASTOS, 2009). Diante disso, em nome do princípio constitucional da prioridade absoluta se faz necessário proteger de forma ampla a defesa dos direitos e garantias fundamentais.

Durante esse período da infância o jovem vivencia a oportunidade de desenvolver o seu potencial físico, mental e genético, porém, caso este período não seja vivido de forma regular, este sujeito não terá outra chance para consertar as irregularidades de sua juventude (DIAS; BASTOS, 2009).

Deste modo, percebe-se a importância de assegurar a proteção integral da criança e adolescente em face do Direito Penal, apesar de existir aqueles que entendem que o jovem do século XXI amadureceu precocemente para compreender a ilicitude dos fatos. Não obstante, o que se deve ponderar é o seguinte: até onde o jovem consegue prever a repercussão social que seu comportamento provocará no seio da sociedade, pois, tal questionamento tem ensejado sérias discussões no que tange a sua maturidade, sobretudo para efeitos penais (BASTOS; DIAS, 2009).

É inquestionável, todavia, que a população precisa de uma resposta mais efetiva por parte do Estado ao implementar qualquer norma de caráter sancionador, sobretudo no tocante a criança e adolescente é mister ser compatibilizado os direitos e garantias constitucionais, tendo em vista que estes dispositivos delimitará o exercício do poder legiferante ao criar uma norma de caráter punitivo, evitando possíveis excessos do legislador.

Ademais, segundo Paulo Bonavides, a Constituição deve sofrer uma limitação mínima e expressa em sua ordem material, no que se refere ao exercício do poder reformador. Isso é necessário, em razão da necessidade de defender os interesses do constituinte originário, atinente ao núcleo do que o próprio povo elegeu como imutável (BONAVIDES, 2010).

Nesta senda, conclui-se que a Constituição tem um núcleo de direitos e garantias que é consubstanciada por um conjunto de valores que limitam a antologia criadora de todas as Constituições (CUNHA JÚNIOR, 2011). Diante desse cenário, destarte sustenta-se a inviabilidade do Poder Derivado Reformador institucionalizar a redução da maioria penal no ordenamento pátrio. Afinal, a previsão acerca da inimputabilidade dos menores de dezoito anos encontra-se fulcrada no art.228 da CF, estando este dispositivo constitucional distante do art. 5º da CF, cujos incisos disciplinados por este artigo possuem o status de cláusula pétrea (SPOSATO, 2009).

Porém, para Guilherme Dourado Bastos e Gabriel Dourado Dias os direitos e garantias estão dispersos pela Constituição, integrando o chamado bloco de

constitucionalidade. Dessa forma, é necessário pontuar que o constituinte reconheceu a preferência acerca da tutela dos direitos e garantias aos jovens em nome do princípio da prioridade absoluta, visto que também será imperioso assegurar os meios para atingir o pleno desenvolvimento mental e social do menor, a fim de compatibilizar com a dignidade e liberdade do sujeito. Neste contexto, será resguardada às crianças e adolescentes os direitos inerentes aos adultos, observando-se, contudo, as peculiaridades existentes no sistema juvenil (DIAS; BASTOS, 2009).

Sustenta-se, portanto, que o art. 228 da CF em cotejo ao art. 5, § 2º, prevê que os direitos e garantias expressos nesta Magna Carta não ilidem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela CF, bem como dos tratados internacionais do qual o Brasil é signatário. Logo, para Flávia Piovesan à referida questão traz essas duas regras à luz do art. 60 § 4, IV, que devem ser consideradas cláusulas pétreas, sendo, portanto imodificáveis (PIOVESAN, 2012)

Diante desse cenário, o nobre professor sustenta que essas normas constitucionais são criadas por um núcleo intangível de garantias fundamentais para a manutenção do desenvolvimento do jovem. Nesse sentido, Guilherme Dourado (2009, p. 177-196) defende a impossibilidade do Poder Constituinte Derivado reformar a Constituição para reduzir a maioria penal, visto que estes preceitos de caráter protetivo foram enquadrados como uma das características elementares da Constituição do novo ordenamento jurídico, cujo conteúdo não pode ser alvo de supressão.

Portanto a redução da maioria para 16, 14, 12 não resolverá os problemas da criminalidade, uma vez que o que resolverá efetivamente os problemas será a adoção de políticas públicas voltadas às crianças e adolescentes (SANTOS; FREITAS, 2004).

A norma que prevê a responsabilidade penal dos menores de dezoito anos encontra-se prevista no art. 228 da CF c/c bem como o art. 27 do Código Penal. Além disso, o art. 5 § 2º da Constituição Federal (CF), aduz que os direitos e garantias expressas nesta Magna Carta não excluem outras provenientes dos princípios já consagrados ou dos tratados internacionais do qual o Brasil é signatário. Logo, à luz do que disciplina o art. 60, § 4, IV da CF, para uma parcela da doutrina, essas normas

constitucionais são consideradas cláusulas pétreas, visto que será vedada emenda tendente a abolir direitos e garantias (SPOSATO, 2009).

Deste modo, considera-se também neste trabalho que a redução da menoridade penal viola o princípio da igualdade, tendo em vista que tratar de forma igualitária sujeitos que se encontram em situação de desigualdade material, reflete, claramente o desrespeito a este princípio constitucional. Eis que, no caso em tela o referido princípio somente será positivado, quando os desiguais (jovens e adultos) forem tratados de forma desigual na medida de sua desigualdade, para assim igualá-los numa perspectiva material. Ou seja, a legislação deve atribuir um tratamento diferenciado aos jovens em detrimento dos adultos, pelo fato da juventude se encontrar numa situação de vulnerabilidade social, haja vista que o grau de discernimento e maturidade de ambos é bastante distinto, o que demanda este tratamento específico e diferenciado para os jovens. Afinal o princípio da igualdade, neste caso, é corolário lógico do princípio da proteção integral, fulcrado no art. 227 § 3°. Desse modo, a igualdade somente será presenciada quando o Estado através de seus três poderes adotarem medidas voltadas a consagrar esse tratamento diferenciado, que deve ter efeitos práticos e não meramente teóricos consolidados em leis, devendo colocá-los em prática (FERRER, 2008).

## **6 CONCLUSÃO**

1) A partir das discussões travadas ao longo do trabalho foi possível identificar as mais variadas opiniões acerca do tema, no qual se aferiu um apanhado histórico das legislações estrangeiras que trataram da responsabilidade penal em relação aos menores de dezoito anos ao longo da sua história. Nesta análise, verificou-se que há países que atribuem à maioria penal de forma bastante semelhante em relação a outras nações, inclusive em relação ao Brasil. Contudo, também se evidenciou uma grande disparidade de critérios de imputabilidade em outros países, visto que existem nações que adotam o critério biológico. Portanto, adotando-se de forma objetiva a imputabilidade do jovem, por meio do qual se observa a faixa etária do sujeito que comete infração, malgrado outros utilizem o sistema biopsicológico ou somente o psicológico para reconhecer a imputabilidade do indivíduo.

2) Diante desse cenário, também foi presenciado o processo histórico de formação dos sistemas e garantias existentes, desde o período imperial até os dias atuais no Brasil. Neste processo histórico, foi retratado o período da etapa indiferenciada até o sistema garantista utilizado na Constituição de 1988. Logo, neste contexto histórico de evolução dos direitos, foram evidenciadas as peculiaridades inerentes ao período histórico que permeava as Constituições e legislações brasileiras da época, em que foi apontada as conquistas obtidas em termos de garantias ao longo do tempo.

3) Portanto, ao retroceder para as etapas históricas ultrapassadas pela nação brasileira foi possível assimilar melhor as peculiaridades do país em que se vive, permitindo-se compreender os retrocessos que ainda persistem no Brasil, bem como possibilitando a capacidade de melhor compreender o passado, o presente, para mudar o cenário de projeção em relação ao futuro do país.

Diante desse contexto, foram retratados os sistemas de garantias da etapa tutelar até o sistema garantista vigente, retratando os direitos e garantias auferidos ao longo desse processo de formação histórica brasileira.

4) Ademais, à luz da análise de formação histórica de outros países foram retratadas as disparidades existentes entre o ordenamento jurídico pátrio e as legislações estrangeiras, uma vez que a utilização deste instituto permite o aperfeiçoamento da legislação pátria, haja vista que, este intercâmbio jurídico entre eles, atrai grandes inovações e soluções para os problemas enfrentados pela nação.

5) No quarto capítulo foram apresentadas as medidas protetivas que exercem um caráter socializador e preventivo, no sentido de evitar a prática de atos infracionais, eis que anteriormente a adoção dessa medida, o jovem sequer foi socializado, daí o motivo de se falar em socialização ao invés de ressocialização, para, assim produzir os efeitos almejados no tocante a prevenção de “crimes”. Ademais neste capítulo também foram retratadas às modalidades de medida socioeducativa adotadas em dos atos infracionais perpetrados pelos jovens, observando-se uma gradação existente nestas medidas a partir das condutas praticadas pelo jovem infrator. Dessa forma, foi possível vislumbrar que a medida de internação é considerada a ultima ratio em sede de ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) a título de medida socioeducativa, tendo em vista a tamanha gravidade da infração, uma vez que ela restringe a liberdade do jovem infrator.

6) Além disso, durante o trabalho foi demonstrado alguns dos princípios do Direito Penal comum que também são aplicáveis ao ECA, apresentando assim, a sua importância no sistema jurídico atual, observando-se as peculiaridades intrínsecas aos jovens, visto que, logo em seguida também foram abordados os princípios específicos do Direito Penal Juvenil, que reconhecem a situação de vulnerabilidade e de prioridade absoluta que deve ser atribuído ao jovem no que tange as questões que envolvem seus interesses.

7) Todavia, também foi enfatizado a falta de estrutura para adotar as medidas implementadas pelo o ECA, o que retrata, claramente, a precariedade em que vive esses jovens, de modo que, cabe ao Estado através de políticas públicas mudar este quadro e reestruturar os órgãos especializados que tratam destes menores, a fim de aperfeiçoar o sistema voltado a tutelar os direitos e garantias voltados as crianças e adolescentes.

Perante este contexto social, foi possível verificar a falta de vontade política para dirimir esses problemas sociais enfrentados pela população, afinal, é muito mais fácil e menos oneroso para o poder público, editar leis que, aparentemente solucionem os problemas, adotando uma medida paliativa e emergencial em face dos problemas apresentados, do que resolvê-los. Diante disso, o Estado adota medidas mais gravosas e ineficazes, em detrimento de uma atuação preventiva, o que demonstra tamanho descaso do poder público com os problemas sociais.

8) Nesta senda, existe uma parcela minoritária da doutrina que defende a redução da menoridade penal como uma alternativa para reduzir os altos índices de criminalidade, através do qual eles defendem que o art. 228 da CF não deve ser considerado cláusula pétrea, não merecendo, portanto guarida no art 60 § 4º, IV da CF. Entretanto, é cediço que a redução da maioridade penal não é melhor via eleita a ser utilizada para minimizar a criminalidade, haja vista a experiência mal sucedida do movimento de lei e ordem que somente conseguiu ampliar o número pessoas encarceradas sem repercussões na diminuição da criminalidade.

Outro desafio enfrentado neste trabalho foi a temática referente a constitucionalidade da redução da maioridade penal, eis que a doutrina majoritária defende a inconstitucionalidade deste medida, tendo em vista que os seus defensores sustentam que esta previsão não se coaduna com a Constituição vigente, pois, a responsabilidade criminal disciplinada no art.228 da CF é considerada direito individual e direito social, sendo albergado, portanto, pelos termos do art 60 § 4º, IV da CF, que trata das cláusulas pétreas .

Além disso, no respectivo trabalho sustenta-se que a redução viola o principio da igualdade material, bem como acaba por suprimir direitos e garantias fundamentais consagradas pela Constituição em prol do menor.

Portanto, diante desse cenário pode-se perceber que a redução da maioridade penal é incompatível com a ordem constitucional, uma vez que a inimputabilidade atribuída ao menor de dezoito anos é cláusula pétrea que jamais pode ser suprimida perante este poder constituinte.

## **REFERÊNCIAS**

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARBATO JÚNIOR, Roberto. Redução da maioridade penal: entre o direito e opinião pública. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 822, ano 93, 2004, p. 429-433.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Guilherme Dourado; DIAS, Gabriel Dourado. A Redução da Maioridade Penal à Luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista do CEPEJ**. Salvador: CEPEJ, 2009, v. 1, p. 178-197.

BELO, Warley. Direito Penal de Papel: Considerações sobre a Violência e a Maioridade Penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Magister, n. 16, ano III, fev./mar. 2007, p. 62-72.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 10.ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOITEUX, Luciana. Delitos Informáticos e Direito Penal Simbólico. *In*: BITENCOURT, Cezar Roberto (Coord.). **Direito Penal no Terceiro Milênio: Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 467-535.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume I : parte geral**. 14. ed. São Paulo : Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de Junho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 09 set. 2011

\_\_\_\_\_. Lei 12.376, de 30 de Dezembro de 2010. Altera a ementa do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 09 set. 2011

BREGALDA, Gustavo. Redução da Maioridade Penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Magister, n. 16, ano III, fev./mar. 2007, p. 89-92.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Luciana J. M. Armiliato de. Constitucionalização do direito penal juvenil: uma leitura introdutória. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Editora Notadez, ano 55, n. 358, 2007, p. 131-133.

CASTRO, Ivan Nascimento de. A Inviabilidade da Redução da Maioridade Penal. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**. São Paulo: Universidade de Franca, 2005, p. 124-126,

CASTRO, Rosa *et al.* **O judiciário e a comunidade: prós e contras das medidas sócio-educativas em meio aberto**. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

CAPEZ, Fernando. A Questão da Diminuição da Maioridade Penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Magister, n. 16, ano III, fev./mar. 2007, p. 78-80.

CERQUEIRA, Luciana. A Redução da Maioridade Penal: alternativa eficaz? **Revista do Curso de Direito da Unifacs**. Porto Alegre: Síntese, 2008, v. 8, p. 307-320.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Revista das faculdades de direito das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo**. São Paulo: [S.I.], 1993. p.101-103.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

DELMANTO, Roberto. Maioridade Penal. **Revista trimestral do Centro de apoio operacional das promotorias da criança e do adolescente**. Curitiba: [S.n.], n. 30, 2001, v. 9.

D'URSO, Luíz Flávio Borges. A questão da maioridade penal e a FEBEM. Jus navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1653>>. Acesso em: 7 dez. 2011.

ELIAS, Roberto João. **Comentários as Estatuto da Criança e do Adolescente: (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990)**. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2008.

ESTEVÃO, Roberto da Freira. A redução da maioridade penal é medida recomendável para a diminuição da violência? **Revista Jurídica**, ano 55, n. 361. Porto Alegre: Editora Notadez, 2007, p. 116-133.

FAINZILBER, Fernando. Reflexões acerca da redução da maioridade no Brasil. **Revista de Direito Público**, n. 63, 2010.

FERRER, Flávia. A redução da maioria civil e as medidas sócio-educativas: uma abordagem constitucional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 16, n. 71, mar./abr. 2008, p. 49-59.

FREITAS, Wagner Cinelli de Paula; SANTOS, Myrian Sepúlveda dos. Redução da Maioridade Penal: Solução? **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro: EMERJ, n. 25, 2004, v. 7, p. 215-219.

GOMES, Luiz Flávio. Redução da Maioridade Penal: Considerações. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Magister, n. 16, ano III, fev./mar. 2007, p. 73-74.

\_\_\_\_\_; BIANCHINI, Alice. Maioridade Penal e o Direito Penal Emergencial e Simbólico. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Magister, n. 16, ano III, fev./mar. 2007, p. 75-77.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Editora Impetus, 2007, v. 1.

HARADA, Kiyoshi. Menores infratores. Redução da maioria penal. **Jus Navigandi**. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9530>>. Acesso em: 12 jul. 2012.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente : doutrina e jurisprudência / |comentários|**. 10. ed. São Paulo : Atlas, 2009.

HOLTHE, Leo van. **Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

LEITE, Francisco. Da Redução da Maioridade Penal. **Revista de Direito UPIS**. Brasília: Upis, 2007, p. 77-95.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

LOÏC, Wacquant. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]**. 3. ed. Rio de Janeiro : Revan, 2007.

MAGALHÃES, Jorge Emanuel Mattos de. **Redução da Maioridade Penal**. 2007. Monografia (Pós-graduação em Direito do Estado) – JusPodivm e Unyahna, Salvador.

MALOSSO, Tiago F. Coletti. Redução da maioria penal e suas implicações dogmático-constitucionais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 866, ano 96, p. 460-473.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed, São Paulo: Saraiva, 2011.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal da emoção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

\_\_\_\_\_. Novos Limites para a Maioridade Penal: um tema recorrente. **Ciências Penais**: Revista da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, 2004, p. 159-174.

MONTEIRO, Marcos Roberto Gentil. O Projeto de Redução da Maioridade Penal e o Direito à Infância e à Juventude. **Revista Esmese**. Aracaju: ESMESE, n. 5, 2003, p. 159-169.

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

PESTANA, Denis. Direito penal juvenil brasileiro: utopia ou realidade? **Ciências Penais**: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, n 8, jan./jun. 2008, p.197-212.

PIOVESAN, Flávia. **A inconstitucionalidade da redução da maioria penal**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1 : parte geral, arts. 1º a 120**. 10. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RODRIGUES, Frédson Frailan C.; HUMILDES, Joildo Souza dos. Reflexões sobre a Redução da Maioridade Penal no Brasil. **Revista do Curso de Direito da Unifacs**. Porto Alegre: Síntese, 2008, v. 8, p. 199-209.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SARAIVA, João Batista Costa. Não à redução da idade penal. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: editoração eletrônica, 2008, p. 51-65.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SHEICARIA, Sergio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, João Estevam da. Reduzir a maioria penal só agravará o sistema de aplicação e execução da lei. **Revista Justitia**. São Paulo: 1992.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Sônia Maria Teixeira da. Imputabilidade penal e a redução da idade de 18 para 16 anos. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1651>>. Acesso em: 11 nov. 2011.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Neoliberalismo, mídia e movimento de lei e ordem : rumo ao Estado de polícia**. Rio de Janeiro, ano 11, n. 15/16, p. 345-352, 1º e 2º semestre de 2007.

SIMÕES, Élida. Redução da maioria penal. **Revista Direito em Ação**. Universa, n. 1, dez. 2010, p. 33-35.

SPOSATO, Karyna Batista. A constitucionalização do direito da criança no Brasil como barreira à redução da idade penal: visões de um neoconstitucionalismo aplicado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, n. 80, set./out. 2009, p. 81-118.

\_\_\_\_\_. **O direito penal juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WEINMANN, Amadeu de Almeida. Da Responsabilidade Penal do Menor. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Magister, n. 16, ano III, fev./mar. 2007, p. 81-88.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro : Revan, 2001.