

Yuri Coelho Dias

**O Direito das Crianças e dos Adolescentes
em face à Redução da Imputabilidade**

Brasília, 2013.

Yuri Coelho Dias

O Direito das Crianças e dos Adolescentes em face à Redução da Imputabilidade

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais (FAJS), do Centro Universitário de Brasília (UNICEUB).

Orientador: Prof. Me. José Carlos Veloso Filho.

Brasília, 2013.

RESUMO

Estão prontas para votação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) três propostas que tratam da redução da imputabilidade. Duas flexibilizam a imputabilidade de acordo com a gravidade do delito e uma terceira impõe a idade de 16 anos para que alguém seja considerado inimputável. Após tal fase, o Congresso poderá votar pela adoção ou não das propostas, porém, cabe o questionamento se realmente as propostas são necessárias e se o Congresso teria tal legitimidade. Para a delineação de um tema complexo e profundo – redução da imputabilidade – é necessário primeiramente esboçar o surgimento e crescimento do Direito das Crianças e dos Adolescentes no Ocidente, com foco principal na mudança de paradigma no tratamento dos jovens (menores de 18 anos) no Brasil. Essa mudança de paradigma se dá com a adoção da Doutrina Proteção Integral pelos países ratificadores da Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças e dos Adolescentes (1989), deste modo, entendendo a importância que se dá ao Direito Juvenil pode-se começar a ter uma melhor percepção sobre a Redução da Imputabilidade do ponto de vista jurídico. No segundo capítulo da pesquisa é demonstrado o tratamento que se dá aos menores de dezoito anos, ou seja, os que estão isentos da imputação penal. O foco não está no tratamento processual, mas no sistema de punição juvenil. São analisadas todas as medidas possíveis contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, desde a mais branda – advertência – até a mais severa que resulta no encarceramento do juvenil tido como delinquente. Ressalta-se, porém, que não se adentra na eficácia de tais medidas, mas no caráter pedagógico das mesmas, correlacionando com a Doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse, ambos adotados pelo Brasil. Ainda, há uma tabela comparativa com a idade mínima para a imputação penal em outros países ocidentais, com o intuito de desmistificar certos pontos sobre a redução da imputabilidade. Uma vez adentrado nos Direitos das Crianças e dos Adolescentes bem como nas punições previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, faz-se necessário discutir sobre a hierarquia constitucional de tais direitos em nossa Carta Magna. Para tanto, são demonstradas três teses que versam sobre o assunto. Alguns apontam a imputabilidade como cláusula pétrea, há quem diga que são direitos supralegais por força de tratados internacionais e, ainda, existe tese que os considera como medida de política criminal.

PALAVRAS CHAVE: Direito da Criança e do Adolescente – Sistema Penal Juvenil – Menores infratores – Redução da imputabilidade.

Sumário

INTRODUÇÃO	5
-------------------------	----------

1 – COMPREENSÃO DO SURGIMENTO E INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO JUVENIL NO OCIDENTE À MUDANÇA DE PARADIGMA.....	7
---	----------

1.1 A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO JUVENIL	7
1.2 A DOCTRINA DA SITUAÇÃO IRREGULAR	11
1.3 A CONVENÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA.....	14
1.4 A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL	16
1.5 O PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE OU DO MELHOR INTERESSE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES.....	19
1.6 PAINEL DE COORDENAÇÃO INTERAGENCIAL SOBRE JUSTIÇA JUVENIL.....	20

2 – SISTEMA PENAL JUVENIL X IMPUNIDADE	23
---	-----------

2.1 EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL JUVENIL NO BRASIL	24
2.2 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA	28
2.3 AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS	29
2.3.1 ADVERTÊNCIA	30
2.3.2 OBRIGAÇÃO DE REPARAR O DANO	31
2.3.3 DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE	32
2.3.4 DA LIBERDADE ASSISTIDA	32
2.3.5 DO REGIME DE SEMILIBERDADE	33
2.3.6 DA INTERNAÇÃO	34
2.4 TABELA COMPARATIVA ENTRE OS SISTEMAS PENAS JUVENIS ADOTADOS POR OUTROS PAÍSES.....	35

3 – A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS PROJETOS SOBRE A IMPUTABILIDADE .	42
--	-----------

3.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS DIREITOS HUMANOS	42
3.2 DIREITOS HUMANOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS	43
3.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO CLÁUSULAS PÉTREAS	45
3.4 A MENORIDADE PENAL COMO GARANTIA INDIVIDUAL.....	47
3.5 A MAIORIDADE PENAL COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA CRIMINAL	51

CONCLUSÃO.....	55
-----------------------	-----------

REFERÊNCIAS	57
--------------------------	-----------

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como escopo principal demonstrar a relevância jurídica que possui o Direito das Crianças e dos Adolescentes, bem como debater a imputabilidade em face do hodierno debate sobre a impunidade dos menores infratores. Para tanto, o projeto de pesquisa foi dividido em três partes, são elas:

- 1) Compreensão do surgimento e internacionalização do direito juvenil no ocidente à mudança de paradigma;
- 2) Sistema penal juvenil x impunidade;
- 3) A (in)constitucionalidade dos projetos sobre a imputabilidade.

No primeiro capítulo busca-se demonstrar a importância que o Direito das Crianças e dos Adolescentes adquiriu de maneira global, expondo alguns dos principais tratados que delinearam o tratamento às crianças e adolescentes de maneira geral, culminando na doutrina da proteção integral. Há ainda um painel elaborado pela Organização das Nações Unidas (ONU) sobre meios de implementação e fiscalização da justiça penal juvenil nos países que ratificaram a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças e dos Adolescentes.

O segundo capítulo se presta a desmitificar a chamada impunidade dos menores infratores, demonstrando e explicando as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Ainda no segundo Capítulo, mais precisamente no tópico 2.4, há uma tabela que mostra, em termos gerais, a idade da imputabilidade penal em diversos países, desta maneira se faz uma comparação do sistema de imputabilidade adotado pelo Brasil com outros países Ocidentais.

Uma vez conhecida a relevância jurídica dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes e superada a questão da impunidade dos menores infratores, o projeto explana sobre as correntes jurídicas acerca da inconstitucionalidade da redução da imputabilidade penal. A grande questão acerca da inconstitucionalidade da redução da maioridade penal gira em torno do artigo 228 da Constituição Federal ser considerado cláusula pétrea por parte da doutrina ou passível de abolição por emenda constitucional por outra parte.

Deste modo, importante frisar, o estudo realizado não adota nenhum lado em relação se a redução da imputabilidade é medida necessária, buscando apenas explanar e desmitificar algumas questões que giram em torno do assunto. A conscientização sobre o grau de profundidade que envolve a redução da imputabilidade, com enfoque jurídico, é o ponto central do estudo.

1 – Compreensão do surgimento e internacionalização do Direito juvenil no Ocidente à mudança de paradigma.

1.1 A internacionalização do Direito Juvenil

O encarceramento e a ressocialização de jovens delinquentes é assunto polêmico e frequentemente discutido através de nossa imprensa, causando furor e revolta em uma parte da sociedade, antes de adentrar no sistema penal juvenil, faz-se necessário uma breve introdução da história dos Direitos das Crianças e Adolescentes. De como os países de maneira global foram tomado consciência do problema e a maneira que o modo de tratar e enxergar os jovens delinquentes deu uma reviravolta, assim, dispõe muito bem Norberto Bobbio:

“Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.” (2004, p.55).

Nos meados do século XIX apesar de uma diferenciação das penas, os jovens infratores cumpriam a reprimenda no mesmo local destinado aos adultos (MENDEZ, 1998, p. 21), ocorrendo diversos casos de abusos sexuais e a consequente não ressocialização do jovem, assim explana Emilio Garcia Mendéz:

“As deploráveis condições de encarceramento e a promiscuidade entre menores e adultos geraram com maior ou menor intensidade em todo o continente forte indignação moral que se traduziu em amplo movimento de reformas”. (1998, p.21).

No trânsito entre o século XIX e XX começou um movimento de percepção da maioria das sociedades ocidentais da necessidade de criação de tribunais para os menores com diferentes procedimentos e instituição de pessoal especializado para o encarceramento, tanto para proteger o menor quanto para determinar sua responsabilidade penal (PEREIRA, 2005, p. 23). Cada país, com sua respectiva legislação começou a criar seus próprios Tribunais de exceção

para o julgamento das infrações cometidas por aqueles que estavam afastado do Direito Penal regular, o primeiro tribunal de menores de que se tem notícia é o Children's Court of Cook County localizada em Chicago, foi criado em 1899, sendo o primeiro a tratar diferenciadamente os jovens dos adultos (PEREIRA, 2005, p. 24).

Neste mesmo período, mais precisamente em 1896, a Noruega promulgou uma lei chamada de *Norway's child Welfare act*, que na opinião de muitos doutrinadores e pesquisadores “reuniu todos os elementos que hoje podem ser identificados no direito de menores” (BARBOSA, 2008, p. 19). Importante frisar que não há que se ver nas criações das cortes especializadas uma postura que visasse a criança ou o adolescente como sujeitos de direito, mas uma tentativa de diminuir a criminalidade juvenil, que estava em alta na época.

Após essa iniciativa norte americana, muitos outros países também criaram suas cortes de exceção, tendo o Brasil promulgado o seu primeiro código de menores em 1927, através do decreto nº 16.273, o qual tratava sobre a organização judiciária da justiça, em seu art.1º, §3º criava a figura do juiz de menores:

Art. 1º. A administração da justiça, no Districto Federal, é exercida pelas seguintes

autoridades:

1º. Pretores, em numero de dezeseis, sendo oito do civil e oito do crime.

2º. Juizes de direito, em numero de dezenove, sendo um da provedoria e residuos, dous de orphãos e ausentes, um dos Feitos da Fazenda Municipal, seis do civil, oito do crime e um do alistamento eleitoral.

3º. Juiz de menores. (grifei) (BRASIL, Lei 16.273. Disponível em: <<http://arisp.files.wordpress.com/2008/04/decreto-16273-de-20-de-dezembro-de-1923.pdf>>).

O Brasil já adotou critérios biopsicológicos para averiguação da imputabilidade do infrator, o Código Penal de 1969, que teve por base o anteprojeto de Nelson Hungria, fixava a imputabilidade para a aplicação da Lei Penal em 18 anos, porém, se o infrator com a idade de 16 anos revelasse

desenvolvimento psíquico suficiente poderia ser declarado como sendo imputável, este critério biopsicológico de imputabilidade se estendia por toda a América Latina, porém caiu, pois:

“gera um alto grau de insegurança jurídica, vez que é muito difícil que um exame psicológico, mesmo sendo realizado pelos mais bem preparados profissionais da área, determinar a maturidade de uma pessoa” (de MELLO, 2004, p. 43).

Após a criação de juizados especializados para tratar a questão da menoridade, o meio internacional envidou esforços para regularizar a situação das crianças e dos adolescentes (PEREIRA, 2005, p. 45), foi o que levou a Sociedade das Nações (precursora da ONU) a adotar a primeira declaração, de caráter universal, que versa sobre o direito das crianças, conhecida como Declaração de Genebra (1924), que apesar de ser um texto genérico, foi utilizada como fundamentação para a nova Declaração dos Direitos da Criança (1959). A Declaração de Genebra foi fortemente influenciada pelos horrores vividos na 1ª Guerra Mundial, os Estados que a assinaram não possuíam nenhuma obrigatoriedade com a mesma, servindo mais como norte para a criação de princípios referentes às crianças no âmbito internacional, de forma que o resultado do documento “não é fruto da reflexão de o que é a criança, mas uma tentativa de resposta sobre o que se deve fazer com ela” (BARBOSA, 2008, p. 26) e mais:

“Pela primeira vez, uma entidade internacional tomou posição definida ao recomendar aos Estados filiados cuidados legislativos próprios, destinados a beneficiar especialmente a população infanto-juvenil”. (TAVARES, Direito da infância e da Juventude, 2001, p. 55).

Em 1959 a Declaração de Genebra foi revisada pela ONU e, através da Resolução 1386 (XIV), proclamou a Declaração sobre os Direitos da Criança, que foi aprovada em caráter unânime, porém não obrigatório, Anderson Pereira (2005, p.46) define a declaração como:

“Esta Declaración se articula em diez principios que buscan ampliar y actualizar la Declaración de Ginebra, y por añadidura incorpora nuevos parámetros de protección de los derechos humanos aplicables a los niños. La Declaración de 1959, además, sacó a la luz em el Derecho Internacional el importante concepto del interés superior del niño, más tarde retomado y desarrollado por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989”.

A Declaração sobre os Direitos da Criança, em dez princípios bem sucintos e claros conseguiu estabelecer as bases do que deveriam ser os próximos tratados que versassem sobre o tema, oportuno transcrever o princípio de número 6 (seis), o qual fala do tratamento diferenciado que a sociedade deve ter com a criança:

“A criança precisa de amor e compreensão para o pleno e harmonioso desenvolvimento da sua personalidade. Na medida do possível, deverá crescer com os cuidados e sob a responsabilidade dos seus pais e, em qualquer caso, num ambiente de afeto e segurança moral e material; salvo em circunstâncias excepcionais, a criança de tenra idade não deve ser separada da sua mãe. A sociedade e as autoridades públicas têm o dever de cuidar especialmente das crianças sem família e das que careçam de meios de subsistência. Para a manutenção dos filhos de famílias numerosas é conveniente a atribuição de subsídios estatais ou outra assistência.” (BRASIL, Declaração sobre o direitos das Crianças e dos Adolescentes. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dc-declaracao-dc.html>>).

Ao longo de seus dez princípios, a Declaração dos Direitos das Crianças tenta demonstrar a peculiaridade do desenvolvimento das mesmas enquanto pessoas e garantindo direitos fundamentais básicos, tais como educação, previdência social, trabalho, proteção, responsabilizando o Estado e às famílias de garantirem acesso e proteção a esses direitos, de tal forma que:

“No plano prático, apesar de seu caráter *jus cogens*, a Declaração resultou mais em um documento que ditou uma nova doutrina relativa aos cuidados com a criança e aos responsáveis por proteger esses direitos do que num instrumento ativo de medidas efetivas de proteção e consolidação destes direitos e prerrogativas. Contudo, vários direitos citados na Declaração foram incorporados em convenções subsequentes, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966” (BARBOSA, 2008, p. 30).

Com os esforços realizados nos âmbitos nacional e internacional para o tratamento diferenciado dos jovens, a questão da criminalidade juvenil acabou por se tornar um problema antes sociológico do que judicial (PEREIRA, 1996, p. 14), todas as legislações à época vigentes no Ocidente apontavam para a doutrina conhecida como “doutrina da situação irregular”, afirmada no primeiro congresso internacional de menores.

1.2 A doutrina da situação irregular

Nos Tribunais de Exceção que julgavam os jovens delinquentes, o juiz era quase uma figura paterna, com as novas legislações protecionistas que objetivavam culpa ao Estado e às famílias sobre o cuidado com a criança ou adolescente surgiram medidas extremamente protecionistas, que acabaram por suprimir garantias para assegurar a proteção dos menores (SARAIVA J. C., 2003, p. 32). Esses Tribunais de Exceção por diversas vezes aplicava penas aos jovens por fatos que não constituíam atividade criminosa, uma vez que o juiz já aplicava as penas restritivas de liberdade, criando assim um “um sistema de controle sociopenal da infância marginalizada socialmente” (MENDEZ, 1998). Os Tribunais de Exceção foram o início da doutrina da situação irregular, pois, a figura paternalista do juiz, combinado com seu amplo raio de atuação, acabava por misturar os jovens delinquentes com os carentes, deste modo, afirma muito bem Marta Machado de Toledo, em sua obra *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos* que:

“Em síntese, com a constituição dos juízos de menores e a cristalização do direito do menor criou-se um sistema sociopenal de controle de toda a infância socialmente desassistida, como meio de defesa social em face da criminalidade juvenil, que somente se revelou possível em razão da identificação jurídica e ideológica entre infância carente e infância delinquente” (TOLEDO, 2003, p. 42)

Imperioso ressaltar que à época, havia uma diferenciação entre infância e menores, sendo a escola a principal ferramenta de discrepância, os jovens que não possuíam acesso a ela eram tratados como menores, já os mais bem afortunados faziam parte da infância, sobre o modo de tratamento diferenciado entre infância e menores, oportuno dizer que:

“Para a infância, a família e a escola cumprirão as funções de controle e socialização. Para os menores, será necessária a criação de uma instância diferenciada de controle sociopenal: o tribunal de menores (que, não por acaso, recebe desde suas origens esta denominação)”. (MENDEZ, 1998, p. 86).

O Brasil adotou essa doutrina em seu Código de Menores (Lei n 6.697/79), agora o jovem não era submetido ao Tribunal somente quando tivesse

cometido um crime ou infração, haviam outras seis situações de irregularidade que autorizava a atuação do Juiz de Menores:

- a. Menor Privado de condições essenciais de subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente em razão de falta, ação ou omissão dos pais ou responsável e manifesta impossibilidade de os mesmos provê-las;
- b. Menor vítima de maus-tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;
- c. Menor em perigo moral devido a encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes, e na hipótese de exploração em atividade contrária aos bons costumes;
- d. Menor privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;
- e. Menor com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação família e comunitária;
- f. Menor autor de infração penal. (PEREIRA, 1996, p. 21)

Não era só no Brasil que a doutrina da situação integral reinava, de certo modo, todos os países latino-americanos, através de seus tribunais de Exceção, vinham adotando a doutrina da situação irregular, mudando o enfoque dado ao tratamento dos menores, que vão se transformando de “objeto do direito em objeto das políticas públicas” (MENDEZ, 1998, p. 89). A declaração de abandono, seja ele material (como a falta de educação, comida e outras necessidades básicas) seja ele moral (como a falta de afeto por parte dos pais e maus tratos), era faculdade discricionária do juiz, ou seja, ficava a cargo do magistrado do Tribunal de menores estabelecer a situação em que o jovem se encontrava, a Lei Argentina 10.903 (Lei Agote) em seu artigo 21 “demonstrou assombroso vigor legislativo e enorme capacidade de penetração em todo o continente” (MENDEZ, 1998, p. 89), estabelecendo a coluna principal do princípio da situação irregular nos países latino americanos:

“ARTÍCULO 21.- A los efectos de los artículos anteriores, se entenderá por abandono material o moral, o peligro moral, la incitación por los padres, tutores o guardadores de la ejecución por el menor de los actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuentación a sitios inmorales o de juego, o con ladrones, o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido 18 años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que

fueren en las calles o lugares públicos, o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores, o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud.” (ARGENTINA. Disponível em: <<http://www.apdh-argentina.org.ar>>).

Este modelo não se preocupava com o sujeito de direito que hoje em dia é considerado o jovem, mas tratava-o como um objeto a ser tutelado, a consequência é que muitas vezes a sanção imposta pelo juiz não tinha qualquer nexos causal com o ato cometido pelo adolescente (BARBOSA, 2008, p. 23), o julgamento feito pelo magistrado era muito subjetivo, vez que podia responsabilizar a família por maus cuidados caso o jovem cometesse uma infração como roubar um carro, João Batista Saraiva, em sua obra Adolescente em conflito com a lei – da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil (2006, p.36/37), definiu muito bem a doutrina da situação irregular, apontando que:

“Para combater um mal, a indistinção de tratamento entre adultos e crianças, criava-se, em nome do amor à infância, aquilo que resultou um monstro: o caráter tutelar da justiça de menores, igualando os desiguais. Em nome do amor, estavam sendo lançados os fundamentos da Doutrina da Situação Irregular, consagrando o binômio carência/delinquência. A caminhada de proteção dos direitos da infância colocava como pressuposto a superação de garantias como o princípio da legalidade, em face da suposta figura de um juiz investido de todas as prerrogativas do bom *pater familiae*.”

Quando se fala em justiça de menores está se falando da doutrina da situação irregular, hoje em dia, apesar de ainda existir muita discussão sobre “menores” infratores, é inconcebível que se faça qualquer distinção entre adolescentes e menores, sendo que agora a falta de escola ou de qualquer outro direito básico ao jovem é visto como uma falha do Estado e da sociedade.

Essa situação só seria modificada com a adoção da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 20.11.89), a qual mudou o paradigma do tratamento dos jovens, passando-se da doutrina da situação irregular para o princípio da proteção integral (MENDEZ, 1998).

1.3 A Convenção Internacional dos Direitos da Criança

Em novembro de 1989, foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que foi o primeiro tratado internacional a incorporar diversas outras garantias fundamentais e adaptá-las ao Direito dos jovens e da criança (BARBOSA, 2008, p. 39), temos que a Convenção:

“trata de enumerar em su totalidad los derechos del niño al establecer um catálogo de lo más importantes derechos fundamentales protegidos internacionalmente, adaptados em su formulación a los supuestos em que se aplican a los niños” (ANDRADE, 2005, p. 51).

Provocou mudanças significativas no modo dos atores participantes da Convenção pensar e agir acerca das questões referentes à infância, Emílio Garcia Méndez distribui muito bem o debate proposto pela Convenção em três pontos:

“a) O mundo jurídico. Neste campo, sua mensagem é de clareza pouco comum, já que a Convenção introduz explicitamente a obrigatoriedade do respeito a todos os princípios jurídicos básicos, totalmente ausentes nas legislações *menoristas* latino-americanas baseadas na doutrina da situação irregular. Do menor como objeto de compaixão-repressão à infância-adolescência como sujeito pleno de direitos é a expressão que melhor sintetiza a profundidade do novo paradigma.

b) As políticas governamentais. A percepção não eufemística da própria criança como sujeito de direitos e a liberdade de expressar livremente suas opiniões (artigo 12 e 13 da Convenção) obrigam a um questionamento profundo do estreito conceito de políticas governamentais. Esse direito, somado ao respeito, ao interesse superior da criança (artigo 3 da Convenção), obriga as autoridades governamentais a repensar o conceito de políticas públicas, entendendo estas últimas como verdadeira articulação de esforços entre o Estado e a sociedade civil. Institucionalizar a participação da comunidade constitui a melhor síntese desse imperativo.

c) As organizações não-governamentais. O caráter jurídico heterodoxo da Convenção Internacional põe em evidência que a condição material da infância torne-se diretamente dependente de sua condição jurídica, e o fato de que a lei é demasiado importante para que não seja preocupação e tarefa do conjunto da sociedade. Para os que trabalham em relação direta com a infância durante muito tempo constitui motivo de orgulho não serem convocados para os processos e projetos de reformulação jurídica. A Convenção sugere uma inversão radical de tendência nesse aspecto.” (MENDEZ, 1998, p. 32).

A Convenção foi assinada por todos os países do globo, com exceção de Estados Unidos e Somália, porém apesar de ser um incrível sucesso no número de ratificações, as obrigações dos Estados membros sofrem diversas limitações, de acordo como a Constituição de cada um recepciona os tratados internacionais (BARBOSA, 2008, p. 38). O que mais pode-se dizer de importante sobre a Convenção é que ela mudou o paradigma sobre a maneira de tratamento do menor, passando de objeto à sujeito de pleno direito, tratando de estabelecer a prisão como última *ratio*, conforme artigo 37, “b”:

Art. 37 - Os Estados zelarão para que:

b) nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado” (Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, 1989. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dc-declaracao-dc.html>>).

Assim, a Convenção adotou a doutrina da proteção integral às crianças e aos adolescentes, afastando o princípio da situação irregular, onde os jovens ficavam à mercê do juiz, porém agora eram tratados de maneira isonômica, sendo sujeitos de direito reconhecidos pela sociedade e o mais importante, a sociedade respeitava o caráter peculiar de desenvolvimento. Podemos afirmar que a Convenção se sustenta em quatro princípios fundamentais:

“o interesse superior da criança, o qual deve consistir na consideração primária em todos os assuntos que envolvam crianças e adolescentes (artigo 3); o princípio da não-discriminação, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais (artigo 2); o direito inerente da criança à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento (artigo 6); e o direito de participação da criança e do adolescente em assuntos que os afeta, principalmente em processos judiciais ou administrativos que envolvam menores de idade (artigo 12).” (BARBOSA, 2008, p. 39).

Importante citar que o artigo 1º da Convenção estabelece que criança é todo ser humano menor de 18 anos de idade, salvo os que , em virtude de lei

aplicável, já alcançaram a idade penal, portanto, não há aqui diferenciação entre a criança, o menor e o adolescente (PEREIRA, 2005, p. 49). Sendo a Convenção de suma importância para o Direito juvenil, pois ainda compreendia garantias como a proteção contra o trabalho infantil (artigo 47 da Convenção), liberdade de expressão, de pensamento e de crença (artigos 13, 14 e 15 da Convenção), destacando também o papel dos pais, que devem agir e zelar como guardiões da família e protetores para possam “garantir um desenvolvimento harmônico da criança nos aspectos físicos, espiritual, psicológico, moral e social, considerando suas aptidões e talentos individuais” (BARBOSA, 2008, p. 40).

1.4 A doutrina da proteção integral

A doutrina da proteção Integral encontra-se baseada sobre quatro documentos fundamentais:

- a) A Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças;
- b) As regras de Beijing (regras mínimas das nações unidas para a administração da justiça dos menores);
- c) As regras para a proteção dos menores privados de liberdade;
- d) As diretrizes do RIAD (diretrizes das nações unidas para a prevenção da delinquência juvenil).

Cada documento tem sua devida importância, porém pode-se dizer que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças é o mais importante de todos, pois assentou as bases da doutrina da proteção integral, mudando de vez o enfoque dado ao jovem de objeto de tutela estatal, desta forma:

“É importante ressaltar que o estabelecimento desse conjunto de instrumentos normativos se dá com base no pressuposto doutrinário de que, enquanto sujeitos de direitos, a criança e o adolescente são merecedores do respeito aos direitos que lhe são pertinentes e que a defesa desses direitos é dever do poder público. Aqui se pode verificar claramente um contraponto à ideia do menor como objeto da tutela estatal.” (BARBOSA, 2008, p. 46).

Após a assinatura da Convenção, vivenciou-se, especialmente na América Latina, um período de promulgações de Leis que tratam sobre a proteção

e a tutela dos menores, todas com uma mesma característica em comum, a assunção de responsabilidades, toda a sociedade é responsável pela formação do menor, assim:

“Todos – los progenitores, la comunidad y el Estado – deben ser responsables solidários, de acuerdo con las normativas, de la garantía de los derechos fundamentales del menor y de la prevención de situaciones de riesgo para él. La opinión del menor debe ser tomada en consideración conforme a su desarrollo (autonomía progresiva) y los adolescentes, como les denominan las nuevas leyes a los menores de 18 y mayores de 12, 13 o 14 años, según el país, son penalmente responsables por sus actos, conforme a um sistema que busca garantizar sus derechos em los planos formal y material.” (ANDRADE, 2005, p. 40).

O Brasil foi um dos pioneiros na adoção da doutrina da proteção integral, tendo sido um dos países que ratificaram a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, de forma que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), promulgado em 13 de julho de 1990, ou seja, um ano após a Convenção, “representa uma adequação substancial à doutrina da proteção integral, chegando, mesmo, em muitos aspectos, a uma superação positiva de seus princípios básicos” (MENDEZ, 1998, p. 92). Estabelece os critérios para a diferenciação da criança e do adolescente em seu artigo 2º, “considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”, afastando claramente os menores de 18 anos do Direito Penal, devido também ao fato do Brasil ter estabelecido, em seu artigo 228 da Constituição Federal de 1988, por influência da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que os menores de 18 anos de idade são inimputáveis, devendo ser julgados por legislação específica, e consagra em seu artigo 3º o princípio da proteção integral quando afirma que:

“A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.” (Brasil, Lei 8.069/90, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm).

Com a entrada do ECA em vigor, a criança e o adolescente passaram a ser tratados de maneira diferente, agora como sujeitos de direito, sendo protegidos por uma legislação específica, onde gozavam de todas as garantias processuais e fundamentais destinadas aos adultos, não eram mais objeto de políticas públicas como na época em que a doutrina da situação irregular imperava, rompendo de vez com a diferenciação de menores e delinquentes, assim:

“O ECA se assenta no princípio de que todas as crianças e adolescentes, sem distinção, desfrutam dos mesmos direitos e sujeitam-se a obrigações compatíveis com a peculiar condição de desenvolvimento que desfrutam, rompendo, definitivamente com a ideia até então vigente de que os Juizados de Menores seriam uma justiça para os pobres, na medida em que na doutrina da situação irregular se constatava que para os bem-nascidos, a legislação baseada naquele primado lhes era absolutamente indiferente” (SARAIVA J. B., 2005, p. 61).

Importante enxergar que toda a evolução histórica do Direito das Crianças assemelha-se à evolução dos Direitos Humanos, sendo resultado de diversas lutas e transformações sociais ao decorrer do tempo (MENDEZ, 1998), não pode se esquecer que ainda há muito a melhorar, o ECA é um instrumento legislativo avançado e garantista de Direitos essenciais à criança, é fruto da tendência do pensamento Internacional sobre o Direito do jovem, sendo:

“pretensioso e arrogante afirmar que o Estatuto do Brasil não é instrumento sujeito a aperfeiçoamentos. Entretanto, seria muito mais pretensioso e arrogante ignorar as fontes reais dessa possível superação positiva. A Constituição Federal, a Convenção Internacional e as experiências concretas da sociedade civil organizada delimitam o único caminho de sua evolução futura” (MENDEZ, 1998, p. 94).

Portanto, hoje o jovem, no Brasil e no mundo, é considerado sujeito de pleno direito, sendo reconhecida a sua peculiaridade em face de seu amadurecimento, abordando os temas pertinentes às crianças e adolescentes sobre a óptica dos Direitos Humanos, garantindo sua liberdade, respeito e dignidade (SARAIVA J. B., 2005).

1.5 O princípio do superior interesse ou do melhor interesse de crianças e adolescentes

Este princípio foi consagrado na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e tem como objetivo nortear a aplicação das medidas judiciais em relação às crianças e os adolescentes e o tratamento geral por parte da sociedade, assim “todos os atos relacionados à criança deverão considerar os seus melhores interesses. O Estado deverá prover proteção e cuidados adequados, quando os pais não o fizerem” (MELLO & FRAGA, 2003, p. 420). Consagrado literalmente no 3º artigo da Convenção dos Direitos da Criança, esse princípio diz que:

“Artigo 3.1 Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

3.2 Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

3.3 Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competente, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada.” (FONSECA, 2011, p. 11/12).

Em síntese, o princípio:

“Determinou que as instituições públicas ou privadas, autoridades, tribunais ou qualquer outra entidade, ao tomar uma decisão acerca das crianças, deveriam sempre considerar as alternativas que lhes oferecessem o máximo bem-estar.” (BARBOSA, 2008, p. 41)

Assim, este princípio é de extrema importância sendo não só fonte para normas jurídicas como também no planejamento e aplicação de políticas públicas, o princípio do melhor interesse é “princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador da Lei, determinando a primazia das necessidades da criança e

do adolescente como critério de interpretação da lei, ou elaboração de futuras regras” (AMIN, 2010, p. 12).

1.6 Painel de Coordenação Interagencial sobre Justiça Juvenil

Após a Convenção dos Direitos da Criança, com o intuito de melhorar e fiscalizar a aplicação das novas garantias aos jovens e às crianças, a UNICEF em cooperação com algumas organizações não governamentais e outros especialistas no assunto, criou um Manual para Medição dos Indicadores da Justiça Juvenil, assim:

“O documento identifica quinze indicadores importantes para a justiça de menores com o intuito de que os oficiais nas esferas local e nacional possam acessar até que ponto o sistema de justiça da infância e da juventude pelo qual eles são responsáveis está funcionando adequadamente.” (BARBOSA, 2008, p. 53).

O painel é dividido entre quinze indicadores quantitativos e quatro indicadores de políticas públicas, dessa forma, os indicadores quantitativos servem para medir características da justiça do país em porcentagens e os indicadores de políticas públicas se as regras da Convenção estão inclusas na Lei ou nas políticas públicas (BARBOSA, 2008, p.53).

INDICADORES QUANTITATIVOS	DEFINIÇÃO
Menores em conflito com a lei	Número de menores presos durante um período de 12 meses por cada 100.000 menores
Menores detidos	Número de menores detidos por cada 100.000 menores
Menores detidos aguardando julgamento	Número de menores detidos aguardando julgamento por cada 100.000 menores
Duração da detenção prévia ao sentenciamento	Tempo que os menores passam detidos antes do sentenciamento
Duração da detenção após o sentenciamento	Tempo que os menores passam detidos após o sentenciamento

Morte de menores durante a detenção	Número de mortes de menores em detenção durante um período de 12 meses por cada 1.000 menores detidos
Separação dos adultos	Porcentagem de menores detidos que não estão totalmente separados dos adultos
Contato com pais e familiares	Porcentagem de menores detidos que foram visitados por, ou que visitaram os pais, guardião ou um adulto membro da família nos últimos 3 meses
Sentença de privação de liberdade	Porcentagem de menores sentenciados à cumprirem pena de privação de liberdade
Remissão prévia ao sentenciamento	Porcentagem de menores aos quais foram concedidos a remissão anterior ao sentenciamento
Assistência após a detenção	Porcentagem de menores que foram soltos e que estão recebendo assistência
INDICADORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS	DEFINIÇÃO
Inspeções independentes regulares	Existência de um sistema que garanta a inspeção independente regular de unidades de detenção Porcentagem de unidades de detenção que recebeu uma visita de inspeção independente nos últimos 12 meses
Mecanismos de reclamações	Existência de um sistema de reclamações para menores em detenção Porcentagem de unidades de detenção que opera um sistema de reclamações
Sistema de justiça juvenil especializado	Existência de um sistema de justiça juvenil especializado
Prevenção	Existência de um plano nacional para a prevenção do envolvimento de menores em crimes

Fonte: UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **Manual for the Measurement on the Juvenile Justice Indicators**. New York: United Nations, 2006. [tradução livre]

Este painel demonstra o quanto a Convenção do Direito das Crianças mudou a forma de se pensar nos jovens e principalmente no sistema penal juvenil, assim percebe-se que a evolução do sistema penal juvenil se deu de maneira internacional, apesar de cada país ter suas mudanças internas, é certo que o ponto alto para o avanço dos direitos fundamentais e das garantias processuais juvenis se deram em âmbito global.

2 – Sistema penal juvenil x impunidade

Hodierna a discussão sobre a imputabilidade, tramitando no Congresso Nacional, dois projetos do deputado federal de Sergipe, André Moura (PSC-SE). O primeiro é o Projeto de Lei Complementar 57/11, que reduz a imputabilidade para os 16 anos. O segundo, o Projeto de Decreto Legislativo 494/11, propõe a realização de plebiscito nacional para decidir a redução da imputabilidade, além de outro projeto que visa estabelecer o critério biopsicológico para a adoção da imputabilidade.

Atualmente, a imputabilidade Brasileira é fixada ao completar-se 18 anos, conforme artigo 227 da Constituição Federal:

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial. (disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

E artigo 27 do Código Penal:

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial (disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm).

Os que defendem a redução da imputabilidade afirmam que o adolescente que cometeu uma infração tipificada como crime no Código Penal, já sabe do caráter ilícito do fato e acha que devido a seu caráter diferenciado de julgamento não sofrerá grandes consequências, fundamentando-se para tanto no critério de imputabilidade no qual “o sujeito é imputável quando é capaz de alcançar a exata representação de sua conduta e agir com plena liberdade e entendimento de vontade” (PESSOA DE MELLO, 2004). Assim, o infrator é considerado como sujeito dotado de plena consciência de suas ações, mas a ação perpetrada é tipificada como sendo ilegal de acordo com a lei vigente, tendo como consequência uma sanção penal, segundo Toledo (1991, p.313):

“Desta forma sempre que o agente for imputável, será penalmente responsável, deverá prestar contas pelo fato-crime a que der causa, sofrendo, na proporção direta de sua culpabilidade, as consequências jurídico-penais previstas em lei.”

Porém, antes de se discutir a redução ou não da imputabilidade, faz-se mister saber como funciona o sistema penal juvenil no Brasil, analisando as medidas cabíveis, os tipos de conduta que são consideradas infrações e quem são considerados adolescentes e crianças.

2.1 Evolução do Direito penal juvenil no Brasil

Durante os primeiros trezentos e trinta anos de colonização portuguesa no Brasil (1500 a 1822) não havia nenhuma distinção de tratamento entre menores e adultos, de modo que havia até a existência de pena de morte para os menores de 18 anos (PEREIRA, 2005, p.164). Com a aprovação do primeiro Código Penal, em 1830, o Brasil adotou o sistema de discernimento para a fixação da responsabilidade do menor, de modo que:

“el menor de catorce años no era considerado imputable, salvo si hubiera obrado com consciência; en estos casos podia ser juzgado y enviado al reformatório por el tempo estimado necessário por el juez, hasta los diecisiete años” (PEREIRA, 2005, p.164).

Neste Código o juiz tinha a faculdade de diminuir a pena em dois terços aos maiores de 14 (quatorze) anos e menores de 17 (dezessete) anos, de modo que os que estavam entre 17 (dezessete) e 21 (vinte e um) anos podiam ser agraciados com a atenuante de menoridade, hoje prevista em nosso Código Penal no artigo 65, I, no qual estabelece que a pena sempre deverá ser diminuída quando o agente for menor que 21 (vinte e um) anos.

Com a proclamação da República foi aprovado o primeiro Código de Menores de 1890 que estabelecia que o menor de 9 (nove) anos não poderia de maneira nenhuma ser considerado imputável, retirando de uma vez por todas os menores dessa idade do Direito Penal e:

“entre 9 y 13 años, el Código siguió adoptando el critério del discernimiento. Finalmente, obligó a la imposición, antes facultativa, de la pena disminuida em dos tercios para los menores entre 14 y 17 años y mantuvo la atenuante de la minoria de edad hasta los 21.” (PEREIRA, 2005, p.165).

No século XX houve grandes transformações no mundo e, conseqüentemente no Brasil, o congresso de Paris de 1911, o congresso pan-

americano da criança em 1916 e o congresso brasileiro de proteção à infância, realizado em 1920, levaram o Brasil a legislar sua primeira lei especial para os menores, ainda sob o impacto do século XX:

“Pode-se dizer que as duas primeiras décadas do século XX constituem o período mais profícuo da história da legislação brasileira para a infância. É grande o número de leis produzidas na tentativa de regulamentar a situação da infância, que passa a ser alvo de inúmeros discursos inflamados nas Assembleias das Câmaras Estaduais e no Congresso Federal”. (RIZINNI, 1955, p.111).

O diploma legal mais importante da época foi o Decreto nº 16.272, de 20 de Dezembro de 1923, o qual tratava da assistência e proteção aos menores abandonados bem como discorria sobre as medidas aplicáveis e sua duração, foi a primeira lei penal e, ao mesmo tempo, processual penal juvenil brasileira (PEREIRA, 2005, p.166). Assim, pode-se perceber o quanto era precária a justiça penal juvenil anteriormente, o juiz não tinha qualquer base legal para a aplicação de penas ou medidas que achasse conveniente aos jovens infratores, de maneira que ficava a seu critério e discernimento quanto aos menores infratores, porém, com a promulgação do Decreto nº 16.272, logo em seu primeiro artigo já podava essa falta de critérios para o tratamento:

“em seu artigo 1º, previa que o menor, de qualquer sexo, abandonado ou delinquente, seria submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção instituídas naquele regulamento”. (PRATES, 2001, p.55).

Com o Decreto 16.273, de 20 de Dezembro de 1923, foi organizada a justiça do Distrito Federal e criado o primeiro Tribunal de menores do Rio de Janeiro, o qual foi instalado em março de 1924, lembrando que à época dos fatos, o Rio de Janeiro era a capital do país.

Diversas outras leis garantindo maior e melhor proteção aos jovens foram surgindo na época, o que se via nos países ocidentais era cada vez mais uma maior preocupação com a especialização da justiça dos menores infratores, como visto no capítulo anterior. Eis que surge o primeiro código de menores do Brasil, promulgado pelo Decreto 17.943-A, em 12 de Outubro de 1927, o que era:

“um amplio documento com 231 artículos, corresponde plenamente al modelo tutelar de tratamiento del menor em conflicto com la ley penal, que abarca, como hemos visto, dos directrices fundamentales: la ausencia de garantías procesales y la hipertrofia de los poderes del Juez de Menores.” (PEREIRA, 2005, p.167).

Este Código excluiu de vez os menores de 14 (quatorze) anos da jurisdição penal, o que também acabava com o muito questionado critério de discernimento utilizado pelos magistrados para a determinação da responsabilidade penal nos casos. O código não só tratava dos infratores como também de uma melhor proteção aos jovens em geral, de maneira que em seu artigo 68, parágrafo 2º, faculta ao Juiz de Menores enviar os infratores abandonados a uma casa de educação, de maneira que os menores de 14 (quatorze) anos que não estavam abandonados seriam entregues aos seus pais ou tutores, restando evidente que as casas de educação se destinavam aos pobres.

Os menores delinquentes considerados perigosos eram remetidos a estabelecimentos prisionais especiais ou, na falta destes, a prisões comuns, por tempo considerado suficiente para que se recuperasse, porém, há que se ressaltar, caso fossem enviado a penitenciárias comuns, deveriam ser mantidos separados dos adultos (PRATES, 2001, p.53). A pena máxima de internação era de 5 (cinco) anos no caso de menor abandonado, podendo chegar até 7 (sete) anos caso o juiz achasse conveniente, para concluir sobre o Código de 1927:

“O Código de 1927 incorpora tanto a visão higienista de proteção do meio e do indivíduo como a visão jurídica repressiva e moralista. Prevê a vigilância da saúde da criança, dos lactantes, das nutrízes, e estabelece a inspeção médica da higiene. No sentido de intervir no abandono físico e moral das crianças, o pátrio poder pode ser suspenso ou perdido por falta dos pais. Os abandonados têm a possibilidade (não o direito formal) de guarda, de serem entregues sob a forma de “soldada”, de vigilância e educação, determinadas por parte das autoridades, que velarão também por sua moral.” (RIZZINI, 1995, p. 63).

Após um período conturbado no Brasil, devido ao ditadorismo de Getúlio Vargas conhecido como Estado Novo, foram aprovadas algumas leis que endureceram o tratamento com os menores, todos baseados em que os menores

abandonados deviam ser recolhidos e tratados em instituições de internação. O próximo Código de Menores surgiu em 1979, com a Lei 6.697, que seguia o modelo do Código passado, tendo como doutrina inspiradora a situação irregular (SARAIVA J. B., 2005, p. 43). Como já citada no capítulo anterior, essa doutrina define os menores abandonados como uma patologia social, devendo ser internados pelo Estado, não reconhecendo que o próprio Estado é o culpado de os deixarem nessa situação, dispõe a Lei 6.697/79, em seu artigo 2º, que:

“Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente em razão de:

- a) Falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
- b) Manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II – vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III – em perigo moral, devido a:

- a) Encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
- b) Exploração de atividade contrária aos bons costumes;

IV – privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V – com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI – autor de infração penal.” (SARAIVA J. B., 2005, p. 44).

No mais, continha ainda algumas aberrações jurídicas como a possibilidade de permanência, sob a escolta policial, do menor infrator de até 6 (seis) dias, sem que a polícia fosse obrigada a apresentá-lo ao juiz (PEREIRA, 2005, p. 171), o que hoje pode ser considerado como absurdo até em face das pessoas imputáveis, porém há que se lembrar que aqui se vivia o auge da ditadura militar. O código de 1979 permaneceu por mais de 10 (dez) anos, ou seja, durante todo o difícil período vivenciado no Brasil de Ditaduras militares e políticas o avanço em relação ao Direito penal juvenil foi pequeno, porém, em 1990 com a adoção da doutrina da proteção integral e a aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente a situação mudou.

2.2 O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA

No dia 13 de Julho de 1990, menos de um ano após a ratificação do Brasil à Convenção Internacional dos Direitos da Criança e a consequente adoção ao princípio da proteção integral, foi promulgada a Lei Federal nº 8.069, também conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, substituindo o Código anterior de 1979, que continha diversas normas que hoje podemos considerar incabíveis (PEREIRA, 2005), certo é que:

“Pela primeira vez, uma construção de direito positivo relativa à crianças e adolescentes rompe claramente com a Doutrina da Situação Irregular, substituindo-a pela Doutrina da Proteção Integral.” (BARBOSA, 2008, p. 121).

O ECA prevê que o adolescente que já tenha completado 12 (doze) anos e menor de 18 (dezoito) anos é penalmente inimputável (artigo 102, ECA) e que o adolescente está sujeito à medida socioeducativa e não à pena (artigo 102, parágrafo único do ECA), mesmo que o cometimento da infração seja praticado dias antes de se completar os 18 (dezoito) anos, haja visto que nosso ordenamento jurídico estabeleceu o critério unicamente objetivo para a maioridade penal, deste modo:

“Crime é fato típico e antijurídico. A criança e o adolescente podem vir a cometer crime, mas não preenchem o requisito da culpabilidade, pressuposto de aplicação da pena. Isso porque a imputabilidade penal inicia-se somente aos 18 (dezoito) anos, ficando o adolescente que cometa infração penal sujeito à aplicação de medida socioeducativa por meio de sindicância. Dessa forma, a conduta delituosa da criança e do adolescente é denominada tecnicamente de ato infracional, abrangendo tanto o crime como a contravenção.” (ISHIDA, 2003, p. 171).

As crianças menores de 12 (doze) anos que praticarem crime ou contravenção penal não são imputáveis de medidas socioeducativas, por mais grave e hediondo que seja o ato praticado, o ECA impõe medidas específicas de proteção, previstas em seu artigo 101. São medidas que evocam a utilização de recursos de toda a sociedade, para a Doutrina da Proteção Integral, adotada pelo ECA, as crianças que se encontram em situação de cometimento de infrações devem ser reeducadas para a posterior socialização das mesmas, eis as medidas:

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII - acolhimento institucional; (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência
- VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar; (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência
- IX - colocação em família substituta. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência (BRASIL, Lei 8.062/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>).

As medidas são um rol taxativo e não pode ser outra a decisão do órgão competente que não uma delas, o artigo 100 do ECA determina que para a adoção das medidas deve-se levar em conta “as necessidades pedagógicas, favorecendo aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários” (BARBOSA, 2008, p. 122). Uma vez excluídos os menores de 12 (doze) anos das medidas socioeducativas e não sendo essa a preocupação da sociedade quanto à delinquência juvenil, passemos a analisar as infrações e medidas cabíveis aos adolescentes.

2.3 As medidas socioeducativas

São as medidas utilizadas para os adolescentes com 12 (doze) anos completos até 18 (dezoito) anos incompletos que cometam ato infracional, para uma melhor elucidação sobre o que é ato infracional dispõe o artigo 103 do ECA que o ato infracional é qualquer conduta formal que seja descrita como crime ou contravenção penal, dessa forma para o cometimento de um ato infracional é obrigatório que a conduta do infrator esteja tipificada em Lei, seja ela o Código

Penal ou legislação extravagante. Com caráter altamente pedagógico, a medida socioeducativa é:

“A responsabilização e punição das crianças e dos adolescentes infratores, é, neste sentido, não um direito dos adultos e do Estado, mas um dever. Um dever em relação aos próprios infratores. Como dever, está limitado pelo direito da criança e do adolescente ao pleno desenvolvimento da sua personalidade. É a possibilidade que o Estado e os adultos têm de suprir e corrigir suas próprias falhas e omissões que impedem um adequado desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente, levando-o a cometer atos infracionais.” (SARAIVA J. B., 2005, p. 21).

Os que são a favor da redução da imputabilidade argumentam que as medidas socioeducativas são de pouca ou quase nenhuma eficácia, alegando que os adolescentes infratores cometem os crimes, pois são impunes e que os próprios adultos penalmente imputáveis utilizam disso para poder recrutar adolescentes e crianças ao crime.

Este trabalho de pesquisa não entrará nos trâmites de eficácia da justiça, ficando restrito às medidas aplicáveis aos adolescentes que cometam atos infracionais e quais são seus escopos, para um melhor entendimento da justiça penal juvenil e sobre a suposta impunidade dos menores. Deste modo, o presente estudo não se propõe a debater o próprio processo penal juvenil, mas demonstrar que a discussão sobre a redução da idade penal envolve diversos elementos que não estão sendo devidamente discutidos.

2.3.1 Advertência

A medida de advertência está prevista no artigo 115 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“A advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada.”

A medida de advertência será feita oralmente pelo juiz durante audiência, com a presença do menor, do membro do Ministério Público e dos pais, tutores, ou curadores, sendo medida de cunho estritamente pedagógico. Dentre todas as medidas, a advertência é a única que exige apenas indícios suficientes de

materialidade e autoria, pois, a princípio não infere nos direitos fundamentais garantidos aos adolescentes, assim explana Anderson Pereira:

“la amonestación, puede ser aplicada cuando haya prueba de la materialidad y simples indícios de la autoría, ya que se trata de una medida que, en principio, no invade la esfera de derechos del adolescente más protegida, sus derechos fundamentales. No obstante, la ley condiciona la aplicación de la amonestación a la existencia de prueba y esta constatación exigiria por lo menos una instrucción sumaria, lo que jamás se realiza, pues em general la amonestación es aplicada com base solamente en el atestado policial.” (2005, p.195).

Não há qualquer disposição no Código Penal que se compara a esta medida de advertência, sendo incabível no processo penal a aplicação de qualquer medida a um imputável por apenas indícios de autoria e materialidade.

2.3.2 Obrigação de reparar o dano

Esta medida é autoexplicativa, havendo o menor praticado algum ato infracional com reflexos patrimoniais, surge a obrigação de reparar o dano, esta obrigação pode ser cumulativa com outras medidas mais graves, dispõe o artigo 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima. Parágrafo único. Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada”.

Ao contrário da advertência, esta medida já pressupõe a existência de provas suficientes de autoria e materialidade, não cabendo mais o mero indício. No caso do adolescente e de sua família não puderem pagar pelo prejuízo sofrido o juiz deve buscar uma medida mais adequada, ressaltando que não existe a hipótese de trabalho forçado.

2.3.3 Da prestação de serviços à comunidade

Obrigação que muito se assemelha às penas restritivas de direito do Código Penal nas quais os sentenciados devem prestar serviços gerais às organizações filiadas com o Estado. Está disposta no artigo 117 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos cong neres, bem como em programas comunitários ou governamentais. Parágrafo  nico. As tarefas são atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho.” (BRASIL, Lei 8.062/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>).

Como em todo o Estatuto, há aqui grande preocupação com que o jovem não largue a escola, devendo a medida ser executada quando não atrapalhar de maneira nenhuma o rendimento escolar, sendo, de maneira geral, muito benéfica para o adolescente, assim explana Anderson Pereira (2005, p. 196):

“En lo que concierne a las prestaciones em beneficio de la comunidad hay consenso em que son beneficiosas para el adolescente por su carácter eminentemente educativo.”

2.3.4 Da liberdade assistida

É a medida mais socioeducativa mais implementada no Brasil (PEREIRA, 2005, p. 197), tem como escopo colocar um agente do Estado para acompanhar de perto o menor e promover a sua ressocialização, supervisionando inclusive sua frequência na escola, há dificuldade na aplicação dessa medida devido ao baixo número de profissionais disponibilizados pelo Estado (PEREIRA, 2005, p.197). Está prevista no artigo 118 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 118. A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente. §1º A autoridade designará pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa de atendimento. §2º A liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor. (BRASIL, Lei 8.062/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>).

A medida de liberdade assistida demonstra total convergência com o princípio da proteção integral, pois coloca o Estado de forma bem pessoal e subjetiva para cuidar e observar o adolescente infrator. Ocorre que como ressaltado acima, é medida que exige bastante da máquina estatal e dos entes públicos, tornando essa medida de difícil aplicação.

2.3.5 Do regime de semiliberdade

Pode ser comparado com o regime de semiliberdade destinado aos adultos, podendo ser estabelecido no início do cumprimento da medida ou como forma de transição ao meio aberto, com indiscutível semelhança ao sistema de progressão de regime adotado no Código Penal e na Lei de Execução. O regime está previsto no artigo 120 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

“O regime de semiliberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial. §1º São obrigatórias a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade. §2º A medida não comporta prazo determinado, aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação.” (BRASIL, Lei 8.062/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>).

Importante ressaltar que a medida não comporta prazo determinado, ao contrário do regime de semiliberdade imposto no Código Penal, porém “talvez por seu caráter vago, esta medida tem encontrado grande resistência em sua aplicação e execução” (COSTA, 2005, p. 87), deste modo um adolescente que cometeu ato infracional aos 14 anos, pode ficar sujeito à esta sanção até

completar 21 (vinte e um) anos de idade, não estando mais sujeito às sanções previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.3.6 Da internação

Prevista no artigo 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é a medida mais gravosa e que mais se assemelha às sanções previstas no Código Penal, é balizada por uma série de critérios para sua aplicação e execução (COSTA, 2005, p. 87). Grande parte dos defensores da redução da maioridade penal vê nesta medida um elevado grau de impunidade, uma vez ela só pode durar por um período máximo de 3 (três) anos. Dispõe o artigo 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. §1º Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário. § 2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses. § 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos. § 4º Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semi-liberdade ou de liberdade assistida. § 5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade. § 6º Em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público. §7º A determinação judicial mencionada no § 1º poderá ser revista a qualquer tempo pela autoridade judiciária. (BRASIL, Lei 8.062/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>).

Assevera-se que somente poderá ser aplicada em caráter excepcional (artigo 122, §2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente) e somente quando praticado algum dos atos previstos no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo de curta duração “para não resultar em instrumento deformador da personalidade colhida em estágio de estruturação biofísica-psicológico e em caminho da maturidade” (TAVARES, 2010, p. 112). O que gera grande repercussão social quando um adolescente prestes a completar seus 18

(dezoito) anos comete um homicídio, pois, ao completar 21 (vinte e um) anos sairá obrigatoriamente da internação, porém, coaduna com o princípio da proteção integral, devido ao fato da medida socioeducativa ter um alto grau de caráter pedagógico e ressocializador divergentemente do caráter punitivo da pena aplicada aos maiores de 18 (dezoito) anos (MINAHIM, 1992).

2.4 Tabela comparativa entre os sistemas penais juvenis adotados por outros países

Países	Responsabilidade Penal Juvenil	Responsabilidade Penal de Adultos	Observações
11	14	18/21	De 18 a 21 anos o sistema alemão admite o que se convencionou chamar de sistema de jovens adultos, no qual mesmo após os 18 anos, a depender do estudo do discernimento podem ser aplicadas as regras do Sistema de justiça juvenil. Após os 21 anos a competência é exclusiva da jurisdição penal tradicional.
Argentina	16	18	O Sistema Argentino é Tutelar. A Lei N° 23.849 e o Art. 75 da Constitución de la Nación Argentina determinam que, a partir dos 16 anos, adolescentes podem ser privados de sua liberdade se cometem delitos e podem ser internados em alcaidías ou penitenciárias.***
Argélia	13	18	Dos 13 aos 16 anos, o adolescente está sujeito a uma sanção educativa e como exceção a uma pena atenuada a depender de uma análise psicossocial. Dos 16 aos 18, há uma responsabilidade especial atenuada.
Áustria	14	19	O Sistema Austríaco prevê até os 19 anos a aplicação da Lei de Justiça Juvenil (JGG). Dos 19 aos 21 anos as penas são atenuadas.

Bélgica	16/18	16/18	O Sistema Belga é tutelar e portanto não admite responsabilidade abaixo dos 18 anos. Porém, a partir dos 16 anos admite-se a revisão da presunção de irresponsabilidade para alguns tipos de delitos, por exemplo os delitos de trânsito, quando o adolescente poderá ser submetido a um regime de penas.
Bolívia	12	16/18/21	O artigo 2° da lei 2026 de 1999 prevê que a responsabilidade de adolescentes incidirá entre os 12 e os 18 anos. Entretanto outro artigo (222) estabelece que a responsabilidade se aplicará a pessoas entre os 12 e 16 anos. Sendo que na faixa etária de 16 a 21 anos serão também aplicadas as normas da legislação.
Brasil	12	18	O Art. 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às medidas socioeducativas previstas na Lei.***
Bulgária	14	18	-
Canadá	12	14/18	A legislação canadense (<i>Youth Criminal Justice Act/2002</i>) admite que a partir dos 14 anos, nos casos de delitos de extrema gravidade, o adolescente seja julgado pela Justiça comum e venha a receber sanções previstas no Código Criminal, porém estabelece que nenhuma sanção aplicada a um adolescente poderá ser mais severa do que aquela aplicada a um adulto pela prática do mesmo crime.
Colômbia	14	18	A nova lei colombiana 1098 de 2006, regula um sistema de responsabilidade penal de adolescentes a partir dos 14 anos, no entanto a privação de liberdade

			somente é admitida aos maiores de 16 anos, exceto nos casos de homicídio doloso, seqüestro e extorsão.
Chile	14/16	18	A Lei de Responsabilidade Penal de Adolescentes chilena define um sistema de responsabilidade dos 14 aos 18 anos, sendo que em geral os adolescentes somente são responsáveis a partir dos 16 anos. No caso de um adolescente de 14 anos autor de infração penal a responsabilidade será dos Tribunais de Família.
China	14/16	18	A Lei chinesa admite a responsabilidade de adolescentes de 14 anos nos casos de crimes violentos como homicídios, lesões graves intencionais, estupro, roubo, tráfico de drogas, incêndio, explosão, envenenamento, etc. Nos crimes cometidos sem violências, a responsabilidade somente se dará aos 16 anos.
Costa Rica	12	18	-
Croácia	14/16	18	No regime croata, o adolescente entre 14 e dezesseis anos é considerado <i>Junior minor</i> , não podendo ser submetido a medidas institucionais/correcionais. Estas somente são impostas na faixa de 16 a 18 anos, quando os adolescentes já são considerados <i>Senior Minor</i> .
Dinamarca	15	15/18	-
El Salvador	12	18	-
Escócia	8/16	16/21	Também se adota, como na Alemanha, o sistema de jovens adultos. Até os 21 anos de idade podem ser aplicadas as regras da justiça juvenil.
Eslováquia	15	18	
Eslovênia	14	18	

Espanha	12	18/21	A Espanha também adota um Sistema de Jovens Adultos com a aplicação da Lei Orgânica 5/2000 para a faixa dos 18 aos 21 anos.
Estados Unidos	10*	12/16	Na maioria dos Estados do país, adolescentes com mais de 12 anos podem ser submetidos aos mesmos procedimentos dos adultos, inclusive com a imposição de pena de morte ou prisão perpétua. O país não ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.
Estônia	13	17	Sistema de Jovens Adultos até os 20 anos de idade.
Equador	12	18	-
Finlândia	15	18	-
França	13	18	Os adolescentes entre 13 e 18 anos gozam de uma presunção relativa de irresponsabilidade penal. Quando demonstrado o discernimento e fixada a pena, nesta faixa de idade (<i>Jeune</i>) haverá uma diminuição obrigatória. Na faixa de idade seguinte (16 a 18) a diminuição fica a critério do juiz.
Grécia	13	18/21	Sistema de jovens adultos dos 18 aos 21 anos, nos mesmos moldes alemães.
Guatemala	13	18	-
Holanda	12	18	-
Honduras	13	18	-
Hungria	14	18	-
Inglaterra e Países de Gales	10/15*	18/21	Embora a idade de início da responsabilidade penal na Inglaterra esteja fixada aos 10 anos, a privação de liberdade somente é admitida após os 15 anos de idade. Isto porque entre 10 e 14 anos existe a categoria <i>Child</i> , e de 14 a 18 <i>Young Person</i> , para a

			qual há a presunção de plena capacidade e a imposição de penas em quantidade diferenciada das penas aplicadas aos adultos. De 18 a 21 anos, há também atenuação das penas aplicadas.
Irlanda	12	18	A idade de início da responsabilidade está fixada aos 12 anos porém a privação de liberdade somente é aplicada a partir dos 15 anos.
Itália	14	18/21	Sistema de Jovens Adultos até 21 anos.
Japão	14	21	A Lei Juvenil Japonesa embora possua uma definição delinquência juvenil mais ampla que a maioria dos países, fixa a maioridade penal aos 21 anos.
Lituânia	14	18	-
México	11**	18	A idade de início da responsabilidade juvenil mexicana é em sua maioria aos 11 anos, porém os estados do país possuem legislações próprias, e o sistema ainda é tutelar.
Nicarágua	13	18	-
Noruega	15	18	-
Países Baixos	12	18/21	Sistema de Jovens Adultos até 21 anos.
Panamá	14	18	-
Paraguai	14	18	A Lei 2.169 define como "adolescente" o indivíduo entre 14 e 17 anos. O Código de La Niñez afirma que os adolescentes são penalmente responsáveis, de acordo com as normas de seu Livro V.***
Peru	12	18	-
Polônia	13	17/18	Sistema de Jovens Adultos até 18 anos.
Portugal	12	16/21	Sistema de Jovens Adultos até 21

			anos.
República Dominicana	13	18	-
República Checa	15	18	-
Romênia	16/18	16/18/21	Sistema de Jovens Adultos.
Rússia	14*/16	14/16	A responsabilidade fixada aos 14 anos somente incide na pratica de delitos graves, para os demais delitos, a idade de inicio é aos 16 anos.
Suécia	15	15/18	Sistema de Jovens Adultos até 18 anos.
Suíça	7/15	15/18	Sistema de Jovens Adultos até 18 anos.
Turquia	11	15	Sistema de Jovens Adultos até os 20 anos de idade.
Uruguai	13	18	-
Venezuela	12/14	18	A Lei 5266/98 incide sobre adolescentes de 12 a 18 anos, porém estabelece diferenciações quanto às sanções aplicáveis para as faixas de 12 a 14 e de 14 a 18 anos. Para a primeira, as medidas privativas de liberdade não poderão exceder 2 anos, e para a segunda não será superior a 5 anos.

Fonte: Ministério Público do Estado do Paraná. **Tabela comparativa em diferentes Países: Idade de responsabilidade penal juvenil e de adultos.** Disponível em: <<http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=323>>. Acesso em 18/5/2013.

Nota-se que na maioria dos países europeus é adotado o sistema de jovens adultos, onde o adolescente infrator é imputável somente aos 18 anos e podendo sofrer sanções mais brandas até a idade de 21 anos. Com a exceção dos Estados Unidos da América, México e Canadá, percebe-se que a maioria dos países presentes na tabela adotam a imputabilidade aos 18 anos.

Do estudo realizado sobre o sistema penal juvenil é confirmado que não há impunidade aos adolescentes infratores, sendo eles objeto de diversas

sanções, incluindo a de internação por até 3 anos. Com a adoção do sistema de proteção integral pelo Brasil e o caráter extremamente pedagógico das medidas socioeducativas, a redução da maioridade penal faria com que o sistema penal juvenil praticamente falisse, uma vez que apenas adolescentes entre 12 e 16 anos estariam dentro do sistema. Por outro lado, haveria um imenso crescimento no sistema penal, que notoriamente está falido. Parece ser mais correta a discussão sobre a eficácia do sistema penal juvenil e do próprio sistema penal, pois enquanto o país continuar fazendo uma política populista visando apenas a reeleição continuaremos a ler notícias estapafúrdias na mídia que vituperam os menores infratores querendo medidas unicamente punitivas, indo contra a política internacional brasileira (conforme demonstrado no capítulo 1) e representando um enorme retrocesso legislativo, como demonstrado ao decorrer deste capítulo.

3 – A (in)constitucionalidade dos projetos sobre a imputabilidade

3.1 A Constituição Federal e os Direitos Humanos

Nossa Carta Magna, promulgada em 1988, é fruto de um grande processo de transformação social que envolveu a mobilização popular e culminou na criação da Assembléia Nacional Constituinte. Destarte, a redação normativa constitucional prioriza, de maneira expressa e clara, a defesa dos Direitos Humanos (MACHADO, 2003, p. 55), tanto no âmbito nacional quanto no internacional, é o que se extrai de um dos seus primeiros artigos:

“Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos;

IV - não-intervenção;

V - igualdade entre os Estados;

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.” (Constituição Federal 1988, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

E em relação ao âmbito nacional, temos que:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (Constituição Federal 1988, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

Portanto, conclui-se que o poder constituinte deu alto grau de relevância aos direitos humanos, estando positivados de maneira expressa em nossa Constituição Federal, de tal sorte que os direitos humanos devem sempre ser protegidos em qualquer situação, seja ela judicial ou não. Prosseguindo, faremos uma breve análise sobre os direitos humanos, para chegarmos à discussão sobre a inconstitucionalidade de propostas tendentes a reduzir a imputabilidade, necessitando para tal que saibamos o que são os direitos humanos.

3.2 Direitos humanos como Direitos fundamentais

O grande problema dos direitos humanos é sua tangibilidade e difícil limitação normativa, uma vez que qualquer direito que se refere ao homem pode ser considerado como direito humano, sobre esse ponto o italiano Norberto Bobbio faz uma distinção interessante e relevante, classificando os direitos humanos como direitos históricos:

“Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (BOBBIO, A era dos direitos, 1992, pp. 5-6).

Percebe-se, portanto, a dificuldade em conceituar e saber quais são os direitos humanos, quando assim os são chamados. Impende entender o significado de “direito” na expressão direitos humanos, o qual é “uma pretensão positivada” (MACHADO, 2003, p. 72), dessarte, compreende-se que antes de qualquer norma ou regulamentação, o direito já existia e já deveria e/ou poderia ser protegido.

Devido a difícil conceituação de direitos humanos, muitos autores sustentam o emprego da expressão direitos fundamentais no lugar daquela, pois assim se traduz melhor o que são direitos humanos, não sendo estes apenas uma positivação de qualquer criação humana, nesse sentido Pérez Luño:

“Por fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos entiendo la que conjuga su raíz ética con su vocación jurídica. A tenor de ella los derechos humanos poseen una irrenunciable dimensión prescriptiva o deontológica; implican exigencias éticas de ‘deber ser’, que legitiman su reivindicación allí donde no han sido reconocidas. Pero, al próprio tiempo, constituyen categorías que no pueden desvincularse de los ordenamientos jurídicos: su própria razón de ser se cifra em se modelo y limite crítico a las estructuras normativas e institucionales positivas. Cuando esa recepción se produce nos encontramos com los derechos fundamentales: aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamento jurídico positivo, em la mayor parte de los casos em su normativa constitucional, y que suelen de uma tutela reforzada. Se trata siempre, por tanto, de derechos humanos ‘positivados’, cuya denominación evoca su papel fundamentador del sistema jurídico político de los Estados de Derecho”. (LUÑO, 1995, p. 515)

Do trecho acima se destaca a última parte, a qual aduz que a utilização do termo garantias fundamentais traz uma maior noção das limitações jurídicas dos direitos humanos, a maioria proclamada em declarações internacionais, e evitar futuras discussões sobre imprecisões e confusões ao se tratar de direitos humanos (MACHADO, 2003).

Importante ressaltar que parcela da doutrina rasga duras críticas à utilização indiferente do que são direitos humanos e direitos fundamentais (BONAVIDES, 2002), entendendo que:

“Direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); Direitos Fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente.” (CANOTILHO, 1998, p. 359).

Para esse trabalho de pesquisa, não se aprofundará a diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais, bastando não restar dúvidas que nossa Constituição Federal preceitua a proteção dos direitos humanos, estando eles positivados como direitos fundamentais ou não.

3.3 Direitos Fundamentais como cláusulas pétreas

A ideia de direitos fundamentais está diretamente ligada ao núcleo de todos os direitos, uma vez que o direito só surge de necessidade essencial ao homem, que é um ser, por natureza, social. Nossa Constituição Federal delimitou os chamados direitos fundamentais em 5 (cinco) capítulos, como leciona a doutrina:

“O Título II da Constituição da República Federativa do Brasil trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, abrangendo 5 capítulos que recebem os seguintes títulos:

- a) Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (78 direitos declarados no art. 5º);
- b) Direitos Sociais (55 direitos declarados nos arts. 6º a 11);
- c) Nacionalidade, Direitos Políticos e Partidos Políticos (4 direitos declarados nos arts. 12 a 17” (MARTINS, MENDES, & do NASCIMENTO, 2012, p. 412).

Os Direitos declarados no artigo 5º são aqueles que possuem uma maior divulgação e está mais ligado ao direito do ser humano como pessoa, é o caso do direito à vida, da permissão de poder praticar qualquer religião sem a intervenção do Estado, da não existência de tribunais de exceção entre outros amplamente conhecidos. Os direitos sociais, em uma análise supérflua e rasa, podem se traduzir na obrigação do Estado de garantir a aplicação dos direitos fundamentais, são direitos que “exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social dos hipossuficientes” (TAVARES A. R., 2012, p. 837). Já os direitos de nacionalidade são aqueles ligados à pátria, às benesses e obrigações de se ter nascido em solo brasileiro, sem nos aprofundarmos demais no tema, pois não é objeto do presente estudo.

Restando claro que os direitos fundamentais estão positivados na Constituição Federal Brasileira, estes devem possuir um maior zelo ao serem interpretados e observados. Se os direitos fundamentais são essenciais ao ser humano, não poderá o legislador, que é o representante da vontade do povo,

aboli-los ou até mesmo reduzi-los em parte. Isso está bem claro em nossa Carta Magna, no artigo 60, §4º, *in verbis*:

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

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

II - do Presidente da República;

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

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

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

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

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

I - a forma federativa de Estado;

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

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. (Constituição Federal 1988, disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

Assim, qualquer proposta que verse sobre direitos e garantias individuais deverá ser proposta por Emenda Constitucional, que é uma forma mais complexa e elaborada de legislar, além de não poder abolir qualquer direito ou garantia fundamental.

Nossa Constituição Federal é considerada rígida justamente pela existência dessas chamadas cláusulas pétreas, as quais são normas que jamais poderão ser abolidas do texto constitucional, portanto, se considerarmos a corrente historicista (tratada no tópico 3.2 do presente estudo) como a adequada

para definição dos chamados direitos fundamentais, a proposta de redução da imputabilidade é completamente inconstitucional. Ocorre que nossa doutrina majoritária rechaça as teorias que os direitos fundamentais podem ser relativizados e encontrados dispersos no texto constitucional, pois enfraqueceriam a força normativa dos mesmos, como bem afirma a doutrina:

“Não é preciso dizer que tal relativização enfraquece substancialmente os direitos fundamentais, fazendo-os variar ao sabor da vontade da maioria, que pode espoliar as minorias de seus direitos mais básicos, como se viu na história recente dos regimes nazista, comunista e fascista de Alemanha, Rússia e Itália.” (MARTINS, MENDES, & do NASCIMENTO, 2012, p. 436).

Demonstra-se inócua a pretensão de declarar a inconstitucionalidade dos projetos de redução da imputabilidade em face ao que foi demonstrado, uma vez que nosso ordenamento jurídico reforça o jusnaturalismo, com o intuito de obter uma maior segurança jurídica. Porém, conforme o artigo 60, §4º, IV, da Constituição Federal, as garantias fundamentais também não poderão ser abolidas, cabendo agora a discussão de onde estas poderão ser encontradas no texto constitucional e como diferenciá-las das regras comuns.

3.4 A imputabilidade como garantia individual

Como exemplificado no tópico 3.3 do presente estudo, nossa Constituição Federal possui um rol exemplificativo de direitos fundamentais (artigo 5º ao artigo 17º), o que não é empecilho para o reconhecimento de outros direitos e garantias individuais, chamado estes de materialmente fundamentais (NETO & SARMENTO, 2012, p. 437). A fundamentalidade desses direitos está intrinsicamente ligada ao seu elevado valor moral, não se pode negar proteção a certos direitos e garantias individuais apenas pela sua localização no texto constitucional. A presença de garantias individuais fora do título II de nossa Carta Magna já foi expressamente declarada pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN 939-7/DF, motivo pelo qual alguns doutrinadores apontam a menoridade penal como impassível de abolição:

“Assim, o artigo 228 da Constituição Federal encerraria a hipótese de garantia individual prevista fora do rol exemplificativo do art.5º, cuja possibilidade já foi declarada pelo STF em relação ao artigo 150, III, b (Adin 939-7 DF) e conseqüentemente, autentica cláusula pétrea prevista no artigo 60, § 4.º, IV.” (...) “Essa verdadeira cláusula de irresponsabilidade penal do menor de 18 anos enquanto garantia positiva de liberdade, igualmente transforma-se em garantia negativa em relação ao Estado, impedindo a perseguição penal em Juízo”. (MORAES, 2005, p. 2176)

Dessarte, nossa Suprema Corte Constitucional (STF) já, incidentalmente, declarou expressamente a hipótese de existirem direitos e garantias individuais fora do rol do artigo 5º de nossa Constituição Federal. Cabe agora a discussão em relação às garantias individuais quanto ao artigo constitucional (artigo 228) que define a menoridade penal em 18 (dezoito) anos, o ilustre criminalista e advogado Luiz Flávio Gomes posiciona-se contra a possibilidade da redução penal, afirmando que esta seria inconstitucional, uma vez que a menoridade penal prevista na Constituição Federal seria garantia individual, nas palavras do doutrinador:

“A inimputabilidade do menor de dezoito anos foi constitucionalizada (CF, art. 228). Há discussão sobre tratar-se (ou não) de cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4.º). Pensamos positivamente, tendo em vista o disposto no art. 5.º, § 2.º, da CF, c/c arts. 60, § 4.º e 228. O art. 60, § 4º, antes citado, veda a deliberação de qualquer emenda constitucional tendente a abolir direito ou garantia individual. Com o advento da Convenção da ONU sobre os direitos da criança (Convenção Sobre os Direitos da Criança, adotada pela Resolução I.44 (XLIV), da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20.11.1989. Aprovada pelo Decreto Legislativo 28, de 14;09.1990, e promulgada pela Decreto 99.710, de 21.11.1990. Ratificada pelo Brasil em 24.09.1990), que foi ratificada pelo Brasil em 1990, não há dúvida que a idade de 18 anos passou a ser referência mundial para a imputabilidade penal, salvo disposição em contrário adotada por algum país. Por força do § 2º do art. 5º da CF esse direito está incorporado na Constituição. Também por esse motivo é uma cláusula pétrea. Mas isso não pode ser interpretado, simplista e apressadamente, no sentido de que o menor não deva ser responsabilizado pelos seus atos infracionais.” (GOMES, Luiz Flávio. Menoridade penal: cláusula pétrea? Disponível em: <http://www.ifg.blog.br/article.php?story=20070213065503211>).

Importante ressaltar que o criminalista aponta para outro fator interessante em relação à redução penal, aduzindo que o Brasil ao ratificar a

Convenção sobre os Direitos das Crianças e dos Adolescentes (capítulo 1, tópico 1.3 do presente estudo) estabeleceu, conforme explicitado na própria Convenção, que a idade penal, salvo disposição sobre lei anterior, será 18 (dezoito) anos de idade. Assim, devido ao fato da Convenção ter caráter de tratado sobre direitos humanos, a menoridade penal ganhou força de cláusula pétrea, pois o Brasil antes mesmo de ratificar tal Convenção já havia adotado a menoridade penal abaixo dos 18 (dezoito) anos de idade, portanto, qualquer alteração nesse sentido seria retrógrada e inconstitucional, por força do artigo 5º, §2º da atual Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (BRASIL, Constituição Federal/1988).

Sob essa ótica, a menoridade penal estabelecida em 18 (dezoito) anos de idade, além de ser garantia individual, também estaria prevista no rol dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º do texto constitucional. Portanto, neste entendimento, a imputabilidade penal aos 18 (dezoito) anos de idade possui força de direitos humanos e de garantia individual, sendo cláusula pétrea por ambos os motivos.

Há quem entenda que apenas os direitos fundamentais clássicos, como o direito à vida, à saúde, moradia e educação, teriam força de cláusulas pétreas, mesmo não estando localizados no artigo 5º de nossa Constituição Federal, assim alerta a doutrina em relação à nossa Carta Magna:

“Além dos direitos universais, titularizados por todos, ela garantiu ainda direitos fundamentais específicos para indivíduos e grupos mais vulneráveis, como as pessoas com deficiência, crianças e adolescentes, idosos, povos indígenas e quilombolas. Um setor minoritário da doutrina defende, porém, que apenas os direitos individuais clássicos, com as respectivas garantias, agrupados em sua maior parte no art. 5º do texto constitucional, teriam caráter pétreo. Os demais poderiam ser até suprimidos pelo constituinte

reformador. Argumenta-se que, ao aludir a direitos individuais e não a direitos fundamentais, o constituinte originário teria querido apenas proteger os tradicionais direitos de defesa, como ocorre, de resto, no sistema constitucional português.” (Neto & Sarmiento, 2012)

Certa parte da doutrina entende que os direitos relativos a determinados grupos sociais, sejam eles ligados por etnia, crença, raça, etc..., não podem ser classificados como garantias individuais. Seguindo a lógica da doutrina, apenas direitos universais, ou seja, somente o direito que atinja todos, sem qualquer discriminação, mesmo que positiva, terá o caráter de cláusula pétrea,

Impende frisar que o presente estudo possui como objetivo principal demonstrar que a discussão sobre a redução da maioridade penal é muito mais profunda e envolve diversos outros elementos, os quais não estão sendo utilizados em âmbito nacional. Porém, cabe aqui expor a opinião de figuras importantes no ramo jurídico, sobre maioridade penal em 18 (dezoito) anos de idade como sendo cláusula pétrea, opinou Marcus Vinícius Furtado Coelho (presidente da OAB) e Raquel Dodge (procuradora da República), respectivamente:

“Entendemos que é flagrantemente inconstitucional a redução da maioridade penal. A maioridade penal é um direito nacional por excelência. A emenda não supera a análise da inconstitucionalidade (..), a medida não é adequada ao fim que se destina, que é reduzir a criminalidade (..). O Estado, que não tem políticas de educação e saúde, de lazer, que inclui o desporto, que não possui uma política de entrada deste adolescente no mercado do de trabalho (..) não tem sistema para reeducar, possui a legitimidade para diminuir a maioridade penal? E tratar os menores de 16 como adultos?” (disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/especialistas-contr-a-reducao-da-maioridade-penal/>).

“No momento em que a Constituição assume como regra a maioridade penal, ela dá o direito ao jovem de ser punido apenas quando for adulto. A Constituição diz que não será permitido emenda que deseje abolir os direitos individuais. Torná-los imputáveis subtrairia um direito que é deles hoje” (disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/especialistas-contr-a-reducao-da-maioridade-penal/>).

Não pensam da mesma maneira o senador Aloysio Nunes Ferreira (autor de uma das propostas de redução penal), aduzindo que:

“o argumento da inconstitucionalidade não pode prevalecer (..) a ideia de que uma pessoa só adquire o discernimento aos 18 anos de idade não pode fazer sentido” (disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/especialistas-contr-a-reducao-da-maioridade-penal/>)

E o senador Ricardo Ferraço:

“Discordando daquelas que acham que o Senado não deve discutir o assunto, temos que discutir sim. Estamos diante de uma legislação que está perpetuando o sentimento da impunidade.” (disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/especialistas-contr-a-reducao-da-maioridade-penal/>).

Percebe-se que há um ponto em comum na discussão, a maior parte dos juristas entendem que a redução da imputabilidade seria caminhar para trás, uma atitude retrógrada. Enquanto políticos, sejam senadores ou deputados, defendem que existe uma impunidade em relação aos menores infratores e por isso buscam a redução da imputabilidade. Como demonstrado ao longo deste capítulo, há uma dicotomia doutrinária em relação à inconstitucionalidade da redução da imputabilidade, certa parte entende que o artigo 228 da Constituição Federal representa garantia individual e é considerado como sendo cláusula pétrea, já a outra parte, minoritária, fundamenta que as garantias individuais não são passíveis de serem consideradas como cláusulas pétreas. Ocorre que ainda há outro ponto de vista para ser considerado na discussão, a imputabilidade pode ser considerada como instrumento de política criminal

3.5 A imputabilidade como instrumento de política criminal

Como visto no tópico anterior, a imputabilidade em 18 (dezoito) anos de idade pode ser considerada como garantia individual e impossível de ser alterada, além de possuir caráter de direitos humanos devido à ratificação da Convenção Internacional sobre o Direito das Crianças e dos Adolescentes que prezava, salvo legislação anterior em contrário, pela maioria penal aos 18 (dezoito) anos, conforme demonstrado no primeiro capítulo deste estudo.

Para os que afirmam que a imputabilidade possui caráter de direitos humanos e não poderá ser alterada em face do artigo 5º, §2º da Constituição

Federal, uma vez que o Código Penal foi promulgado em 1984 e a Convenção Internacional sobre o Direito das Crianças e dos Adolescentes foi ratificada em 1989, há uma corrente que afirma que a imputabilidade em 18 anos é mero instrumento de política criminal adotada pelo Brasil. Os defensores dessa corrente partem da análise do tópico 23 da exposição de motivos da parte geral do Código Penal, *ipsis litteris*:

23. Manteve o Projeto a inimputabilidade penal ao menor de 18 (dezoito) anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, e naturalmente anti-social na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinqüente, menor de 18 (dezoito) anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinqüente adulto, expondo-o à contaminação carcerária.
(disponível em: http://www.ombadvocacia.com.br/acervo/LEIS/L7209_84.PDF).

Crerioso frisar que mesmo afirmando que a escolha pela inimputabilidade ao menor de 18 (dezoito) anos baseou-se em critérios de política criminal, o legislador preconiza que os menores ainda não possuem discernimento o suficiente para ter noção da consequência dos seus atos. Outro ponto importante é que essa teoria critica os que dizem que o artigo 228 da Constituição Federal é garantia individual e tem força de cláusula pétrea, porém, não possui o condão de rechaçar a corrente que pensa na imputabilidade como direitos humanos, devido ao tempo da promulgação do Código Penal e da assinatura da Convenção. Os que defendem a imputabilidade como instrumento de política criminal aduzem que a constitucionalização do artigo 27 do Código Penal foi apenas um meio de se tornar mais trabalhoso o procedimento legislativo em torno da questão:

“É inequívoca a causa da maioria penal aos 18 anos como medida de política criminal. Neste sentido, a disposição do art. 228 CF/88 constitucionaliza e torna mais difícil a alteração do que antes estava disposto no art. 23 do Código Penal. E este é

seu *único efeito*: a necessidade do árduo procedimento legislativo de uma Emenda Constitucional para reduzir a maioria penal.

Contudo, por ter a Constituição adotado a posição do Código Penal, é de relevo se analisar a exposição de motivos do mesmo, no que diz respeito ao citado art. 23. Em tal documento, está literalmente exposto que se trata de opção apoiada em *critérios de política criminal*, sem meias palavras.

Em seus fundamentos, a exposição de motivos rechaça expressamente os que defendem a redução do limite diante da criminalidade crescente que cada vez mais atrai um maior contingente de menores, pois tais pessoas ignoram que o menor é um ser humano ainda incompleto e naturalmente anti-social na medida em que não é socializado ou instruído. Conclui que o concerto na formação do caráter deve ser feito através da educação, e não pelas penas criminais.

Termina considerando que a legislação própria dos menores de 18 anos dá ao Estado condições aptas ao afastamento do menor infrator do meio social, se necessário, mas sem contaminá-lo com a convivência carcerária do adulto, considerada esta mais deletéria.

Assim, resta comprovado que a escolha pela menoridade penal até os 18 anos incompletos se dá como medida de política criminal, adotada diante de um critério puramente biológico, independentemente do entendimento por parte do infrator da consciência da ilicitude do fato ou de conseguir determinar-se de acordo com tal consciência. A Constitucionalidade da Redução da Maioridade penal em face de sua Natureza de Regra de Política Criminal (..) é positivo que não seja uma cláusula pétrea, pois possibilita alterações embasadas em critérios científicos, capazes de gerar resultados mais eficazes no combate à criminalidade, inclusive suas causas. Neste ponto, não significa a mera redução da idade, necessariamente; mas, por exemplo, a implantação de um critério biopsicológico.

Cristalizar a maioria penal seria não uma medida de proteção à sociedade, nem ao indivíduo. Se evidenciado, através do estudo e da pesquisa, que a melhor política é a redução da maioria penal, esta deve ser feita. E nosso ordenamento jurídico não apresenta óbices a tal medida.” (disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8036).

Assim, para os defensores dessa corrente, tornar cláusula pétrea qualquer norma que verse sobre a inimputabilidade é medida que vai contra os interesses da sociedade, uma vez que esta própria se altera durante o tempo bem como suas relações interpessoais. Entende-se, por essa corrente, que um adolescente de 16 anos na década de 70 é diferente de um adolescente nos dias

de hoje, indo mais além se pode afirmar que essa corrente adere o critério biopsicológico no qual seria preciso realizar testes psicológicos com os menores infratores para ver o grau de compreensão de suas ações.

Oportuno apontar que no tópico 1.1 do presente estudo já se demonstrou que o Brasil, no Código Penal de 1969, já adotou o critério biopsicológico para a aferição da imputabilidade penal, porém, o mesmo não se sustentou devido ao alto grau de incerteza jurídica que trazia consigo. Deste modo, a maioria penal como instrumento de política criminal possui fundamentação jurídica e apresenta argumentos concretos sobre a impossibilidade de se considerar cláusula pétrea qualquer norma que verse sobre inimputabilidade.

CONCLUSÃO

A historicidade das conquistas dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes confunde-se com as dos Direitos humanos, de modo que sua posição no contexto normativo do Brasil merece grau de destaque, uma vez que este adotou a doutrina da proteção integral. Devido a este quadro, as medidas socioeducativas instituídas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente possuem um caráter altamente pedagógico, buscando reinserir e averiguar qual problema levou o jovem a delinquir, verificar o tipo de infração perpetrada e qual a medida mais eficiente a se aplicar. A discussão que hodiernamente se vê na televisão, principalmente em programas voltados para o noticiário policial, citando a título de exemplo Cidade Alerta, Brasil Urgente, entre vários outros, trata de maneira superficial a redução da imputabilidade, passando a ideia de que não há qualquer tipo de punição para o menor infrator e defendendo de maneira ativa a redução da imputabilidade. Ocorre que conforme se vê nesta pesquisa, não há impunidade para o jovem cometedor de infrações penais, além, há uma vasta gama de medidas socioeducativas que podem ser aplicadas.

Desta forma, podemos perceber que a discussão em relação a impunidade dos menores infratores deveria se dar em um âmbito muito maior, ou seja, na eficácia de tais medidas. As penas cominadas no sistema penal em que os jovens poderão ser inseridos – caso aprovem algum dos projetos de lei citados neste estudo – não possuem caráter pedagógico, antes, possuem um alto teor de punição. O que acaba indo contra o princípio da proteção integral, uma vez que o jovem infrator ficará excluído da sociedade, sociedade tal que tem como obrigação cuidar do melhor interesse das crianças e dos adolescentes, sejam estas infratores ou não. Os critérios utilizados para a aferição da maturidade e, conseqüentemente, a imputabilidade aos 18 anos de idade, são puramente baseados em aspectos psicológicos. A alternância na política criminal e na idade para aferição da imputabilidade gera alta insegurança jurídica, uma vez que os valores sociais se transmutam ao longo do tempo.

A proposta da redução da imputabilidade de acordo com a infração perpetrada pelo jovem demonstra enorme retrocesso histórico, pois, já se tentou adotar tal medida no Brasil e esta demonstrou um elevado nível de incerteza jurídica, o que um país adepto da Civil Law não pode conter em seu ordenamento jurídico. Porém, interessante é a questão que traduz como inconstitucionais os projetos de redução da imputabilidade, pois, apesar do Código Penal afirmar a imputabilidade como escolha de política criminal, a Constituição Federal dá destaque especial à imputabilidade.

Inconstitucionais ou não, ineficazes ou eficazes as medidas socioeducativas e os projetos de lei, percebe-se um ponto em comum e relevante sobre a imputabilidade. Desde que o Brasil ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças e dos Adolescentes e – consequentemente – adotou a doutrina da proteção integral, podemos afirmar que qualquer medida tendente a abolir ou reduzir os direitos reservados aos jovens é medida retrógrada. Necessário uma melhor conscientização sobre os direitos dos jovens e uma melhor regulamentação e aplicação das medidas socioeducativas por parte do Estado, enquanto não houver isso ficaremos observando noticiários onde apresentadores bufantes e cheios de “vontade de justiça” condenam antecipadamente os jovens que cometem infrações.

Portanto, a adoção do critério objetivo de 18 anos de idade para aferição da imputabilidade como cláusula pétrea pode ser interpretada como um critério adotado pelo país. No plano internacional os Estados se movem para aumentar ainda mais a idade mínima para a imputabilidade, enquanto no nacional, movimentos não juristas querem o contrário. Uma vez que se sabe a história da conquista dos direitos referentes às crianças e aos adolescentes, percebe-se a importância dos mesmos.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andrea Rrodriguez. (2010). *Doutrina da Proteção Integral. Curso de direito da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris.

ANDRADE, Anderson Pereira. (2005). *La instruccion en el proceso penal juvenil en espana y brasil*. Getafe: Instituto de derechos humanos bartolomé de las casas.

ARGENTINA, Lei 10.903. Disponível em <<http://www.apdh-argentina.org.ar: http://www.apdhargentina.org.ar/biblioteca/2008/ddhh/CONTENIDO/Normativa%20general/Normativa%20nacional/Ley%2010903%20Patronato%20de%20Menores.htm>>. Acesso em 10/4/2013.

BARBOSA, Joana Bezerra Cavalcanti. (2008). *Influência e aplicabilidade das normas de direito internacional na realidade dos jovens em conflito com a lei*. Brasília.

BOBBIO, Norberto. (1992). *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus.

BOBBIO, Norberto. (2004). *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus.

BONAVIDES, Paulo. (2002). *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros.

BRASIL, Constituição Federal, Brasília 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, acesso em 05/8/2013.

BRASIL. Decreto Lei 16.273/23. Rio de Janeiro, 1923. Disponível em: <<http://arisp.files.wordpress.com/2008/04/decreto-16273-de-20-de-dezembro-de-1923.pdf>>. Acesso em 2 de Abril de 2013.

BRASIL. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/especialistas-contr-a-reducao-da-maioridade-penal>>. Acesso em 09/9/2013.

BRASIL, Lei 7.209/84, dispõe sobre o Código Penal. Disponível em <http://www.ombadvocacia.com.br/acervo/LEIS/L7209_84.PDF>. Acesso em 05/9/2013.

BRASIL, Lei 8.069/90. Dispõe Sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07/04/2013.

CANOTILHO, J. G. (1998). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina.

COSTA, Ana Paula Motta. (2005). *As garantias processuais e o direito penal juvenil como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do advogado.

DECLARAÇÃO INTERNACIONAL SOBRE O DIREITO DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES. Disponível em <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dc-declaracao-dc.html>>. Acesso em 02/4/2013.

de MELLO, Maria Paula. (2004). Inimputabilidade do menor de dezoito anos e os direitos humanos. In: *Inimputabilidade Penal Adolescentes infratores: punir e (re)socializar*. Recife: Nossa Livraria.

FONSECA, Antonio Cezar Lima. (2011). *Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Atlas.

GOMEZ, Luis Flávio. Disponível em <<http://www.ifg.blog.br/article.php?story=20070213065503211>>. Acesso em 02/09/2013.

ISHIDA, Válter Kenji. (2003). *Estatuto da Criança e do Adolescente - Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas S.A.

LEAL, César Barros, & JUNIOR, Heitor Pereira. (2003). *Idade da Responsabilidade Penal*. Belo Horizonte: Del Rey.

LEAL, Luciana de Oliveira. (2001). Liberdade e Princípio da Igualdade. In: *LIBERDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE* (pp. 49-69). Rio de Janeiro: Forense.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. (1995). *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madri: Tecnos.

MACHADO, Martha de Toledo. (2003). *A proteção constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. Barueri, SP: Manole.

MARTINS, Ives Gandra da Silva., MENDES, Gilberto Ferreira, & do NASCIMENTO, Carlos Valter. (2012). *Tratado de Direito Constitucional*. São Paulo/SP: Saraiva.

MELLO, Cleyson de Moares, & FRAGA, Thelma Araújo Esteves. (2003). *Direitos humanos. Coletânea de Legislação*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

MENDEZ, Emílio Garcia. (1998). *Infância e cidadania na américa latica*. São Paulo: Hucitec / Instituto Ayrton Senna.

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

MOACIR, Rodrigues. (1995). Das Medidas Per Si e as Respectivas Regras de Aplicação. In: *Medidas Socioeducativas* (pp. 21-45). Belo Horizonte: Inédita Editoria de Arte.

MORAES, Alexandre. (2005). *Constituição do Brasil Interpretada e legislação Constitucional*. São Paulo/SP: Atlas.

MOUSNIER, Conceição. (1999). *O ato infracional*. Rio de Janeiro: Líber Juris.

NETO, Cláudio Pereire de Souza, & SARMENTO, Daniel. (2012). *Direito Constitucional, Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte/MG: Fórum.

PEREIRA, Tânia da Silva. (1996). *Direito da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Renovar.

PRATES, Flávio Cruz. (2001). *Adolescente infrator - a prestação de serviços à comunidade*. Curitiba: Juruá editora.

RIZZINI, Irene. (1995). *Crianças e menores do pátrio poder ao pátrio dever - um histórico da legislação para a infância no Brasil*. Rio de Janeiro: Instituto interamericano del niño-universidade santa úrsula-amais livraria.

SARAIVA, João Batista Costa. (2005). *Adolescente em conflito com a lei - da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. Porto Alegre: Livraria do advogado.

SARAIVA, João Batista Costa. (2003). *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

TAVARES, André Ramos. (2012). *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva.

TAVARES, José de Farias. (2001). *Direito da infância e da Juventude*. Belo Horizonte: Del Rey.

TAVARES, José de Farias. (2010). *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Editora Forense.

TOLEDO, Martha Machado de. (2003). *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri - SP: Manole.

VITORIA, Octavio Perez. (1940). *La minoria de idade*. Barcelona: Bosch.