Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

JULIA MARA DOS SANTOS RAMOS

A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: ASPECTOS SOCIOLÓGICOS E JURÍDICOS

Assis

2014

JULIA MARA DOS SANTOS RAMOS

A REDUÇÃO DE MAIORIDADE PENAL: ASPECTOS SOCIOLÓGICOS E JURÍDICOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação.

Orientadora: Prof.ª Maria Angélica Lacerda Marin

Área de concentração: Direito Penal

Assis

2014

FICHA CATALOGRÁFICA

MARA DOS SANTOS RAMOS, JULIA
A redução da maioridade penal: aspectos sociológicos e jurídicos/ Julia Mara dos Santos Ramos. Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2014.
93 p.

Orientadora: Prof.ª Maria Angélica Lacerda Marin
Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior De Assis – IMESA.

1.Redução da maioridade penal 2.Direito do menor

CDD: 340
Biblioteca da FEMA

A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: ASPECTOS SOCIOLÓGICOS E JURÍDICOS

JULIA MARA DOS SANTOS RAMOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, analisado pela seguinte comissão examinadora:

Orientadora: Prof.ª Maria Angélica Lacerda Marin _____

Analisador(a): _____

Assis

2014

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, pois devo a Ele minha vida e a pessoa na qual me tornei.

À toda minha família, em especial aos meus pais Adalberto e Rosana que sempre acreditaram em minha força e determinação, me apoiando em todas as escolhas de minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que me deu o dom da vida e do conhecimento, fazendo de mim uma pessoa sempre melhor, pois sem Ele nada disso seria possível.

Especialmente à minha tão querida professora e orientadora Maria Angélica, que desde cedo se prontificou em me auxiliar na elaboração desde projeto, acreditando em meu potencial e dando toda a atenção e compreensão que precisei, além de ser uma incrível e doce pessoa, a qual procuro me espelhar como futura profissional do Direito.

À minha professora da 2ª série, Lenira Sian, que desde tão cedo acreditou em mim e ao mesmo se tornou uma grande amiga e exemplo de vida.

À minha mãe e melhor amiga Rosana, por ter me dado a vida e por sempre me ensinar e incentivar a ser uma pessoa de bem, além de permanecer ao meu lado em todos os momentos de minha vida, me dando força e coragem para prosseguir sempre apesar das dificuldades, além de me mostrar o real significado do amor.

À meu pai e grande advogado Adalberto, o qual sempre me ensinou o valor do conhecimento, me disponibilizando a oportunidade de adquiri-lo com o maior conforto possível, acreditando sempre em mim e sendo o melhor pai do mundo, o meu exemplo, o meu herói de todos os dias.

Aos meus irmãos, Ana Eugênia, Antonio Francisco (Chico) e Emanuel Henrique, pois sem eles não saberia o real significado do que é companheirismo, mesmo nas adversidades.

Aos meus sobrinhos, Guilherme, João Francisco, Gabriel e Maria Júlia, que além de me fazerem tia, me ensinam os valores das coisas mais simples da vida.

À todos os meus amigos, principalmente Maria Júlia de Castro, Isabella Dutra, Jéssica Simão, Carolina Grazioli, Aldo Jorge, Ana Lúcia, Renan Mori e Ezequiel Santana, por todo o apoio, coragem e força que me deram ao longo da elaboração deste trabalho.

Aos meus supervisores de estágio da Justiça Federal, principalmente Hamilton, Suzi, Carla, Fabiana e Cidinha, que acima de todo o conhecimento, me ensinaram o verdadeiro significado e a importância da convivência cotidiana, respeitando sempre opiniões diversas e sendo os melhores mestres e companheiros que possam existir.

À Athena, minha cachorrinha, que me ensinou e ensina o real valor de cada ser vivo.

À todos os meus familiares, principalmente minha prima materna Carolina, que possui um enorme coração e se prontificou em me auxiliar.

Nunca perca a fé na humanidade, pois ela é como um oceano. Só porque existem algumas gotas de água suja nele, não quer dizer que ele esteja sujo por completo.

Mahatma Gandhi

(1869-1948)

RESUMO

O presente trabalho apresentará uma breve síntese acerca da evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente no Brasil, bem como um estudo mais aprofundado sobre o ato infracional e as consequentes medidas socioeducativas constantes no rol taxativo do artigo 112 da Lei Federal n. 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Contudo, o principal enfoque do projeto encontrará embasamento na demonstração dos principais posicionamentos e argumentos acerca da tão polêmica questão da redução da maioridade penal, que inclusive já foi objeto de diversos Projetos de Emenda Constitucional (PEC), tendo em vista que conforme previsão normativa, especificamente dos artigos 60, § 4º, inciso IV, e 228 da Constituição Federal, a imputabilidade penal versa sobre cláusula pétrea, ou seja, é impassível de modificação no tocante à sua redução.

Palavras-chave: direito do menor; maioridade penal; ato infracional; medidas socioeducativas.

ABSTRACT

This paper will present a brief summary about the historical evolution of the rights of children and adolescents in Brazil, as well as further study on the offense and the consequent socio-educational measures contained in the exhaustive list in Article 112 of Federal Law n. 8.069/90 - Statute of Children and Adolescents.

However, the main focus of the project will find basis in the statement of the main positions and arguments about the so controversial question of reduction of criminal responsibility, which also has been the subject of several projects Constitutional Amendment (PEC), considering that as normative forecasting, specifically articles 60, § 4, item IV, and 228 of the Federal Constitution, criminal responsibility is about entrenchment clause, ie, is impassive modification with respect to its reduction.

Keywords: right of the child; criminal responsibility; offense; educational measures.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal
CONANDA	Conselho Nacional dos Direitos da Criança
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
FCBIA	Fundação Centro Brasileiro para a Infância e Adolescência
Febem	Fundação Estadual do Bem-estar do Menor de São Paulo
Funabem	Fundação Nacional do Bem-estar do Menor
ONG	Organização não governamental
PEC	Projeto de Emenda Constitucional
PNEBEM	Política Nacional do Bem-estar do Menor
PPE	Prescrição da pretensão executória
PPP	Prescrição da pretensão punitiva
PSC	Prestação de Serviço à comunidade
SAM	Serviço de assistência ao menor
SIPIA	Sistema de Informação para a Infância e Adolescência
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....13
1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL.....14
1.1 PRIMEIRO PERÍODO: 1.830 A 1.927 14
1.2 SEGUNDO PERÍODO: 1.927 – 1.979 17
1.3 TERCEIRO PERÍODO: 1.979 – 1.990 21
1.4 QUARTO PERÍODO: 1.990 – 2.003 24
2. ATO INFRACIONAL E MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS.....28
2.1 TEORIA DO ATO INFRACIONAL 28
2.1.1 Divisão do direito infracional brasileiro 28
2.1.2 Conceito de crime, infração penal, ato infracional e suas vertentes.....29
2.1.3 Natureza jurídica do direito relacionado ao ato infracional.....32
2.1.4 Aplicação do princípio da insignificância ou bagatela na esfera menorista 33
2.1.5 Prescrição do ato infracional 35
2.1.6 Apuração do ato e ato infracional no espaço 37
2.1.7 Competência.....39
2.1.8 Apreensão em flagrante.....40
2.1.9 Representação, defesa e instrução do ato infracional.....42
2.2 MEDIDAS SOCIEDUCATIVAS..... 44
2.2.1 Advertência.....45
2.2.2 Reparação do Dano.....46
2.2.3 Prestação de Serviços à Comunidade.....47
2.2.4 Liberdade Assistida 48
2.2.5 Semiliberdade.....49
2.2.6 Internação 51
3. A DISCUSSÃO ACERCA DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL.....54
3.1 PEC 33/2012 E O IDEAL DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL 54
3.2 PRINCIPAIS POSICIONAMENTOS ACERCA DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL 57

3.2.1 Manutenção da maioridade penal aos 18 anos 58
3.2.2 Manutenção da maioridade penal aos 18 anos com aumento do período de internação para os infratores.....62
3.2.3 Redução da maioridade penal.....63
3.3 ATUAL POSICIONAMENTO DO PODER LEGISLATIVO ACERCA DA PEC 33/2012 65
CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 67
REFERÊNCIAS..... 70
ANEXOS 72

INTRODUÇÃO

Atualmente, a visão que se tem acerca da possibilidade da redução da maioridade penal para 16 anos em muitas vezes limita-se ao senso comum de que se o menor possui capacidade delituosa, também deve suportar as consequências de seus atos.

Contudo, é por norma constitucional, relativamente ao artigo 228, que tem-se a previsão de inimputabilidade para os menores de 18 anos. E é através de Projetos de Emenda Constitucional (PEC) que se tem a possibilidade de alteração da norma constitucional.

Ao longo de inúmeros anos, diversas PECS foram propostas com a mesma finalidade: reduzir a faixa etária da imputabilidade penal. Entretanto, as PECS sempre esbarraram no instituto constitucional da cláusula pétrea, prevista no artigo 60, § 4º, da Carta Magna.

Assim, é nesta mesma linha de raciocínio que o presente trabalho demonstrará em seu primeiro capítulo os pontos mais relevantes da evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente no Brasil, ou seja, englobando-se a previsão do direito penal juvenil das Ordenações Filipinas até os dias atuais, com a conquista do ECA.

Já no segundo capítulo, será apresentado, de forma mais extensa e aprofundada, a teoria do ato infracional com seus diversos elementos norteadores, bem como o rol das medidas socioeducativas que embasam o ideal de prevenção e ressocialização dos jovens infratores.

E por fim, o presente trabalho encontrará enfoque, de forma clara e objetiva, nos principais argumentos, posicionamentos e impedimentos que norteiam um dos temais mais polêmicos da atualidade.

Destarte, o trabalho se constituirá pelo tripé elencado, sendo a evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente, o ato infracional e as medidas socioeducativas, bem como a discussão acerca da redução da maioridade penal no Brasil, para que se possa extinguir a ideia de senso comum e se criar uma visão mais panorâmica acerca do acalorado tema em discussão.

1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL

Desde as Ordenações Filipinas, no período colonial, já havia uma preocupação acerca da prática infracional juvenil. Em seu livro V, havia previsão de punições para os adolescentes na medida dos delitos por eles praticados. Caso o indivíduo possuísse idade entre dezessete e vinte anos poderia ser punido até com a pena de morte. Já na hipótese daqueles jovens que cometiam delitos e não atingiam a idade, a pena era minorada segundo o arbítrio do julgador. As penas existiam independentemente de prévia cominação legal, sendo a morte uma figura comum de pena, combinada amplamente com a tortura.

Dessa forma, apesar de as Ordenações Filipinas vigorarem no Brasil pelo período colonial, o objeto do estudo deste primeiro capítulo compreenderá aquelas que tiveram origem realmente brasileira, dividindo-se em quatro períodos, sendo eles o primeiro, de 1.830 a 1.927; o segundo, de 1.927 a 1.979; o terceiro, compreendendo o novo Código de Menores e as discussões que o levaram à criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, que será objeto do quarto e último subtítulo deste capítulo.

1.1 PRIMEIRO PERÍODO: 1.830 A 1.927

O avanço da legislação penal do Brasil teve grande influência da Constituição de 1.824, pois vinculou o direito penal ao direito constitucional. Possuía cunho humanitário, visto que aboliu os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis que eram previstas nas Ordenações Filipinas. Previa ainda que pena alguma passaria da pessoa do delinquente, ou seja, a pena não se

transmitiria em hipótese alguma aos parentes do infrator, o que hoje conhecemos como o Princípio da Individualização da Pena.

Ressalva-se que o Código Criminal do Império, promulgado em 16 de dezembro de 1.830, ganhou atenção por estabelecer idade para a responsabilidade penal, no qual não previa julgamentos criminosos para os menores de quatorze anos. Contudo, nos casos em que estes menores possuíssem discernimento na prática de um crime, eram submetidos a uma medida, a qual se limitava ao recolhimento em casas de correção, pelo tempo necessário, desde que não se ultrapassasse a idade de dezessete anos.

A teoria do discernimento[1] e a medida de correção foram criadas em decorrência da preocupação do legislador com o indivíduo em desenvolvimento, onde se fazia valer a educação ao invés da punição. O Código Criminal também inovou ao prever a atenuante de menoridade em relação aos menores de vinte e um anos, ocasião na qual havia a possibilidade de substituição da pena de autoria pelo magistrado.

Contudo, via-se que o Estado não aplicava a própria lei, pois na falta das casas de correções os menores eram submetidos a prisões juntamente com os adultos.

Cabe observar que com o surgimento das primeiras indústrias no Brasil, no final do século XIX, houve grande imigração de estrangeiros europeus, o qual levou ao crescimento desordenado da população, gerando, consequentemente, o aumento de crianças abandonadas nas ruas de todo o país. Dessa forma, por ausência de legislação específica para proteção e cuidado destas crianças abandonadas surgiram instituições religiosas e particulares a fim de prestar a devida assistência. Neste mesmo período adotou-se a tendência da Roda dos Expostos[2], cuja finalidade era de abrigar as crianças abandonadas, sem que se soubesse a identidade dos pais.

---

[1] Teoria segundo a qual a responsabilidade penal deve ser regulada pela capacidade de compreender a natureza ilícita do fato e de se determinar de acordo com esse entendimento. [...] Pela proposta, a capacidade penal dos adolescentes infratores maiores de dezesseis e menores de dezoito anos deveria ser avaliada por uma junta técnica. [...]. (JORNAL DO SENADO, nº. 1.520, 18 jun. 2002, p. 2).

[2] Tratava-se de um modo de assistência, na qual as crianças abandonadas eram colocadas em um cilindro oco que girava em torno de si mesma, com aberturas para rua e para o abrigo, no qual as mães colocavam suas crianças e tocavam um sino para indicar a existência de uma criança a ser recolhida no abrigo.

Já em 1.854, o Governo Imperial aprovou um regulamento no qual havia a preocupação com as crianças menores de doze anos em estado de mendicidade, prevendo que deveriam ser recolhidas às casas de abrigo. Entretanto, somente em 1.875 teve-se a criação de asilos para dar o devido assistencialismo às crianças enjeitadas.

Outro avanço da legislação deu-se em 1.890, com o Código Penal, que dispôs a absoluta inimputabilidade dos menores de noves anos, bem como a proibição da condenação daqueles de nove a quatorze anos que tivessem praticado delitos sem discernimento. Porém, para aqueles dentre essa mesma idade que praticassem algum delito com discernimento, deveriam ser recolhidos a estabelecimentos disciplinares pelo tempo que fosse necessário, sem exceder o limite da idade de dezessete anos.

Entretanto, mais uma vez, estas instituições disciplinares não saíram do papel, por falta de estrutura pública.

A atenuante de menoridade foi mantida, conforme previsão do Código Criminal do Império.

Em 1.921, pela Lei n. 4.242/21, foi fixada a idade de quatorze anos para efeitos de responsabilidade penal, bem como fora eliminado o critério do discernimento como pressuposto à condenação do infrator.

No ano seguinte, ou seja, em 1.922 a infância desassistida tornava-se um problema de ordem nacional, a qual foi responsável pela realização do Primeiro Congresso Brasileiro de Proteção à Infância.

Já em 1.924 foi criado o primeiro Juizado de Menores do país, conjuntamente com um abrigo que tinha como finalidade específica acolher e educar os menores enjeitados, bem como preservar e reformar os menores infratores.

Segundo Sandrini (1997, p. 58):

> Esse fato marca o reconhecimento da necessidade da retirada da questão do menor de um tratamento meramente penitenciário, sustentado pela necessidade de implantar um modelo pedagógico-tutelar, no qual a educação substituísse a punição.

Contudo, apesar da criação do Juizado de Menores, inexistiam estruturas (técnica e física) que atendessem a demanda de jovens recolhidos, visto que precisavam de assistência especializada de reforma e preservação. Consequentemente, nunca foi encontrada solução para se conseguir colocar em prática tudo aquilo que somente existia na teoria. A única saída era o improviso, sendo que foram criados convênios entre o Ministério da Justiça e algumas instituições privadas, no qual se pagava determinada quota mensal por interno. Entretanto, nem mesmo o convênio foi capaz de suprir a multidão infantil recolhida.

As duas primeiras décadas do século XX foram marcadas por debates acerca do problema de menores infratores e adolescentes abandonados. Estas discussões deram origem ao Código de Menores, que foi consolidado no ano de 1927.

1.2 SEGUNDO PERÍODO: 1.927 – 1.979

O Código de Menores, instituído pelo Decreto n. 17.943/1927, nada mais foi do que a consolidação de uma legislação específica acerca das leis esparsas que já existiam. Um dos especialistas responsáveis pela criação do Código foi o primeiro Juiz de Menores no Brasil, Dr. José Cândido Albuquerque Mello Mattos, conhecido como *‘apóstolo da infância’*.

O Código estabelecia que o menor de dezoito anos, quando na situação de delinquente ou abandonado, deveria ser submetido às medidas de assistência e proteção previstas pela legislação. A lei também confirmou a existência de um juizado privativo aos menores, bem como o limite da idade de catorze anos para que os menores não fossem submetidos a nenhum tipo de processo.

O texto legal inovou ao estabelecer a suspensão do pátrio poder dos pais caso faltassem no cumprimento de seus deveres para com seus filhos, sendo na hipótese de abuso de autoridade, negligência, incapacidade ou impossibilidade, o que gerou grandes críticas por todos na época.

Havia também a preocupação com o trabalho infanto-juvenil, ao passo que em que a lei proibiu o trabalho para menores de doze anos, assim como a jornada noturna para menores de dezoito anos.

Dessa forma, o Código de Menores estampava a responsabilidade estatal em relação aos menores abandonados e infratores, o que ocasionou o surgimento de reformatórios, que tinham por finalidade abrigar os menores abandonados e pervertidos. Contudo, estes menores não possuíam na prática a proteção adequada e prevista pelo texto normativo.

Ainda assim, apesar da eminente falha estatal de conseguir colocar em prática tudo aquilo que somente existia na teoria, a lei se encarregou de prever as mais diversas hipóteses de proteção e regeneração dos menores.

O Código também dispôs sobre a possibilidade de menores, com idade entre dezesseis e dezoito anos, serem submetidos a penas privativas de liberdade até que se comprovasse a sua recuperação, pois o texto normativo se encarregou de classificar os menores quanto ao cometimento de crimes, classificando-os em plenamente irresponsáveis (aqueles com idade até quatorze anos) e penalmente responsáveis (aqueles com idade de dezesseis a dezoito anos), na medida em que seriam, respectivamente, submetidos às medidas de ordem disciplinar e assistencial ou condenados à reclusão, observada a redução de um terço da pena imposta em relação aos adultos.

Entretanto, verificava-se novamente a inexistência de estrutura que pudesse suportar a execução de tais previsões e normas, tanto em razão da política da época quanto pela falta de recursos e manutenção dos institutos já existentes.

Ressalva-se que o problema social da infância existia em decorrência da situação caótica de pobreza da população no país.

Para Hungria (1955, p. 353-354):

> O delinquente juvenil é, na grande maioria dos casos, um corolário do menor socialmente abandonado, e a sociedade, perdoando-o e procurando, no mesmo passo, reabilitá-lo para a vida, resgata o que é, em elevada proporção, sua própria culpa.

O próprio texto constitucional de 1927 se preocupou em valorizar e proteger a família, o trabalhador e a previdência social. Esta preocupação foi a principal responsável pelo surgimento da inimputabilidade penal dos menores para os dezoito anos de idade, vez que o Código Penal de 1940 declarou que os menores de dezoito anos seriam penalmente irresponsáveis e assim sujeitos às normas e medidas previstas no então Código de Menores.

Assim, segundo Neves de Jesus (2006, p. 51):

> [...] a fixação da idade penal não é instrumento de ameaça ou gesto de intimidação, mas estratégia de política criminal, indicando que o Direito Penal pode ser feito de prevenção, penas alternativas e ideias terapêuticas. [...] A garantia dos direitos fundamentais, e não a punição desmedida, é que está ligada à diminuição dos índices de criminalidade.

Conforme as previsões do Código Penal de 1940 caía a hipótese do menor de dezoito anos ser enviado a estabelecimento prisional.

Cabe ressalvar que em 1941 houve a criação do SAM – Serviço de Assistência ao Menor, que tinha por finalidade sistematizar e orientar os serviços de assistência aos menores delinquentes e abandonados, bem como realizar investigações sociais, encaminhar os menores a exames médicos e abrigá-los em estabelecimentos adequados. O SAM também estudava as causas de abandono e da delinquência infantil, sendo que promovia uma periódica publicação dos resultados de suas pesquisas e estatísticas.

Contudo, novamente não se via a concretização do que somente existia na teoria, pois o SAM somente se caracterizou por realizar as internações dos menores, ou seja, revelou-se ineficaz mesmo com a existência dos juizados de menores.

Segundo Rizzini (1995, p. 141), “os indícios eram de que o problema do desvio social infanto-juvenil estava se agravando”.

Consequentemente, a década de 50 foi marcada pelos debates que objetivavam a reformulação da legislação atinente ao problema dos menores. Com a Declaração Universal dos Direitos da Criança, em 1959, nasceu o desejo de normas mais democráticas, o que foi interrompido pelo Golpe Militar de 1964. Porém, neste mesmo ano foi criada a Funabem – Fundação Nacional do Bem-estar do Menor, que baseava-se em negar o SAM e seus métodos inapropriados.

A nova fundação tinha por finalidade assegurar prioridade aos programas voltados à integração do menor em comunidade, criando instituições que se aproximassem, principalmente, dos ideais da vida familiar. Na mesma ocasião, o Governo Revolucionário sentiu a necessidade de criar uma política para tratar do menor e assim surgiu a PNEBEM, ou Política Nacional do Bem-estar do Menor, que teria sua aplicação através da Funabem.

Entretanto, a Funabem acabou por aumentar o problema que objetivava remediar, sendo que ficou conhecida como instrumento de ameaça e escola do crime. Dessa forma, a Funabem foi nada mais do que um exemplo da distância da lei e o que se acabou fazendo dela.

Destarte, ante a ineficácia da Funabem, foi editada a Lei n. 5.258/67 que renovou algumas disposições acerca dos menores de catorze a dezoito anos, no sentido de que estes deveriam ser internados em estabelecimento adequado para que se efetuasse sua reeducação, com a ressalva de que o prazo não fosse inferior a dois terços do mínimo, nem superior a dois terços do máximo da pena privativa de liberdade.

Para Bulhões Carvalho (1974, 52):

> Diante da manifesta deficiência de nossa legislação sobre menores infratores e da necessidade imperiosa de adaptá-las aos padrões de cultura universal, causou a maior estupefação pública a publicação, recentemente, de uma nova lei, elaborada e votada na surdina, sem a menor técnica legislativa e em que se procurou ressuscitar preceitos sepultados com o nosso velho Código Criminal de 1830.

O texto normativo de 1967 acabou sendo reformado pela Lei n. 5.439/68, porém seu caráter repressivo-punitivo permaneceu intacto, ou seja, inalterado.

Já em 1973 foi criada a Febem – Fundação Estadual do Bem-estar do Menor de São Paulo - em extensão à Funabem. Entretanto, novamente, o histórico da Fundação se caracterizou por fugas, rebeliões e violência contra os internos, ou seja, mais uma vez via-se a falha do Estado no tratamento de adolescentes e menores em conflito com a lei.

Assim, crescia mais uma vez a necessidade de uma legislação que absorvesse as mudanças ocorridas nos últimos tempos e adaptasse o Código Mello Mattos. Consequentemente, em 1979, foi criado o novo Código de Menores brasileiro.

1.3 TERCEIRO PERÍODO: 1.979 – 1.990

O terceiro período foi marcado principalmente pela criação do Novo Código de Menores, que nasceu com o objetivo de suprir as lacunas existentes no Código de Mello Mattos, ou seja, ele deveria atualizar a legislação referente aos menores e criar novas diretrizes que realmente solucionassem os conflitos existentes.

Entretanto, o Novo Código foi fortemente atingido por críticas, tendo em vista haver sido elaborado de forma apressada e sem técnica legislativa.

Cabe ressalvar que nesta mesma época a Funabem se mostrava cada vez pior, pois sua ineficácia gerava um grande número de jovens marginalizados.

O artigo 1º do Novo Código dispunha acerca da assistência, proteção e vigilância dos menores, bem como previa que todo o menor de dezoito anos seria submetido às medidas de caráter preventivo. A primeira parte do dispositivo legal versava sobre a situação irregular do menor, ao passo que seu artigo 2º especificava, em seus incisos, o conceito e as hipóteses de irregularidade.

Todos os jovens que se encontrassem em situação de irregularidade estariam sujeitos à atuação do Juiz de Menores.

É necessário frisar a importância do Juiz de Menores, vez que este possuía poderes que iam além do Novo Código, pois o artigo 8º do Novo Código previa o '*prudente arbítrio'* do magistrado, hipótese na qual este poderia criar outras medidas que se fizessem necessárias à assistência, proteção e vigilância do menor, através de portarias ou provimentos.

Era também previsto que os menores que praticassem delitos antes de atingir a maioridade penal, mas que necessitassem de internação até os vinte e um anos estariam sujeitos as disposições do Código de Menores e não do Código Penal.

Contudo, verificava-se que quando submetido à processo, a intimidade do menor era violada, bem como as medidas adotadas interviam em seu ambiente familiar.

No mais, o Código ainda previa a prisão cautelar para os menores, ao passo que este poderia ser detido sem ordem judicial e, na falta de apresentação imediata ao Juiz de Menores era encaminhado a "repartição policial especializada".

Apesar da existência da inimputabilidade aos menores de dezoito anos, o menor ou adolescente infrator considerado em *"desvio de conduta"* estaria sujeito a algumas regras do Código Penal que eram aplicadas aos inimputáveis. Assim, era notável alguns abusos de poder existentes na aplicação de medidas aos menores.

Mais uma vez verificava-se a ineficácia estatal, vez que a previsão normativa do Novo Código não foi suficiente para prevenir e tratar acerca do abandono e do desvio social da infância no país. Neste mesmo período a sociedade clamava por reformas acerca do tratamento dos menores.

Dessa forma, via-se que a inexistência de políticas públicas eficazes faziam aumentar, cada vez mais, o problema dos adolescentes no Brasil.

Os conhecidos *meninos de rua* surgiram em meados da metade dos anos 80, e se caracterizavam por buscar melhores condições de sobrevivência em meio ao asfalto e trânsito. Estes menores tornavam-se um dos maiores problemas sociais a serem enfrentados pelo Estado, enquanto representante do país.

Ressalva-se que o *I Seminário Latino Americano de Alternativas Comunitárias de Atendimento a Meninos e Meninas de Rua,* ocorrido em 1984, foi o principal motivo para a fundação da *ONG Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua*, em 1985.

A ONG possuía como finalidade a construção de alternativas que viabilizassem e promovesse a garantia dos direitos dos menores, com auxílio da sociedade e dos próprios reclamados.

A partir deste momento, com a interação dos setores especializados do poder público e organismos da sociedade civil, houve a transformação das concepções da Convenção Internacional dos Direitos da Criança em norma constitucional. Assim, a Constituição Federal de 1.988 declarava em seu artigo 227 que:

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

A partir da previsão constitucional, surgiram estudos para a elaboração de outra lei específica que substituísse o ineficaz Código de Menores de 1979.

Assim, no ano de 1990 a Funabem transformou-se em Fundação Centro Brasileiro para a Infância e Adolescência – FCBIA, que tinha por função coordenar a política de defesa dos direitos da criança e do adolescente.

Consequentemente, em 13 de julho do mesmo ano foi aprovado o Estatuto da Criança e do Adolescente.

1.4 QUARTO PERÍODO: 1.990 – 2.003

O quarto período foi marcado principalmente pela prioridade dada aos direitos da criança e do adolescente no país, vez que em forma de regulamentar o artigo 227 da Constituição Federal, nasceu o Estatuto da Criança e do Adolescente, que veio também para substituir o Código de Menores de 1979. O novo texto legal se diferenciava dos anteriores pelo simples fato de reconhecer a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e de pessoas em desenvolvimento.

A mudança já se notava logo no primeiro artigo do Estatuto, que previa:

> Artigo 1º - “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”.

Dessa forma, a nova legislação específica se caracterizava por ser um conjunto de direitos que davam prioridade aos menores sem qualquer tipo de discriminação ou privilégio, distintamente das legislações antigas, que se caracterizaram por ser instrumento de controle e repressão para os jovens.

Para Veronese (2003, p. 439):

> Segundo tal doutrina, toda criança e todo adolescente são merecedores de direitos próprios e especiais que, em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e íntegra.

Contudo, via-se necessária a existência de políticas públicas que pudessem colocar em prática a nova previsão normativa.

O próprio artigo 4º do Estatuto se encarregou de dividir a responsabilidade pela efetivação dos direitos da criança e do adolescente em quatro institutos: a família, a comunidade, a sociedade em geral e o próprio poder público.

Dessa forma, a nova lei destacava-se por reconhecer a importância da prevenção sobre o tratamento.

Dentre os quatro institutos responsáveis pela efetivação destes novos direitos, a comunidade teve uma maior importância, pois segundo Neves de Jesus (2006, p. 67) “[...] ela é um meio insubstituível de transmissão cultural e humanização”. Assim, a comunidade representava uma relação de sujeito-sujeito, que incluía principalmente o desenvolvimento dos menores.

No novo estatuto prevalecia o ideal de visão de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, extinguindo-se o velho ideal dos antigos códigos em que os menores eram considerados objetos.

Apesar de o texto normativo englobar crianças e adolescentes como sujeitos em desenvolvimento, existiam algumas diferenças na aplicação de medidas quando na hipótese de prática de infração penal.

Para a criança eram aplicáveis as medidas dispostas no artigo 101 do Estatuto, que iam desde o encaminhamento aos pais ou responsáveis até o abrigo em entidades e reinserção em outras famílias.

Já para os adolescentes as medidas eram previstas no artigo 112, que poderiam ser: a advertência; a obrigação de reparar o dano; a prestação de serviços à comunidade; a liberdade assistida; a inserção em regime de semiliberdade; a internação em estabelecimento educacional e; qualquer uma prevista no artigo 101, I a VI.

Segundo Neves de Jesus (2006, p. 69) “As medidas podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, mas sempre considerando as necessidades pedagógicas”.

Ademais, no novo estatuto era assegurado ao menor que a apreensão seria somente realizada mediante determinação judicial ou em flagrante ato infracional, bem como deveria ser efetuada a imediata comunicação à autoridade competente e à sua família. O menor também deveria ser acompanhado por um advogado e poderia ter direito à assistência judiciária gratuita, caso fosse necessário. (JESUS, 2006, p. 69-70).

Após a promulgação do Estatuto, em atenção ao seu artigo 88, foi criado o CONANDA – Conselho Nacional dos Direitos da Criança, que possuía por competência a elaboração de normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente. Pelo CONANDA foi implantado o SIPIA – Sistema de Informação para a Infância e Adolescência em todos os municípios do país. Ressalva-se que o Estatuto também foi responsável pela criação dos Conselhos Tutelares, que seriam encarregados de zelar pelo cumprimento dos direitos dos menores. (JESUS, 2006, p. 70-71).

Contudo, algumas mudanças estavam por vir com o novo Código Civil de 2002 que reduziu o início da capacidade civil de 21 para 18 anos, bem como foi responsável por alterar as disposições acerca da incapacidade absoluta e relativa. Os menores de 18 e maiores de 16 eram considerados relativamente incapazes, ao passo que os menores de 16 anos eram considerados absolutamente incapazes.

Assim, com a equiparação da responsabilidade civil ao limite da responsabilidade penal, surgiram hipóteses de interferência do novo Código Civil na aplicação das medidas previstas no Estatuto, tendo em vista que alguns limites instituídos pela legislação específica alcançavam sujeitos de até 21 anos, ao passo que a nova legislação civil previa a responsabilidade civil aos 18 anos de idade.

Entretanto, apesar da discordância acerca da idade para responsabilização nas duas legislações, quem prevalece é o Estatuto, uma vez que possui independência de lei específica.

Neste mesmo sentido, para Garrido de Paula (2002, p. 83):

> Somente devem incidir as normas do Código Civil, Código de Processo Civil, etc., quando houver lacuna no Estatuto da Criança e do Adolescente, e mesmo assim se não forem incompatíveis com os seus princípios fundamentais.

A questão polêmica chegou ao Tribunal de Justiça de São Paulo que, por sua vez, corroborou com o entendimento trazido pelo Estatuto, posicionando-se favoravelmente à aplicabilidade de medidas socioeducativas até os 21 anos de idade.

2. ATO INFRACIONAL E MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Após breve síntese da evolução história dos direitos da criança e do adolescente no Brasil, faz-se necessária uma discussão sobre o ato infracional e as medidas socioeducativas, ao passo que são de forma comparativa e reflexa, o delito e as penas aplicadas, só que sob o viés do direito penal-juvenil.

2.1 TEORIA DO ATO INFRACIONAL

2.1.1 Divisão do direito infracional brasileiro

O direito infracional brasileiro pode ser divido em três etapas ou fases, sendo elas:

1) A doutrina do direito penal do menor, também conhecida como tratamento penal indiferenciado, tendo em vista que considerava os menores da mesma forma como os adultos, na qual os maiores de sete e menores de dezoito anos somente possuíam a diminuição de ⅓ (um terço) da pena aplicada aos adultos, quando do cometimento de delitos;

2) A doutrina da situação irregular, que nasceu com o Código Mello Matos e possuía um caráter mais tutelar, vez que existia uma maior preocupação acerca do tratamento igualitário entre maiores e menores. Ainda nesta fase, o menor era tratado como objeto, estando distante de ser considerado um sujeito de direitos e;

3) A doutrina da proteção integral, que distinguia a responsabilidade penal de crianças e adolescentes e se subdividia no reconhecimento do adolescente como sujeito em desenvolvimento e no princípio do melhor interesse. Já era mencionada

na Constituição Federal de 1.988 e teve seu início a partir da vigência do ECA, a qual inclusive é adotada nos dias de hoje.

2.1.2 Conceito de crime, infração penal, ato infracional e suas vertentes

No tocante ao conceito de ato infracional, primeiramente deve-se abordar os dois principais critérios existentes para a definição de crime, tendo em vista que o artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que: *"Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal".*

Assim, de acordo com a teoria analítica, existem dois critérios para conceituação de crime, sendo o bipartido e o tripartido. O primeiro critério (bipartido) considera crime como sendo um fato típico e antijurídico, ao passo que o segundo critério (tripartido) o caracteriza como um fato típico, antijurídico e culpável, sendo este o entendimento predominante da maioria dos doutrinadores.

Contudo, o primeiro conceito correspondente ao critério bipartido é o mais aceito e aplicável à lei menorista, tendo em vista que o menor pode vir a cometer um crime, no entanto não preenche o requisito de culpabilidade existente no segundo conceito e pressuposto de aplicação da pena. Isto ocorre porque ao menor de idade adota-se o critério biológico, ou seja, é aplicável a presunção absoluta de incapacidade de plena cognição.

Em outros dizeres, entende-se que ao menor de idade falta a capacidade de percepção e de valoração dos fatos, não podendo assim ser declarado culpável.

Já no tocante à contravenção penal, esta se caracteriza por ser um ilícito penal de menor envergadura, ou também infração de menor potencial ofensivo, sendo conhecido grosseiramente como "crime-anão".

Assim, segundo Ishida (2013, p. 241) "[...] a conduta delituosa da criança e do adolescente é denominada tecnicamente de ato infracional, abrangendo tanto o crime como a contravenção".

Dessa forma, denota-se que a questão menorista não se baseia em impunidade, mas sim em um sistema diferencial à Justiça dos adultos, vez que no Estatuto há a aplicação de medidas socieducativas e de proteção ao invés de imposição de penas criminais.

Ou seja, haverá a responsabilização de crianças e adolescentes pela prática de ato infracional, só que por meio da legalidade, do direito de defesa, do devido processo legal e de outras garantias que foram trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. (FONSECA, 2012, p. 319).

Para Fonseca (2012, p. 326) "[...], crianças e adolescentes são seres em formação, que exigem especial atenção em face de sua fragilidade e inicial desenvolvimento psíquico".

Neste mesmo sentido, é importante destacar que as crianças são inimputáveis, ou seja, penalmente irresponsáveis, à medida que os adolescentes são inimputáveis, contudo, penalmente responsáveis, conforme previsão do artigo 104 do Estatuto que dispõe: *"São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei".*

Ressalva-se que a existência de excludentes de tipicidade, antijuridicidade e de culpabilidade não permitem a aplicação das medidas socieducativas, mas somente a aplicação de medidas de proteção. O próprio Estatuto, em semelhança ao Código Penal, estipula em seu artigo 189 as hipóteses de não aplicação das medidas socioeducativas, que equivalem à absolvição na esfera penal. Entretanto, no tocante às excludentes de punibilidade, também conhecidas como escusas absolutórias, é permitida a aplicação das medidas socieducativas, pois estas fogem do conceito fechado de crime e consequentemente de ato infracional. (ISHIDA, 2013, p. 241).

Também existe a equiparação do Estatuto com o Direito Penal acerca dos institutos da tentativa e da consumação do delito. Diz-se ato infracional consumado quando a conduta praticada pelo adolescente se amolda perfeitamente à descrição do tipo legal, ou seja, quando o ato possui início, meio e fim. Já em relação à tentativa, esta se caracteriza quando é iniciada a execução do ato infracional, que só não termina em decorrência de circunstâncias alheias à vontade do menor. Neste caso, há

diferença de aplicação de medidas quando o ato é consumado ou tentado, conforme vigência do princípio da proporcionalidade.

O ato infracional ainda se subdivide em *material* e *formal.* O ato infracional é considerado material quando gera um resultado naturalístico, ao passo que o formal ou de mera conduta consiste em tratar-se de ato sem resultado naturalístico, ou seja, quando basta somente a atuação do menor para configurar o ato ilícito.

Verifica-se, também, que na hipótese do cometimento de ato infracional por mais de um menor ou mesmo ao lado de adulto há a caracterização do concurso de pessoas, seja tanto na qualidade de coautor ou partícipe. Assim, quando constatado o concurso de pessoas, os sujeitos devem ser responsabilizados de forma diferenciada, principalmente quando do envolvimento de adultos que costumam utilizar menores para a prática de crimes, ocasião em que se configura a *autoria mediada*, ou seja, quando um sujeito se utiliza de outrem para a prática de um delito (FONSECA, 2012, p. 322).

O Estatuto também possui semelhança com o Código Penal acerca das hipóteses de exclusão de ilicitude (estado de necessidade; legítima defesa; estrito cumprimento do dever legal e; exercício regular do direito), vez que não há a aplicação das medidas do ECA quando verificada alguma das hipóteses elencadas acima, cuja previsão encontra-se no artigo 23 do Código Penal.

Insta frisar que aos adolescentes é cabível a medida socieducativa, e às crianças de até 12 anos de idade aplicam-se às medidas de proteção previstas no artigo 101 do Estatuto.

Antes de se adentrar em uma discussão mais profunda sobre a teoria do ato infracional, é necessário frisar que a lei recorre à inimputabilidade pelo critério etário, no qual foi estipulada a idade de 18 anos. Assim, para se aferir a imputabilidade, é considerado o momento da conduta omissiva ou comissiva praticada pelo menor. Neste caso, se o adolescente possuir 17 anos, 11 meses e 29 dias ao cometer um delito, será aplicada à lei menorista, independentemente se o ato só for descoberto quando o sujeito já possuir a maioridade penal de 18 anos. Entretanto, se o sujeito

já possuir 18 anos completos na data do delito, estará sujeito à procedimento de competência da Vara Criminal.

2.1.3 Natureza jurídica do direito relacionado ao ato infracional

Assim como na doutrina penal, o direito da infância e da juventude também possui divisões, ainda mais acerca da natureza jurídica do ato infracional. Para alguns, esta se caracteriza como um *Direito Penal Juvenil,* ao passo que outros entendem ser uma *Doutrina do direito infracional.*

Para o primeiro posicionamento, a medida socioeducativa possui um caráter pedagógico e retributivo, pois a extensão das garantias existentes no âmbito penal asseguraria certa isonomia entre o menor e o réu maior de 18 anos. Ressalva-se que o Supremo Tribunal Federal vem adotando este posicionamento. (ISHIDA, 2013, p. 243).

Já para a segunda corrente, entende-se que deve prevalecer a essência da medida socieducativa, ou seja, considerando esta apenas como uma medida educativo-pedagógica. (ISHIDA, 2013, p. 244).

No entanto, segundo posicionamento do doutrinador Valter Kenji Ishida, as medidas socioeducativas se revestem principalmente de caráter pedagógico, mesmo que a utilização de princípios processuais se faça necessária pela semelhança que possui com o procedimento penal, o que corrobora com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> De fato, é nesse contexto que se deve enxergar o efeito primordial das medidas socieducativas, mesmo que apresentem, eventualmente, características expiatórias (efeito secundário), pois o indiscutível e indispensável caráter pedagógico é que justifica a aplicação das aludidas medidas, da forma como previstas na legislação especial (Lei 8.069/90, arts. 112 a 125), que se destinam essencialmente à formação e reeducação do adolescente infrator, também considerado como pessoa em

> desenvolvimento (Lei 8.069/90, art. 6º), sujeito à proteção integral (Lei 8.069/90, art. 1º), por critério simplesmente etário (Lei 8.069/90, art. 2º, *caput*). (HC 146.641/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, 5ª TURMA, j. 15-12-2009, DJe 8-3-2010).

2.1.4 Aplicação do princípio da insignificância ou bagatela na esfera menorista

Segundo Gomes (2009, p.15):

> infração bagatelar ou delito de bagatela ou crime insignificante expressa o fato de ninharia, de pouca relevância (ou seja: insignificante). [...] Não se justifica a incidência do Direito Penal (com todas as suas pesadas armas sancionatórias) sobre o fato verdadeiramente insignificante.

Após a breve noção de infração bagatelar ou insignificante, é importante destacar a grande discussão existente entre doutrinas e jurisprudências acerca da aplicação ou não do princípio na seara penal-juvenil.

A maior parte da doutrina tem entendido que o fato de não se reconhecer a aplicação do Princípio da Insignificância ou Bagatela no âmbito menorista importa em se concluir que o tratamento dado aos adultos seria mais benéfico do que o dado aos menores. Pois, conforme Gomes (2009, p. 148) “tudo quanto se aplica para tais injustos penais, automaticamente vale para os atos infracionais”.

Contudo, este entendimento não se atenta ao fato de que crianças e adolescentes são seres em desenvolvimento e que devem ser tratados conforme sua condição, sendo que ao aceitar tal posição significaria criar certa impunidade quanto à prática de atos infracionais irrelevantes, ou até mesmo gerar certa reincidência na prática destes, ao ver de que nenhuma medida será tomada.

É necessária certa precaução na aplicação deste instituto, certamente já para não se gerar a sensação de falta de limites, tendo em vista a garantia da orientação pedagógica e de reeducação na aplicação das medidas previstas no ECA.

Neste mesmo sentido, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

> o princípio da insignificância é aplicável aos atos infracionais, desde que verificados os requisitos necessários para a configuração do delito de bagatela. [...] As medidas previstas no ECA têm caráter educativo, preventivo e protetor, não podendo o Estado ficar impedido de aplicá-las" (HC-98.381 – Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, *DJ* 19-11-2009).

Destarte, para a aplicação do princípio da insignificância ou bagatela na esfera menorista é necessário verificar a existência dos pressupostos para sua admissibilidade, sendo eles: a) mínima ofensividade da conduta; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzíssimo grau de reprovabilidade da conduta; d) inexpressividade da lesão jurídica, ao passo que a aferição do valor deve ser feita pelo total, ou seja, somando-se o montante equivalente ao bem subtraído e o prejuízo causado para a subtração do bem e; e) desnecessidade pedagógica e educacional da medida socioeducativa. Além do mais, o julgador só poderá admitir a aplicação deste princípio se vislumbrar a dispensabilidade da medida prevista no Estatuto. (ISHIDA, 2013, p. 241).

Diante o breve exposto, entende-se que é aceitável a aplicação do princípio, desde que preenchidos todos os seus requisitos, mas de forma ponderada e quando analisados caso a caso, para que consequentemente não seja gerada a sensação de impunidade aos menores infratores.

2.1.5 Prescrição do ato infracional

Antes de se discutir acerca da prescrição em si, é necessário destacar que muito se discute sobre a incidência deste instituto no direito penal-juvenil, tendo em vista que o ECA nada diz a seu respeito.

A doutrina e a jurisprudência mais uma vez se dividem nesse aspecto, pois para a maioria dos doutrinadores o direito menorista é imprescritível face ao seu caráter reeducativo e pedagógico, inclusive pelo fator tempo ser fundamental na formação do jovem infrator.

Contudo, paulatinamente a jurisprudência foi adotando a admissão da aplicação do referido instituto, vez que a prescrição é um direito natural, e ferir-se-ia o Princípio da Isonomia caso o referido instituto não fosse estendido para a seara menorista. Assim, tal adoção culminou na edição da súmula 338, em maio de 2007, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que dispõe: “A prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas”.

Dessa forma, como o Estatuto nada dispõe acerca do instituto, adota-se analogicamente a previsão contida na legislação penal, especificamente nos artigos 109 a 118 do Código Penal.

Assim, acerca da prescrição, esta pode ser conceituada basicamente como sendo a perda, pelo Estado, do *jus puniendi,* ou seja, do direito de punir, pelo decurso do tempo em razão do seu não exercício, dentro do prazo previamente fixado. (BITENCOURT, 2009, p. 284)

É considerada uma causa extintiva da punibilidade, tendo em vista: a) a inconveniência da aplicação após muito tempo da prática e; b) o combate à ineficiência do Estado, obrigando-o a atuar de forma mais célere. Desta forma, quando caracterizada a ocorrência da prescrição, tem-se a extinção do processo. (ISHIDA, 2013, p. 245)

Como toda regra possui sua exceção, alguns crimes que são imprescritíveis, sendo: a) o racismo, cuja previsão está contida na Lei n. 7.716/89 e artigo 5º, XLII, da CF; b)

as ações de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, cuja disposição encontra-se na Lei n. 7.170/83 e artigo 5º, XLIV, da CF e; c) o crime de tortura, o qual está previsto na Lei n. 9.455/97. Ressalva-se, ainda, que a imprescritibilidade destes crimes também é aplicável no Direito Penal-juvenil quando cometidos por adolescentes menores na modalidade de ato infracional. (ISHIDA, 2013, p. 245)

A prescrição pode ocorrer basicamente de duas formas, ou seja, quando: a) o Estado perde o prazo para iniciar o procedimento ou a ação socioeducativa (prescrição da pretensão punitiva - PPP) ou; b) o Estado perde o prazo para executar a medida imposta na sentença (prescrição da pretensão executória - PPE). (FONSECA, 2012, p. 324)

Entretanto, para a aplicação do instituto nas medidas socioeducativas, é necessário levar em consideração a data da ocorrência do ato infracional, da representação, do recebimento da representação e a idade do adolescente à data do fato, vez que interferem diretamente na contagem do prazo prescricional.

Quando reconhecida a prescrição, os prazos prescricionais constantes no Código Penal devem ser reduzidos pela metade, em face da menoridade do agente. O não reconhecimento da aplicação do instituto no âmbito menorista configura constrangimento sanável pela via do *habeas corpus.* (FONSECA, 2012, p. 324 e 325)

Também são divergentes os entendimentos acerca do prazo considerado para os fins da prescrição, tendo em vista alguns entenderem que esta deva ser calculada com base na pena máxima cominada em abstrato, ao passo que outros preferem aceitar que o cálculo da prescrição deva ter o limite de três anos previsto para a duração máxima da medida de internação.

Assim, antes de se concluir os breves comentários acerca do instituto, é necessário elencar as causas interruptivas da prescrição, que se dividem em: a) recebimento da representação do Ministério Público; b) publicação da sentença ou acórdão recorríveis; c) na fuga do adolescente infrator, a prescrição se regula pelo máximo

da internação e; d) pela reincidência (na prescrição da pretensão executória). (FONSECA, 2012, p. 325)

2.1.6 Apuração do ato e ato infracional no espaço

A apuração de um ato infracional pode iniciar-se por apreensão em flagrante do adolescente ou por registro de uma ocorrência junto à Delegacia especializada. Contudo, o menor autor de ato infracional não pode ser privado de sua liberdade sem ordem escrita e fundamentada por autoridade judicial competente, ocasião em que lhe será assegurado o devido processo legal, conforme disposições dos artigos 106 e 110 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ressalva-se que são apenas estas duas as únicas hipóteses de apreensão de menores. (FONSECA, 2012, p. 327)

Assim, existe a possibilidade de apreensão provisória do menor infrator, ou seja, de sua internação antes de ser ofertada a representação, podendo ser de ofício pelo Magistrado, a requerimento de autoridade policial ou do próprio agente ministerial. Isto pode ocorrer seja pela gravidade dos fatos, pela própria segurança do infrator ou até mesmo por clamor público, ocasião em que se é recomendável a internação do infrator, desde que se não ultrapasse o limite legal de 45 (quarenta e cinco) dias. (FONSECA, 2012, p. 327)

Entretanto, o procedimento é diverso quando se tratar de criança, ou seja, para os menores de 12 (doze) anos de idade, conforme própria disposição do ECA. Nesta hipótese, a criança não será submetida diretamente à autoridade policial, mas primeiramente ao Conselho Tutelar, que registrará a ocorrência em devida repartição policial para que esta realize as investigações necessárias e essenciais para apuração do ocorrido. As decisões do Conselho Tutelar acerca das medidas protetivas devem ser motivadas e colegiadas, sendo que eventual inconformidade deverá ser manifesta perante o Juiz da Vara da Infância e Juventude, em sede de recurso inominado. (FONSECA, 2012, p. 327)

O devido processo legal relativo aos atos infracionais é regido por diversos dispositivos no ECA, e quando na ausência destes, são aplicáveis, subsidiariamente, as regras previstas na legislação processual penal e civil.

É denominada *ação socioeducativa pública* ou *apuração de ato infracional* o processo a que o menor infrator atua figurando o polo passivo. Já *o ato de apreensão em flagrante* corresponde ao que seria o auto de prisão em flagrante, ao passo que *o auto de investigação de ato infracional* faz referência ao que se entende por inquérito policial. Estas denominações existem em razão do tratamento diferenciado que se deve dar ao menor.

A apuração do ato infracional é a primeira fase de um procedimento no qual o Ministério Público possui legitimidade única para figurar o polo ativo.

Outra questão que possui grande relevância é sobre a utilização de algemas em menores. Em regra, entende-se e recomenda-se ser evitado o uso de algemas para que não haja ofensa à dignidade do menor, contudo, em casos de necessidade, a regra deve ser flexibilizada.

Já em referência ao ato infracional no espaço, diante da ausência ou até mesmo omissão acerca de referido instituto no ECA, aplica-se analogicamente as regras contidas na legislação penal vigente, vez que o ato infracional pode abranger dois ou mais países. Nesta hipótese, aplica-se a regra da territorialidade.

Assim, quanto ao lugar do ato infracional, tem-se a aplicação da teoria da ubiquidade, ou seja, considera-se praticado em território brasileiro o ato infracional no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado. (ISHIDA, 2013, p. 251)

Nos casos de aplicação da lei brasileira pela prática de ato fora do território do Brasil, tem-se a regra da extraterritorialidade, podendo ser condicionada ou incondicionada. Essas formas tem por finalidade distinguir os casos em que o adolescente responderá por seu ato perante a Justiça brasileira independentemente ou não de condições ou requisitos, ou seja, no caso da extraterritorialidade incondicionada, a Vara da Infância e Juventude seria a competente para aplicação

de medidas socioeducativas, ao passo que na condicionada a instauração de sindicância contra o adolescente estaria condicionada a certos requisitos.

2.1.7 Competência

No tocante à competência em razão do lugar (*ratione loci*) para processar e julgar o ato infracional, esta compete à autoridade judiciária do local onde ocorreu o fato ilícito, conforme expressa previsão do artigo 147, parágrafo 1º, do ECA.

Já em relação à competência em razão da matéria (*ratione materiae*), esta caberá à autoridade judiciária da Infância e da Juventude, ou seja, aquela que exerce a função em razão das normas de organização judiciária local. (FONSECA, 2012, p. 329)

O Magistrado competente para julgamento da prática de ato infracional e aplicação de medidas socioeducativas será aquele especializado, ou seja, aquele que possuir jurisdição sobre a Infância e Juventude, conforme previsão da súmula 108 do Superior Tribunal de Justiça: “A aplicação de medidas sócio-educativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz”.

A competência para aplicação das medidas de proteção ou protetivas a crianças será do Conselho Tutelar.

É necessário frisar que nas hipóteses de concurso de agentes em fato penal praticado por adolescente acompanhado de um adulto, ambos serão encaminhados à Delegacia Especializada da Criança e do Adolescente, e somente após findas todas as diligências necessárias o delegado encaminhará o agente maior de idade para a Delegacia competente com todos os documentos e informações já coletadas. (FONSECA, 2012, p. 329)

2.1.8 Apreensão em flagrante

Como já anteriormente analisado, o ato infracional guarda estrita relação com o crime e a infração penal. Dessa forma, o ato infracional também se sujeita ao flagrante, previsto no artigo 302, do Código de Processo Penal.

Segundo Fonseca (2012, p. 329), “Flagrante (do latim *flagrans, flagrantis*) é o ato infracional que está acontecendo ou o ato recém ocorrido, o qual é retratado no Auto de Apreensão em Flagrante. É a ‘ardência do crime’, a ‘prova plena do delito’”.

Assim, o flagrante apresenta duas modalidades, sendo o ato praticado em presença da autoridade e a apreensão em flagrante, caso em que o infrator é surpreendido e detido por qualquer pessoa do povo, bem como por autoridade policial ou por seus agentes, conforme previsão dos artigos 301 e 307 do Código de Processo Penal. (FONSECA, 2012, p. 330)

Na hipótese de apreensão em flagrante de ato infracional, o adolescente é encaminhado à autoridade policial competente, que lavrará o auto, comunicando devidamente a autoridade judiciária e a família do apreendido. É também imprescindível que a autoridade policial providencie defensor ao adolescente, para que este possa acompanhar o flagrante. Depois de cumpridas as diligências necessárias, a autoridade policial encaminhará todos os documentos juntamente com o adolescente e seus responsáveis ao agente ministerial, para que o menor possa ser ouvido, a fim de que se apure o ocorrido. Ressalva-se que a supressão da oitiva não acarreta qualquer prejuízo ao agente, tendo em vista a possibilidade de pedido de arquivamento ou representação com a concessão de remissão judicial. (FONSECA, 2012, p. 330)

Quando houver a participação de pessoa maior da idade na prática do ato, lavra-se procedimento conhecido como “auto de prisão em flagrante e de apreensão”.

Caso o ato cometido não seja grave, ou seja, sem repercussão social ou sem danos e ameaça à pessoa ou ao patrimônio, impõe-se a imediata liberação do infrator pela própria autoridade policial, desde que o entregue a seus pais ou responsáveis sob o

compromisso de comparecimento ao órgão ministerial. Assim, o auto de apreensão poderá ser substituído por boletim circunstanciado, desde que colhidas as assinaturas dos envolvidos e de testemunhas, pois posteriormente será encaminhado ao Ministério Público. Após o envio de toda a documentação necessária, de ponderação sobre os fatos e oitiva do menor, o agente ministerial poderá promover o arquivamento ou representação ao Juiz competente. (FONSECA, 2012, p. 330-331)

Contudo, se o ato for considerado grave, ou seja, se possuir grande repercussão social ou se for praticado com violência, grave ameaça à pessoa, com utilização de armas etc, a autoridade policial deverá apreender o jovem infrator e lavrar o referido auto, encaminhando-o juntamente com seus pais ou responsáveis ao órgão ministerial. Na impossibilidade de fazê-lo, deverá encaminhar o menor a uma entidade de atendimento, que deverá apresentá-lo ao Ministério Público no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. Após, o agente ministerial tomará, informalmente, a oitiva do agente infrator para consequentemente poder providenciar as medidas cabíveis. Ressalva-se que esta oitiva não é uma condição de procedibilidade da ação socieducativa. (FONSECA, 2012, p. 331)

No mais, quando o adolescente for internado provisoriamente, deverá ser observado o prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias da medida, devendo existir ordem devidamente fundamentada e baseada em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrando-se, inclusive, a necessidade de aplicação da medida pelo Juiz.

Em breves termos, possuindo a posse do auto de apreensão, do boletim de ocorrência ou do próprio relatório da autoridade policial, o Promotor de Justiça poderá: a) ouvir o adolescente, bem como os pais e até eventuais testemunhas do fato, liberando o jovem aos pais ou responsáveis, podendo, posteriormente, requerer o arquivamento se o ato for atípico e não ilícito; b) conceder a remissão cumulando ou não com outra medida não privativa de liberdade ou; c) representar à autoridade judiciária para a aplicação de medida socioeducativa, ou outra específica aos pais, podendo pleitear a internação provisória do adolescente, quando o caso. (FONSECA, 2012, p. 331).

Na hipótese de homologação do pedido de arquivamento pelo Magistrado, os autos serão enviados para o arquivo. Contudo, caso o Juiz não entenda ser o caso de arquivamento, encaminhará o feito ao Procurador-Geral de Justiça, para que sejam tomadas as medidas cabíveis. Insta frisar que com o surgimento de novas provas, os autos arquivados podem ser reativados ou reinstaurados.

2.1.9 Representação, defesa e instrução do ato infracional

Depois de recebida pelo Magistrado, a representação inaugura a fase judicial da ação socioeducativa. A ação possui natureza pública e incondicionada, sendo o Ministério Público o único titular para figurar o polo ativo da demanda.

A representação possui forte semelhança com a denúncia no âmbito do Direito Penal, pois narra os fatos praticados pelo infrator com todas as circunstâncias, apresenta rol de testemunhas e postula a instauração da ação socioeducativa, para a consequente aplicação das medidas cabíveis previstas no ECA.

Acerca do lapso temporal para o oferecimento da representação, há quem entenda que se aplicam os prazos previstos no artigo 46 do Código de Processo Penal, tendo em vista a semelhança que possui com a denúncia, ou seja, de 5 (cinco) dias para o adolescente internado e de 15 (quinze) dias para o adolescente solto. Entretanto, outros entendem que o fator tempo é fundamental para seres em pleno desenvolvimento, assim, o prazo deve ser de no máximo 5 (cinco) dias, fazendo referência aos Princípios da Brevidade e Celeridade. Esta corrente só entende ser cabível extensão de prazo em casos específicos, ou seja, de no máximo 15 (quinze) dias.

Recebendo ou não a representação, o Magistrado poderá analisar o pedido do Ministério Público acerca da possibilidade de internação provisória do adolescente. Após, é designada data para apresentação do adolescente menor, a fim de que seja interrogado, com possibilidade de oitiva de seus pais ou responsáveis na mesma

ocasião. Depois de ouvidos, poderá ser concedida ou não a remissão suspensiva ou extintiva do feito pelo Juiz.

O menor deve ser sempre acompanhado de seus pais ou responsáveis, bem como por defensor, sob pena de nulidade insanável.

Relativamente à defesa do menor, este é assegurado expressamente nos direitos individuais da criança e do adolescente, bem como nas garantias processuais, conforme previsão dos artigos 110 e 111 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Frisa-se que os primeiros defensores do infrator são seus pais ou responsáveis, vez que o acompanham em todo o procedimento socioeducativo e providenciam o defensor. (FONSECA, 2012, p. 334)

Já em relação à instrução do ato infracional, esta ocorrerá nas hipóteses em que não houver o arquivamento do auto de apreensão e remissão do feito socioeducativo.

Dessa forma, depois de ouvido o menor e seus pais ou responsáveis, haverá a designação de data para audiência de instrução do processo. É necessário observar que na ação socioeducativa, assim como no processo criminal, também existe a defesa preliminar do menor, que é ofertada por meio de seu advogado ou Defensor Público. Também é assegurado o direito de Justiça Gratuita.

Na audiência de instrução são ouvidas as partes e as testemunhas arroladas, assim como cumpridas todas as diligências necessárias e indispensáveis. Após a apresentação de memoriais finais, o Juiz proferirá a sentença com aplicação de medidas. Porém, a sentença não aplicará qualquer medida ao adolescente se: a) estar provada a inexistência do fato; b) não haver prova da existência do fato; c) não constituir o fato ato infracional e; d) não existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional. Se verificada alguma destas hipóteses e estando o adolescente internado, este será colocado imediatamente em liberdade. (FONSECA, 2012, p. 335)

O procedimento socioeducativo possui natureza sigilosa, não podendo ser divulgado total ou parcialmente, sob pena de infração administrativa.

2.2 MEDIDAS SOCIEDUCATIVAS

Após uma breve análise acerca da teoria do ato infracional e de algumas de suas vertentes, é necessária a menção e especificação das medidas socioeducativas constantes no rol taxativo do artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A implantação das medidas socioeducativas nasceu com a promulgação do ECA, em 1990, ocasião em que os menores passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direitos. É por essa razão que as medidas se revestem de caráter protetivo e repressivo, vez que visam proteger e repreender o menor quando na prática de ato infracional.

Destaca-se que às crianças, ou seja, aos menores de 12 (doze) anos, aplicam-se as medidas de proteção, ao passo que para os jovens maiores de 12 (doze) e menores de 18 (dezoito), aplicam-se as medidas socioeducativas.

Relativamente às medidas socioeducativas, estas podem ser divididas em: a) medidas não privativas de liberdade ou em meio aberto (advertência, reparação do dano, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida) e; b) medidas privativas de liberdade ou em regime fechado (semiliberdade e internação). (FONSECA, 2012, p. 338)

Dessa forma, é a disposição do artigo 112 do ECA:

> “Art. 112 – Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:
>
> I – advertência;
>
> II – obrigação de reparar o dano;
>
> III – prestação de serviços à comunidade;
>
> IV – liberdade assistida;
>
> V – inserção em regime de semiliberdade;

> VI – internação em estabelecimento educacional;
>
> VII – qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.
>
> § 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.
>
> § 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.
>
> § 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições."

Assim, após breves comentários gerais acerca das medidas socieducativas, torna-se imprescindível seu estudo individualizado.

2.2.1 Advertência

A advertência é considerada a mais branda de todas as medidas não privativas de liberdade. Refere-se a uma "fala" do Juiz em audiência admonitória, na qual o defensor, o Ministério Público e os pais ou responsáveis devem estar presentes. Esta audiência consiste em ser uma conversa com teor de censura, repreensão e atenção à responsabilidade pelo ato praticado. É reduzida a termo e assinada por todos os presentes, sendo bem semelhante a uma audiência criminal.

Segundo Fonseca (2012, p. 340):

> É uma admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada (art. 115, ECA) pelos presentes à audiência admonitória, sendo 'a leitura do ato cometido e o comprometimento de que a situação não se repetirá'. Por meio dela, alerta-se o adolescente das consequências que poderão ocorrer se novamente praticar atos infracionais. É um aviso para que a conduta do adolescente se modifique, salientando-se equivocada.

Apesar de a medida ser considerada simples, constará no registro de antecedentes do adolescente menor e poderá ser significativa para escolha de medida socioeducativa na hipótese da prática de novo ato infracional.

Costuma ser recomendada para aqueles jovens que ainda não possuem maus antecedentes e para fatos “leves”, seja quanto à sua natureza ou consequência.

Para a aplicação da medida, é necessário que haja prova acerca da materialidade e indícios suficientes de autoria. Mesmo em casos de coautoria, a medida é individualizada face à sua seriedade.

A advertência pode ser passível de apelação, que deve ser interposta no prazo de 10 (dez) dias, sem necessidade de recolhimento de custas para tanto.

2.2.2 Reparação do Dano

Como o ato infracional muito se assemelha com o crime, também pode acabar por gerar alguns danos com a sua prática. Assim, se com a prática do ato foi acarretado algum prejuízo à vítima ou ao ofendido, deve haver uma compensação ou espécie de indenização àquela que o sofreu, seja pelo ressarcimento em dinheiro ou por outro tipo de obrigação que compense o prejuízo gerado.

Destarte, a medida possui por finalidade suscitar no adolescente o desenvolvimento do senso de responsabilidade por aquilo que não lhe pertence.

A respeito, é a disposição do ECA, em seu artigo 116:

> “Art. 116 - Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima.
>
> Parágrafo único. Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada”.

Em caso de falta de condições financeiras para o cumprimento da medida, o Magistrado poderá substituí-la, mas de forma com que o adolescente ainda sinta a responsabilidade pelo ato praticado. Contudo, deve haver uma correlação entre a pretensão de reparar e a medida substitutiva. Esta substituição da medida não obsta que a vítima ou o ofendido busque sua compensação ou reparação na esfera cível. (FONSECA, 2012, p. 342-343)

Ressalva-se que é perfeitamente possível a cumulação desta medida à outra, podendo ser a prestação de serviços à comunidade ou até mesmo a liberdade assistida.

Para a aplicação desta medida, é necessário que haja provas suficientes de autoria e materialidade do dano. Consequentemente, simples indícios ou suspeitas não bastam para a obrigação de reparar. (FONSECA, 2012, p. 343)

2.2.3 Prestação de Serviços à Comunidade

Também conhecida pela sigla “PSC”, esta medida possui caráter pedagógico, vez que consiste na realização de tarefas gratuitas, seja junto a hospitais, escolas, asilos ou até mesmo orfanatos.

Possui a finalidade de conscientizar o menor acerca da ilicitude e da reprovação de sua conduta, bem como demonstrar a importância da integração à comunidade e o respeito ao convívio social.

A medida deve considerar a capacidade de cumprimento do menor e não deve gerar, sob hipótese alguma, situação vexatória ou humilhante ao infrator.

Assim dispõe o artigo 117 do Estatuto acerca da medida:

> "Art. 117 – A prestação de serviços comunitários consiste na realização de rarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a 6 (seis) meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.
>
> Parágrafo único. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de 8 (oito) horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho."

Esta medida só poderá ser imposta quando existir provas suficientes de autoria e materialidade. Exige-se a formação de um processo de execução, em outras palavras, o devido processo legal.

Há certa divergência entre os doutrinadores acerca da necessidade de concordância do menor acerca da imposição desta medida, pois alguns acreditam que a prestação de serviços pode ser considerada uma forma de trabalho forçado. Contudo, outros afirmam que por se tratar de uma medida socioeducativa não há a necessidade de aceitação do menor.

2.2.4 Liberdade Assistida

Conforme doutrina Konzen (2005, p. 49):

> Dentre as medidas em aberto, a liberdade assistida é aquela que exige maior estrutura e aparato das entidades de atendimento, pois o adolescente deve ser acompanhado por orientadores e assistido pela sua família. Se o jovem descumpre as condições impostas na sentença ou mesmo as recomendações do orientador, corre o risco de ver substituída a liberdade assistida até pela internação.

Em outros dizeres, para o cumprimento desta medida é necessário haver um acompanhamento a partir do conhecimento da realidade do menor, o que acaba por dificultar sua efetividade. (FONSECA, 2012, p. 345)

É a disposição legal acerca da medida, conforme artigo 118 do ECA:

> "Art. 118 – A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.
>
> § 1º A autoridade designará pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa de atendimento.
>
> § 2º A liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de 6 (seis) meses, podendo a qualquer momento ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor."

A medida funciona como um meio termo entre a advertência e a privação de liberdade, tendo em vista que é imposta determinada obrigação à sua execução, sem perder-se a liberdade. Neste caso, há o acompanhado dos pais ou responsáveis, além de um controlador social ou equipe de orientadores sociais.

Seu objetivo é interferir na realidade familiar e social do adolescente, de forma com que se resgate seus valores.

A liberdade assistida só poderá ser imposta mediante provas suficientes de autoria e da materialidade. Exige-se a formação de um processo de execução autônomo. Seu devido cumprimento resulta na extinção do procedimento, ao passo que seu descumprimento poderá acarretar prorrogação ou substituição para outra medida.

2.2.5 Semiliberdade

Conforme Sposato (2006, p. 127), "é a modalidade de medida privativa de liberdade com possibilidade de realização de atividades externas".

Assim, em equiparação à internação, é a medida aplicável àqueles que não possuem amparo familiar. Nesta medida também exige-se a formação de um processo de execução autônomo.

Na semiliberdade o adolescente fica internado à noite e realiza atividades externas durante o dia, podendo ser em meio à escola ou até mesmo curso de profissionalização. Possui semelhança com o regime prisional semiaberto. (FONSECA, 2012, p. 347)

A lei não fixa um prazo determinado de duração da medida, mas esta não poderá ultrapassar o limite máximo de 3 (três) anos.

É a previsão do artigo 120 do Estatuto:

> "Art. 120 – O regime de semiliberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.
>
> § 1º É obrigatória a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade.
>
> § 2º A medida não comporta prazo determinado, aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação".

Dessa forma, conforme a previsão do *caput* do artigo, a medida pode surgir de duas formas: a) na sentença e; b) como forma de transição para o meio aberto, ou seja, na hipótese de o adolescente estar internado e, em face de seu bom comportamento e das recomendações da equipe interdisciplinar, o julgador determina a "liberdade controlada" do adolescente. (FONSECA, 2012, p. 348)

Contudo, não é uma medida muito aplicável, vez que não consegue corresponder às expectativas do Poder Judiciário.

A semiliberdade só é aplicável quando existirem provas suficientes de autoria e de materialidade do ato infracional.

2.2.6 Internação

É a disposição acerca da medida no ECA:

> “Art. 121 – A internação constitui medida privativa de liberdade, sujeita aos princípios da brevidade, excepcionalidade, e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.
>
> § 1º Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário.
>
> § 2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada 6 (seis) meses.
>
> § 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a 3 (três) anos.
>
> § 4º Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida.
>
> § 5º A liberação será compulsória aos 21 (vinte e um) anos de idade.
>
> Art. 122 – A medida de internação só poderá ser aplicada quando:
>
> I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;
>
> II – por reiteração no cumprimento de outras infrações graves;
>
> III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.
>
> § 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três) meses.
>
> § 2º Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.
>
> Art. 123 – A internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração.
>
> Parágrafo único. Durante o período de internação, inclusive provisória, serão obrigatórias atividades pedagógicas.”

Conforme denota-se da previsão legal, a internação é a medida mais grave de todas as outras, podendo ser: a) provisória, com duração máxima de 45 (quarenta e cinco) dias; b) definitiva, advinda de sentença em procedimento socioeducativo, pelo prazo máximo de 3 (três) anos ou; c) de “internação sanção”, surgida em ocasião de descumprimento de execução de medida anterior. (FONSECA, 2012, p. 348)

A internação deve ser aplicada como *ultima ratio*, tendo em vista ser destinada a fatos graves e ser danosa em relação à pessoa em desenvolvimento. Como pressupõe a restrição da liberdade, deve ser cumprida em estabelecimento apropriado, possuindo prazo mínimo de seis meses e máximo de três anos. Ressalva-se que nesta medida o menor infrator é submetido a avaliações periódicas interdisciplinares ou multiprofissionais.

A medida ainda deve observar o Princípio da Excepcionalidade, pois somente deve ser aplicada em casos excepcionais, ou seja, nos quais os limites familiares ou institucionais não são suficientes para manter o adolescente em comportamento socialmente adequado, vez que apresenta risco para si ou para sua comunidade. Inclusive é a disposição do artigo 122, parágrafo 2º, do Estatuto: “Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada”. (FONSECA, 2012, p. 2012)

Ressalva-se que parte dos doutrinadores entende que a medida de internação só poderá ser aplicável nas medidas expressamente previstas no artigo 122 do Estatuto. Contudo, outros entendem ser possível a aplicação da medida em outros casos, não especificados em lei, onde há a necessidade de internação do menor adolescente.

O menor infrator poderá ou não receber benefícios durante seu cumprimento. Mas ao completar 21 (vinte e um anos) a desinternação será obrigatória, ou seja, compulsória.

A medida só poderá ser aplicada quando imposta por provas suficientes de autoria e materialidade do ato infracional.

A sentença que impõe a medida é passível de recurso de apelação, no prazo de 10 dias. Já a decisão que impõe a medida em decorrência do descumprimento de outra

e de internação provisória, é passível de agravo de instrumento pelo mesmo prazo de 10 dias.

Destaca-se que o prazo da internação provisória é contado a partir da apreensão do menor e deve ser computado para fins de cumprimento de medida definitiva.

3. A DISCUSSÃO ACERCA DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL

Após uma breve síntese da evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente, bem como um estudo aprofundado acerca do ato infracional e das medidas socioeducativas, é a ocasião para adentrar-se ao mérito da presente pesquisa, apresentando a origem do ideal da redução da maioridade penal e os principais posicionamentos acerca do acalorado tema que ronda a atualidade.

3.1 PEC 33/2012 E O IDEAL DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Primeiramente, insta salientar que a inimputabilidade penal é fixada, por norma constitucional, aos menores de 18 (dezoito) anos, que respondem pela prática de ato infracional e são submetidos a regramento específico, ou seja, pelo viés do ECA.

Assim, ao fixar a maioridade penal aos 18 anos, o legislador deixou clara sua opção por um critério biológico, definindo-o como marco divisório para a capacidade de discernimento e, portanto, de responsabilização, o qual estabeleceu, inclusive, que aqueles sujeitos que se encontrarem abaixo de tal faixa etária não serão penalmente responsáveis por suas condutas que cheguem a violar o ordenamento jurídico penal. (REBELO, 2010, p. 75)

Assim é a disposição do artigo 228 da Carta Magna:

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

Partindo deste ponto, deve-se compreender que o conteúdo desta norma vem sendo fortemente atacado por membros do Poder Legislativo em meio a Projetos de Emenda Constitucional ao longo dos anos.

Contudo, antes de se analisar o conteúdo e o objetivo da PEC 33/2012, a qual é o maior interesse do presente trabalho, faz-se necessária uma breve síntese sobre o referido instituto constitucional.

De forma simplificada, Projeto de Emenda Constitucional, também conhecido como PEC, têm como escopo emendar, reformar, alterar ou rever a norma constitucional. Quando proposta necessita de aprovação mediante o Poder Legislativo, conforme disposto no artigo 60, § 2º e 3º, da Constituição Federal.

Acerca da PEC (Projeto de Emenda Constitucional), tem-se a previsão constitucional:

> 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 Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros."

Assim, ao longo dos anos, podendo-se dizer de 1995 até os dias atuais, muitas PECS foram propostas com o intuito de modificar o artigo 228 da Constituição Federal para se reduzir a idade da imputabilidade penal para os 16 anos.

Especificamente no tocante à PEC 33/2012, a qual encontra-se anexa ao fim deste trabalho, possuía como principal objetivo alterar a redação dos artigos 129 e 228 da CF, acrescentando-se um parágrafo único para prever a possibilidade de desconsideração da inimputabilidade penal de maiores de dezesseis anos e

menores de dezoito anos por lei complementar. Tinha o intuito de que a norma legal passasse a ser:

> “Artigo 228 – .....
>
> Parágrafo único – Lei complementar estabelecerá os casos em que o Ministério Público poderá propor, nos procedimentos para a apuração de ato infracional praticado por menor de dezoito e maior de dezesseis anos, incidente de desconsideração da sua inimputabilidade, observando-se:
>
> I – Propositura pelo Ministério Público especializado em questões de infância e adolescência;
>
> II – julgamento originário por órgão do judiciário especializado em causas relativas à infância e adolescência, com preferência sobre todos os demais processos, em todas as instâncias;
>
> III – cabimento apenas na prática dos crimes previstos no inciso XLIII, do art. 5º desta Constituição, e múltipla reincidência na prática de lesão corporal grave e roubo qualificado;
>
> IV – capacidade do agente de compreender o caráter criminoso de sua conduta, levando em conta seu histórico familiar, social, cultural e econômico, bem como de seus antecedentes infracionais, atestado em laudo técnico, assegurada a ampla defesa técnica por advogado e o contraditório;
>
> V – efeito suspensivo da prescrição até o trânsito em julgado do incidente de desconsideração da inimputabilidade;
>
> VI – cumprimento de pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos;”

A fundamentação utilizada ia desde a prática reiterada de infrações penais por adolescentes até a então ineficácia do atual Estatuto da Criança e do Adolescente.

Contudo, todas as PECS que possuíam essa finalidade encontraram impedimento para serem aprovadas, principalmente pelo fato de que o artigo 228 da Constituição Federal possui texto considerado como cláusula pétrea, portanto, imodificável.

Nesta mesma linha de raciocínio, Rebelo afirma que (2010, p. 79):

> O termo “cláusula pétrea” constitui uma limitação material ao poder de reforma por parte do Estado no texto constitucional. Erigir um dispositivo à categoria de cláusula pétrea significa tornar difícil sua alteração, somente permitindo que seja feita por meio de reforma constitucional, obstando-se, assim, o mecanismo normal de modificação, qual seja a Emenda Constitucional.

Dessa forma, nos termos do artigo 60, § 4º, da CF, não seriam nem sequer submetidas a deliberação de proposta de emendas tendentes a abolir um direito e uma garantia individual. Assim, ao se reduzir a maioridade penal significaria abolir uma garantia individual do menor. (REBELO, 2010. P. 79)

Mesmo existindo argumentos de que ao reduzir a maioridade penal não estaria se abolindo um direito individual do menor, o atual entendimento é de que tal objetivo é “tendente a abolir” tal direito, sendo assim, inviável.

3.2 PRINCIPAIS POSICIONAMENTOS ACERCA DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

É de conhecimento notório que a redução da maioridade penal possui diversos adeptos a cada um de seus posicionamentos, quais se dividem basicamente em ser contra ou a favor da redução da imputabilidade penal. Dessa forma, torna-se possível, neste momento, destacar principalmente quatro pontos de vistas, sendo eles: a) a manutenção da maioridade penal aos 18 anos, sem alteração da legislação referente à punição dos jovens; b) manutenção da maioridade no patamar de 18 anos, ampliando-se o período máximo de internação, que atualmente é de três anos; c) redução da maioridade penal para 16 anos; e d) redução da maioridade penal para 14 anos.

A partir deste momento, os pontos de vistas serão analisados de forma clara, objetiva e individualmente, salvo no último caso em que serão analisadas conjuntamente. Frisa-se que as duas primeiras vertentes fazem referência àqueles que se posicionam contrariamente à redução, ao passo que os dois últimos

posicionamentos abarcam os ideais dos defensores da redução da imputabilidade penal.

3.2.1 Manutenção da maioridade penal aos 18 anos

Os defensores deste ponto de vista e posicionamento possuem como principal argumento a imaturidade referente ao menor de 18 anos de idade, uma vez que seus valores, caráter e personalidades ainda estão em pleno desenvolvimento. Assim, justamente por estes menores encontrarem-se nessa fase de crescimento tão delicada, entende-se que a melhor saída para aqueles que ocasionalmente se deturpem sejam correções que objetivem devolver o adolescente ao convívio social, passando longe da segregação que é imposta aos maiores de 18 anos.

Outro forte argumento utilizado é o fato de que a redução não acarretaria uma diminuição da criminalidade, tendo em vista que a violência existente possui estrita relação com os problemas sociais constantes no país, incluindo-se neste aspecto a desigualdade social.

Ressalva-se também que o encarceramento do adolescente infrator até poderia implicar em uma curta satisfação da sociedade, contudo, tal atitude se mostraria ineficaz com o decorrer do tempo justamente pelo fato de que o atual encarceramento de adultos não corresponde às expectativas almejadas pelo próprio governo e sociedade, visto as condições em muitas vezes desumanas e degradantes em que os aprisionados são submetidos, sem contar a superpopulação existente nos presídios. Neste aspecto, a redução se confrontaria com o princípio constitucional da Dignidade da Vida Humana.

Conforme afirmou Moreno (2007):

> A sociedade precisa saber que o foco não pode ser apenas no aumento da punição, pois paralela à punição é preciso haver educação, e paralela à educação é necessário investir na ressocialização para que apenados sejam inseridos na sociedade. [...] Não devemos discutir pena maior ou menor em cima de notícias de jornais. Temos que discutir em cima de estatísticas e os crimes violentos praticados por menores não chegam a 0,2% do total.

Nesta mesma linha de raciocínio, os defensores destacam o estigma de ex-presidiário que o menor possuiria caso fosse condenado e submetido à privação de sua liberdade, pois é de conhecimento geral que são enraizados os preconceitos e dificuldades por quais passam um sujeito que já cumpriu pena em reclusão.

Para Gomes (2003):

> Se os presídios são reconhecidamente faculdades do crime, a colocação dos adolescentes neles só teria um significado: iríamos mais cedo prepará-los para integrarem o crime organizado.

Assim também esposava Mirabete acerca da redução da maioridade penal (2007, p. 215) “representaria um retrocesso na política penal e penitenciária brasileira e criaria a promiscuidade dos jovens com delinquentes contumazes”.

Toledo assim afirma (1994, p. 322):

> Note-se que não vemos razão para permitir que convicções expostas sejam abaladas pelo fenômeno da criminalidade violenta que, em nossos dias, assume proporções inquietantes, com participação casa vez mais crescente do menor delinquente. Isso confirma, aliás, o que vimos sustentando. Se a sociedade moderna, bastante influenciada por economistas de pouca visão, não é capaz de empenhar-se verdadeiramente no amparo e na educação do menor carente ou abandonado, por não ser um “investimento” com retornos e lucros garantidos, não é de se espantar que milhares de pequenos seres, dentre os que perambulam pelos centros urbanos, agredidos pela nossa indiferença e humilhados pelas esmolas insuficientes que lhes damos de má vontade, desenvolvam sua grande potencialidade mediante um aprendizado negativo, até serem recrutados pelos profissionais do crime. É um fato lamentável, mas que lhes assegurará, de

> qualquer modo, uma forma de sobrevivência, como adultos marginalizados, agressivos e inimigos de uma sociedade que sempre lhes foi extremamente hostil, apesar de não terem tido a mínima parcela de participação na circunstância de um dia nela terem surgido, pela fatalidade do nascimento.

Destaca-se que o entendimento que culminou em parte da reforma do Código Penal de 1984, pela Lei n. 7.209, se afeiçoava no ideal de que o menor de 18 anos era realmente inimputável.

Deve-se também ressalvar que o ECA, como legislação específica, possui a principal finalidade de promover a prevenção e proteção à criança e ao adolescente. E além do mais, é sabido que o Estatuto já possui medidas que podem ser consideradas pesadas para um sujeito ainda em pleno desenvolvimento.

Apesar da afirmação, pelos defensores da redução, de que muitos países fixam a maioridade em 16 ou 14 anos, há outros países que fixam o limite em até 21 anos de idade, como a Suécia.

Além do mais, pesquisas feitas demonstram que a grande maioria dos delitos são praticados por maiores de 18 anos de idade.

Nesta mesma linha de cognição afirma Rebelo (2010, p. 65):

> Em recente levantamento nacional, o Ministério da Justiça e o IPEA mapearam a situação do atendimento dos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas em privação de liberdade, e encontraram 9.555 jovens internados em 190 instituições disponíveis, para esse fim, no país. No Brasil, para cada grupo de dez mil adolescentes, existem apenas três (2,88%) jovens privados de liberdade. A proporção de adolescentes infratores no Estado do Paraná é de 1,9% em relação à população de adultos; essa média é inferior à média nacional, que é de 2,88%.

Outro fundamento que merece atenção é de que o menor de 18 anos possui maiores condições de se reeducar, de se ressocializar e de se reestruturar do que um adulto, maior de 18 anos. Ao se pesar a redução da imputabilidade, deve-se considerar o futuro que aguarda esse adolescente infrator, pois querendo em

assumir ou não, os jovens, mesmo na qualidade de menores infratores, são o futuro de amanhã.

Estes doutrinadores também sustentam que não há o que se falar em ferimento ao princípio da Isonomia ao se proteger o menor, visto que este possui dois critérios, material e formal, justamente por estabelecer condições diferenciadas para os que os mais desiguais e hipossuficientes possam ser menos pormenorizados.

Outro aspecto defendido é de que os menores são facilmente aliciados para práticas delituosas pelos maiores que o desejam, e com a redução, simplesmente reduzir-se-ia a faixa etária do aliciamento, passando a recrutar menores cada vez mais jovens. (REBELO, 2010, p. 57)

Além do que, deve-se em grande parte ao sistema midiático sensacionalista a percepção de crescimento exorbitante nas práticas infracionais, bem como de impunidade.

Para Rebelo (2010, p. 61):

> O sistema vigente responsabiliza o adolescente autor de ato infracional prevendo diversas medidas capazes de assegurar sua ressocialização. O que está em jogo é garantir a boa qualidade na execução dessas medidas, afinal, o sistema jurídico direcionado aos jovens deve sempre visar a efeitos pedagógicos e garantir que eles não tornem a delinquir, não fazendo sentido a punição pela punição. Dessa forma, se a análise for feita no sentido de se saber o que o legislador objetiva com a mudança na lei, chega-se à conclusão de que de nada adiantará reduzir a idade de imputação para 16 anos ou para qualquer idade.

Insta salientar que apesar de todos os argumentos de cunho sociológico existentes, a redução encontra forte impedimento jurídico, vez que a imputabilidade penal é protegida sob o viés da imutabilidade constitucional, ou seja, em outros dizeres, a redução seria claramente inconstitucional.

Por fim, a visão predominante estaciona-se no fato de que a imputação penal aos menores de 18 anos só poderia vir a ser um benefício para a sociedade se o sistema

prisional do país possuísse condições que pudessem suportar o contingente de detentos. Assim, enquanto não houver a conscientização de que o atual sistema carcerário encontra-se falido, a redução do patamar etário como alternativa para minimizar os delitos praticados por menores, invés de gerar efeitos positivos, propiciaria mais uma vez a ineficiência ao enfretamento da problemática do menor infrator. (REBELO, 2010, p. 55)

3.2.2 Manutenção da maioridade penal aos 18 anos com aumento do período de internação para os infratores

Conforme estabelece o artigo 112, § 3º, do ECA, o período máximo de internação para os menores infratores em estabelecimentos correcionais é de três anos. É a partir dessa fixação que existem entendimentos de que a solução não estaria na redução da maioridade em si, mas sim na extensão desse período máximo de internação do adolescente infrator. Contudo, essa ampliação estaria longe de ser equiparada ao máximo das penas existentes nos artigos do Código Penal. (REBELO, 2010, p. 69)

Frisa-se que existem projetos de lei e emendas propostas junto a Câmara dos Deputados com o escopo de se alterar o Estatuto no tocante à extensão e ampliação do período máximo de internação do menor infrator.

O objetivo também encontra-se embasado na majoração das sanções existentes para as já conhecidas medidas socioeducativas, passando o prazo máximo de três anos a ser o mínimo para atos infracionais graves, além de uma maior majoração para atos infracionais equiparados a crimes hediondos.

Segundo entendimento de Costa (2009, p.1234):

> Acredito que, para uma reforma legislativa, seria prudente questionar que os adolescentes na faixa de 16 a 18 anos, que se possa presumir discernimento, que tivessem cometido injustos hediondos ou a eles equiparados, submetidos a exame criminológico, poderiam ter um regime de internação máximo até 10 (dez) anos, em unidades especiais para jovens infratores. Sendo tal internação a título de medidas sócio-educativas de caráter excepcional sob a jurisdição de juízes da infância e da juventude.

Para este posicionamento, chega a ser unânime a visão de que os menores não devem ficar impunes, muito menos serem submetidos às mesmas penas em que incorrem os maiores de 18 anos, devendo ser encontrada nada mais do que uma solução intermediária para a atual questão. (REBELO, 2010, p. 70)

No mais, os defensores desta corrente entendem que seria a solução com maior facilidade de aprovação junto ao Poder Legislativo, visto que não viola ou vai ao encontro da previsão constitucional.

3.2.3 Redução da maioridade penal

Neste momento, serão demonstrados os principais argumentos daqueles que defendem a redução da imputabilidade penal de 18 para 16 e até mesmo 14 anos de idade.

Logo de início, é necessário destacar que um dos principais argumentos dos defensores desta posição é de que uma vez que o Código Penal é referente ao ano de 1940, estaria ultrapassado em relação à mentalidade, no sentido de maturidade dos jovens dos dias atuais, haja vista o amadurecimento precoce de crianças e adolescentes no mundo globalizado.

O posicionamento também encontra reforço nas constantes pesquisas realizadas junto à população acerca da redução, vez que a maioria entende que seria a possibilidade mais viável para a solução da reiterada incidência de prática de ilícitos por menores no país.

Outro ponto que merece destaque é de que se o menor já possui o direito de votar aos 16 anos, e com isso escolher seus representantes para mudar o rumo do país, também poderia responder pela prática de seus ilícitos na mesma medida em que os maiores de 18 anos.

Aqui também abarca-se o raciocínio acerca da impunidade, visto para que este posicionamento a possibilidade de não responsabilização para alguns delitos significaria diretamente gerar certo estímulo ao cometimento de novos e mais graves delitos, uma vez que nada de mais ocorreria aos menores, pois nem sequer teriam seus nomes registrados em antecedentes criminais.

Acerca da preferência da redução de 16 e 14 anos, tem-se que a maioria dos doutrinadores defensores desta tese objetivam a redução especificamente para o menor de 16 anos de idade.

Contudo, dimana-se que esses defensores radicais da redução se embasam em esparsos argumentos e discursos de vítimas destes menores, que simplesmente possuem a ânsia de segregação dos que incomodaram sua tranquilidade, ou seja, não possuindo argumentos teóricos e embasadores de um real ideal. (REBELO, 2010, p. 72)

A tese reducionista para 16 anos teve seus primeiros adeptos em meados de 1969, com a elaboração do Decreto-Lei nº 1.004/69, que tinha por objetivo substituir o então Código Penal de 1940. O Decreto era principalmente marcado pelo fato de que deveria ser feita uma avaliação no agente menor para que se concluísse a existência ou não de discernimento acerca do ato ilícito praticado. Contudo, apesar de todos os esforços empregados, o Decreto não chegou a entrar em vigor. (REBELO, 2010, p. 73)

Para Capez (2001):

> O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é um afronto jurídico, e principalmente, um atentado à justiça social. Tal Estatuto incentiva a criminalidade através da impunidade dos criminosos menores de idade, já

> que o ECA tem o despudor de proibir a divulgação de seus nomes, e que suas fotos ao podem ser estampadas mediante uma tarja de proteção.

Assim, doutrinadores ainda afirmam que a periculosidade dos delitos praticados por adolescentes é a mesma praticada pelos adultos, o que mais uma vez reafirma a necessidade da redução.

Comparam, ainda, o atual Código Penal de 1940 em relação à de outros países, intitulando-o como extemporâneo e arcaico, vez que em outros países como Cuba, Chile, Bolívia, Rússia e China a fixação da menoridade encontra-se no patamar dos 16 aos 14 anos de idade.

3.3 ATUAL POSICIONAMENTO DO PODER LEGISLATIVO ACERCA DA PEC 33/2012

Como já anteriormente mencionado, são diversas as PECS que foram propostas com o intuito de viabilizar a alteração do então artigo 228 da Constituição Federal para que houvesse a redução da imputabilidade penal.

Contudo, a última PEC proposta com este dado objetivo e que já possui um parecer definitivo e atual do Poder Legislativo é a PEC 33/2012, a qual encontra-se anexa, para consulta, no final deste trabalho.

Assim, em 19 de fevereiro deste ano, foi emitido o parecer do Senado Federal acerca do Projeto de Emenda Constitucional de nº. 33 do ano de 2012.

O voto que não deu provimento ao Projeto embasou sua fundamentação na falta de argumentação e inconstitucionalidade da PEC, vez que viola preceitos constitucionais, inclusive o disposto no artigo 60, § 4º, inciso IV, da própria Constituição Federal, bem como o direito fundamental de liberdade destes menores que são sujeitos em pleno desenvolvimento, pois inclusive ferir-se-ia o Princípio constitucional da Proporcionalidade.

Ainda na fundamentação, foi afirmado que alterar o texto constitucional sobre a maioridade penal seria uma afronta direta ao núcleo essencial imutável da Constituição Federal.

O voto em separado e parecer vencedor encontram-se anexados ao presente trabalho a título de consulta e consequente embasamento da presente pesquisa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após um estudo breve acerca dos pontos mais relevantes da evolução do direito menorista no primeiro capítulo, percebe-se que muitas foram as variações legislativas até poder se chegar ao que existe hoje, seja regredindo ou evoluindo acerca da busca de melhores soluções para o tratamento dos jovens infratores. Foi possível extrair que a atual legislação tornou-se e é a representação de um grande avanço dado pelo país sobre um assunto sensível, mas ao mesmo tempo de extrema importância: a criança e o adolescente.

Já especificamente ao segundo capítulo, que tratou do ato infracional e das medidas socioeducativas, permitiu-se disponibilizar uma visão diferenciada sob o viés do principal objetivo do Estatuto, que é a prevenção e a proteção da criança e do adolescente.

Por todo o exposto e no tocante à polêmica, é possível concluir que apesar dos fartos argumentos que norteiam o ideal da redução da imputabilidade penal para 16 (dezesseis) anos, esta não seria a melhor saída para a problemática atual e sim a solução mais fácil e rápida, contudo ineficaz se vista por um critério de longo lapso temporal.

É preciso que se dê uma maior atenção à tão rica previsão específica que possuímos, sendo necessário apenas que se consiga colocar em prática tudo aquilo que já existe na teoria, pois afinal a criança e o adolescente são seres em pleno desenvolvimento e devem ser vistos como tal, sendo que também são titulares de direitos e garantias individuais.

Deve-se, ainda, frisar que por tratar-se de direito e garantia individual do menor, a redução se esbarra na própria Constituição Federal, ao passo que versa sobre matéria de cláusula pétrea, portanto, impassível de modificação.

Ao cingir-se do simples argumento de que a redução é realmente necessária, desconsidera-se a qualidade do futuro deste menor infrator. Quais as possibilidades futuras de vida de um adolescente que aos 16 anos é encarcerado? Não estaríamos

nós, como sociedade, fazendo simples vista grossa sobre o problema e condenando este ser humano a viver para sempre sob os estigmas do preconceito e vergonha de um passado? O ordenamento brasileiro não corrobora e nem pode corroborar com a ideia de pena perpétua.

Penitenciárias não são sinônimos de ressocialização.

É preciso enxergar que inimputabilidade não é sinônimo de impunidade.

Esses jovens só esperam poder ter a chance de um futuro melhor onde o dinheiro não prevaleça sobre os valores de um caráter, de uma vida.

Além do que, a redução seria um enorme retrocesso de tudo aquilo que foi construído e conquistado ao longo de anos, onde muitos se empenharam para fazer existir o que hoje se tem e é tão desvalorizado pela própria sociedade.

É necessário que se extirpe o senso comum de que a reclusão é e será a melhor penalização para estes menores. É preciso que a sociedade crie uma visão mais humana acerca do modo de tratamento destes menores infratores, vez que não é por um acaso que possuem uma proteção diferenciada, pois são sujeitos em pleno desenvolvimento, conforme disposição da própria Carta Magna, da Constituição Federal.

Não defende-se o ideal de impunidade, muito pelo contrário, mas sim de medidas que estejam embasadas na prevenção e na educação, além de serem correspondentes com a natureza e peculiaridade que possui a criança e o adolescente.

Deve-se criar a necessidade de maiores investimentos na educação, pois é através dela que pode ser construída uma sociedade sem tantas desigualdades sociais.

A educação é e sempre será o princípio de tudo.

Destarte, conclui-se que o jovem deve realmente ser tratado de forma protegida e diferenciada, vez que é hoje a esperança de um mundo melhor amanhã.

Por fim, o presente trabalho toma a posição de ser contra a redução da maioridade penal.

Para reflexão:

Chargista: Arnaldo Angeli Filho

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cessare. **Dos delitos e das penas,** 1ª edição. Tradução de Neury Carvalho Lima, São Paulo: Hunter Books, 2012.

BITENCOURT, Luciane Potter. **Vitimização secundária infanto-juvenil e violência sexual intrafamiliar:** ***Por uma política pública da redução de danos.*** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente,** Brasília, 1990.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal,** 1940.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal,** 1941.

CAPEZ, Fernando. ***Direito Penal, Volume I, Parte Geral,*** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARVALHO, Francisco Pereira Bulhões de. ***Menores e adultos desajustados e em perigo:*** **direito recuperativo e preventivo do menor e do adulto.** Rio de Janeiro, 1974.

COSTA, A. M. da. ***Direito Penal, Parte Geral,*** 8ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente,** 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012.

GOMES, Luiz Flávio. ***Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade.*** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. ***Preservar o ECA, mas com Razoabilidade.*** Folha de São Paulo, 15.11.2003.

HUNGRIA, Nélson. ***Comentários ao Código Penal.*** Rio de Janeiro: Forense, 1955.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência,** 14ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

JESUS, Maurício Neves. **Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral.** Campinas, SP: Servanda Editora, 2006.

KONZEN, Afonso Armando. ***Pertinência socioeducativa*****.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

MIRABETE, Julio Fabrini. ***Manual de Direito Penal:*** **Parte Geral. Art. 1º ao 120 do cap. 24.ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2006.** São Paulo: Atlas, 2007.

MORENO, J. A. **Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil – seção DF na primeira audiência do ciclo de debates sobre a violência urbana realizado pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação participativa (CDH)** em 22 de fevereiro de 2007.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. ***Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada.*** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RIZZINI, Irene. ***A criança no Brasil hoje:*** **desafio para o terceiro milênio.** Rio de Janeiro: Santa Úrsula, 1993.

REBELO, Carlos Eduardo Barreiros. **Maioridade penal e a polêmica acerca de sua redução,** 1ª edição. Belo Horizonte: Ius Editora, 2010.

SANDRINI, Paulo Roberto. ***Medidas sócio-educativas:*** **uma reflexão sobre as implicações educacionais na transgressão à lei.** Florianópolis, 1997. Dissertação de mestrado (Título de mestre) – Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina.

SILVA, Marcelo Gomes. **Menoridade penal uma visão sistêmica.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

SPOSATO, Karyna Batista. ***O direito penal juvenil.*** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TOLEDO, F. de A. ***Princípios Básicos de Direito Penal,*** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VERONESE, Josiane Rose Petry. ***Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente.*** Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

REFERÊNCIA ELETRÔNICA

FEDERAL, Senado. **Projetos e matérias legislativas.** Brasília. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106330>. Acesso em: 06, agosto de 2014.

FILHO, Arnaldo Angeli. **Charge da redução da maioridade penal.** <www.blogdotarso.com>. Acesso em: 06 de agosto de 2014.

ANEXOS

LEGISLAÇÃO CITADA

Título IV
Da Organização dos Poderes
Capítulo IV
Das Funções Essenciais à Justiça
Seção I
Do Ministério Público

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

.....

Título VIII
Da Ordem Social
Capítulo VII
Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso

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

.....

SENADO FEDERAL

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 33, DE 2012

Altera a redação dos arts. 129 e 228 da Constituição Federal, acrescentando um parágrafo único para prever a possibilidade de desconsideração da inimputabilidade penal de maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos por lei complementar.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º - O inciso I, do art. 129 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

> Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público:
>
> I - promover, privativamente, a ação penal pública e o incidente de desconsideração de inimputabilidade penal de menores de dezoito e maiores de dezesseis anos. (NR)

Art. 2º - Acrescente-se um Parágrafo Único ao art. 228 da Constituição Federal com a seguinte redação:

"Art. 228 - .....

Parágrafo Único – Lei complementar estabelecerá os casos em que o Ministério Público poderá propor, nos procedimentos para a apuração de ato infracional praticado por menor de dezoito e maior de dezesseis anos, incidente de desconsideração da sua inimputabilidade, observando-se:

I - Propositura pelo Ministério Público especializado em questões de infância e adolescência;

II - julgamento originário por órgão do judiciário especializado em causas relativas à infância e adolescência, com preferência sobre todos os demais processos, em todas as instâncias;

III - cabimento apenas na prática dos crimes previstos no inciso XLIII, do art. 5º desta Constituição, e múltipla reincidência na prática de lesão corporal grave e roubo qualificado;

IV - capacidade do agente de compreender o caráter criminoso de sua conduta, levando em conta seu histórico familiar, social, cultural e econômico, bem como de seus antecedentes infracionais, atestado em laudo técnico, assegurada a ampla defesa técnica por advogado e o contraditório;

V - efeito suspensivo da prescrição até o trânsito em julgado do incidente de desconsideração da inimputabilidade.

VI - cumprimento de pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos.

Art. 2º - Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O tema da maioridade penal tem sido objeto de ampla discussão na sociedade brasileira. No Congresso Nacional tramitam e tramitaram diversas Propostas de Emenda à Constituição, com diferentes amplitudes. Nenhuma delas prosperou, em função do desvirtuamento do debate, em que as posições se radicalizaram a ponto de impedir qualquer acordo.

No Senado, a proposta que mais avançou, a PEC nº 478, de 2007, que tramitou em conjunto com outras seis PEC´s, com diferentes conteúdos, limites e condições.

A todas estas propostas, foi oferecido substitutivo apresentado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania desta Casa. O Relatório propôs a redução da maioridade penal para os 16 anos, mas condicionou a imputabilidade, dos maiores de 16 e menores de 18 anos, à capacidade dos agentes de entenderem o caráter ilícito do fato, atestada por laudo de peritos nomeados pelo juiz.

A proposta prevê ainda que a pena imposta pudesse ser substituída por medidas sócio-educativas, exceto na prática dos crimes de tortura, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes, além dos previstos na Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos), e do cumprimento da pena em estabelecimento diferenciado daqueles destinados a criminosos maiores de 18 anos, aprovada na CCJ em um apertado placar de 12 a 10.

Como se vê, a polêmica que envolve a matéria recomenda cautela na sua apreciação. O Senado, como de resto toda a sociedade brasileira, parece dividida. São plenos de validade os principais argumentos de todas as correntes.

É fato que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) ainda não foi integralmente implementado e, portanto, não se pode ainda avaliar concretamente seus resultados, de molde a apontarmos para o seu sucesso ou fracasso.

Por outra via, não se pode questionar o fato de que sob a proteção deste mesmo estatuto, menores infratores, muitas das vezes patrocinados por maiores criminosos, praticam reiterada e acintosamente delitos que vão desde pequenos furtos, até crimes como tráfico de drogas e mesmo homicídios, confiantes na impunidade que a Constituição e o ECA lhes conferem.

É o caso, por exemplo, de Genilson Torquato, de Jaguaretama, no Ceará, hoje já maior de idade e livre, assassino confesso de 11 pessoas, dos 15 aos 18 anos. Ou do adolescente de Maringá, conhecido como o "Cão de Zorba" que confessou ter matado 3 pessoas e teria encomendada a morte de mais 4.

Ou ainda de M.B.F., o "Dimenor", ligado à facção criminosa paulista P.C.C., que aos 17 anos confessou a morte de 6 pessoas a mando de traficantes, a primeira delas quando tinha apenas 12 anos de idade.

Muitos hão de lembrar-se do menino "Champinha", que comandou o sequestro e morte de um casal de jovens em São Paulo. Ressalte-se que este garoto já houvera sido assistido e recolhido por diversas instituições especializadas na recuperação de menores infratores, antes de praticar tão odioso crime.

Mais recentemente, tivemos notícia do menor no Rio Grande do Sul, autor de 112 atos infracionais, no momento de uma audiência tentou matar a promotora de um dos seus casos.

Compreendemos perfeitamente os riscos de se legislar em função de casos específicos, dando um caráter geral ao que poderia ser tratado de forma particular, especialmente em se tratando de reforma da nossa ainda jovem Constituição. Também somos contra o que se convencionou chamar de "legislação penal de urgência", em que o legislativo se move motivado por tragédias ou crimes que chocam a comunidade, com grande repercussão midiática.

Mas algo precisa ser feito em relação a determinados e específicos casos, que infelizmente têm se proliferado à sombra da impunidade e longe do alcance de nossas leis.

Outro dado a ser considerado pode ser extraído de recente pesquisa executada pelo Conselho Nacional de Justiça. Intitulada "Panorama Nacional, a Execução das Medidas Socioeducativas de Internação", o CNJ levantou, de julho de 2010 a outubro de 2011, as condições de internação de 17.502 jovens em conflito com a lei. Entre os adolescentes entrevistados (pouco mais de 10% do total), 43,3% já haviam sido internados ao menos uma outra vez. O percentual é ainda maior quando levados em conta os 14.613 processos de execução de medida socioeducativa, também analisados pelos técnicos do Conselho: há registros de reincidência em 54% dos casos.

Não queremos dizer que os reincidentes são irrecuperáveis, muito pelo contrário. O ECA continua a ser uma das mais avançadas legislações do mundo e é necessário que o Estado proveja os meios à sua total e efetiva implementação. Mas os números revelam que a tendência à reincidência é muito alta. E um dos motivos para é a sensação de impunidade, que o espírito do ECA atualmente transmite. Para determinados menores

infratores e mesmo para adultos que deles se aproveitam, nada valem as boas intenções da Lei. Ao contrário, ali encontram abrigo seguro para seguirem na prática de delitos, literalmente "valendo à pena" continuar na prática de delitos, na medida em que a sanção aplicável não impõe o devido temor.

Neste sentido nossa proposta atende também ao caráter pedagógico do Estatuto, na medida em que, sabedores de que a prática reiterada de crimes graves poderá ensejar a desconsideração da menoridade, os infratores deixem de se sentirem seguros para prosseguirem na delinquência. Assim, a medida visa suprir uma deficiência no regime jurídico relativo ao menor infrator, impedindo que alguns tirem proveito dessa lacuna, desvirtuando o magnífico intento de recuperar adolescentes em situação de risco.

Partindo de outro ponto de vista, nosso entendimento é que se mantenha o limite atual, mas abrindo a possibilidade de que esta regra geral possa vira ser excepcionalizada, em casos igualmente excepcionais. Assim, estamos tratando de casos extraordinários, sim, mas que inimputabilidade atual oferece vasto campo para florescer. Antecipando-nos aos argumentos de que a idéia fere o princípio da igualdade, de que todos são iguais perante a lei, insculpida no caput do art. 5º da Constituição Federal, lembramos a já consagrada lição de tantos mestres doutrinadores, acatada pela jurisprudência, tanto pelos filósofos quanto pelos operadores do direito aos quais homenageamos ao citar Rui Barbosa, na sua consagrada "Oração Aos Moços":

> *"A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade...*

Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real."

Assim, a proposta é uma norma constitucional de eficácia limitada, na clássica definição do José Afonso da Silva, a depender, portanto, do advento de uma lei infraconstitucional (Complementar), algo como uma "Ação de Desconsideração da Menoridade". Na construção desta lei, a sociedade brasileira, através do Congresso Nacional, no momento que considerar oportuno, definirá os casos excepcionais e extraordinários em que o menor infrator poderá ser considerado maior criminoso, sujeito não mais ao ECA, mas ao Código Penal.

Preocupamo-nos de antemão, em estabelecer no texto constitucional, alguns marcos e condicionantes ao que viria conter essa novel legislação, a saber:

I- propositura pelo Ministério Público – dentre as diversas funções institucionais, ressaltam-se a de agir como fiscal da legalidade e ser o titular da ação penal pública. Há no Ministério Público Federal setores especializados em questões de infância e adolescência, que detêm conhecimento e experiência na área, em muitos casos no acompanhamento de menores infratores e a observância do ECA, com capacidade inclusive de avaliar os resultados em relação a cada menor. Nada mais natural - inclusive como forma de evitar abusos e a ação de promotores que desconheçam a área - que seja competência privativa do MP especializado a propositura da ação.

II- julgamento originário por varas especializadas e com preferência para julgamento – a experiência destes juízes, que atuam diretamente junto aos menores infratores é fundamental na compreensão desta realidade. Da mesma forma, a preferência para o julgamento destes casos se justifica quer seja pela sua excepcionalidade, quer seja pela urgência no julgamento em função do *periculum in mora*, que poderia levar à prejudicialidade do julgamento com o avanço da idade do infrator. Neste particular, previmos também a suspensão da prescrição (inciso V).

III- crimes específicos – Entendemos que o caráter excepcional desta medida, deve-se limitar a casos igualmente excepcionais. Somente poderia ser proposta a desconsideração de inimputabilidade à menores de dezoito e maiores de dezesseis anos que tivessem praticado crimes de maior gravidade, como tortura, tráfico de drogas, terrorismo, aqueles capitulados na Lei nº 8.072/90 (Crimes Hediondos como homicídio qualificado, extorsão mediante seqüestro, estupro, etc.) além de múltipla reincidência em lesão corporal grave e roubo qualificado. A estes últimos decidimos incluir pela gravidade da lesão e também pela enorme quantidade de roubos que são praticados por menores nas ruas de todas as grandes e médias cidades brasileiras, acobertadas por maiores, às vezes pelos próprios familiares, que se valem da menoridade para garantir a sua própria impunidade.

IV- análise das condições psicológicas, sociais e dos precedentes do menor infrator – busca garantir a excepcionalidade dos casos, devendo a lei definir as formas de avaliação, as espécies de laudos, as qualificações dos peritos, etc.

V- Cumprimento em estabelecimento em separado – é notória a falência de nosso sistema prisional e sua incapacidade de recuperação. Colocar estes menores infratores, mesmo que de comprovada periculosidade, em contato direto com criminosos mais velhos, seria simplesmente piorar o problema, como por exemplo, fornecendo novos soldados para as facções criminosas que dominam o sistema penitenciário de boa parte do país.

Neste particular adotamos grande parte do substitutivo apresentado, mas a partir de uma lógica inversa. Em vez de reduzir a maioridade para 16 anos e impor condicionantes para a imputabilidade do menor de 16 a 18 anos, nossa idéia é manter a regra geral dos 18 anos e aguardar a edição de uma norma complementar que autorize a desconsideração da menoridade entre 18 e 16 anos.

Nesse sentido, a presente proposta, mais do que uma alternativa ao conflito de posições que já está posto pelas diferentes correntes de opinião, surge de uma perspectiva diferente. Não pretendemos nem mesmo trazer uma mediação entre estas posições. Entendemos que a discussão ainda não está madura e a sociedade brasileira ainda não está preparada para uma tomada definitiva de posição, que pode ter consequências desastrosas. Tratar genericamente todos os maiores de dezesseis anos, por

exemplo, de uma forma absolutamente igual, não nos parece razoável.

Um adolescente em grandes centros do país, como São Paulo, Rio de Janeiro, Brasília, Fortaleza, ou mesmo capitais menores como Boa Vista ou Porto Velho, não podem ser comparados, em termos de informação, de conhecimento ou mesmo dos exemplos de vida ao seu redor, com meninos e meninas isolados nos rincões mais distantes do país, presos ao convívio de pouquíssimas pessoas, numa sociedade carente de educação, cultura, informação, enfim; os condicionantes de uma razoável formação moral e intelectual.

Da mesma forma, não nos parece insuperável a questão da possibilidade de se aferir, com acurado rigor científico, o nível de consciência acerca da ilicitude de seus atos, de um adolescente infrator de dezesseis anos, levando-se em conta seus antecedentes pessoais, seu histórico familiar, as condições sócio-econômicas e culturais que lhe foram impostas, as oportunidades para sua recuperação, enfim; as características extraordinárias que justificariam a desconsideração de sua inimputabilidade. Tudo isso a ser apurado em procedimento em que lhe seja assegurada a ampla defesa técnica por advogado e todas as oportunidades do contraditório.

É importante ressaltar - e o fazemos por meio de um exemplo prático - o alcance dessa nova lei. Imaginemos o caso de um menor de 16 anos e um dia que pratique um homicídio doloso. O Ministério Público, analisando o histórico pessoal do menor, com diversas e reiteradas práticas de crimes violentos, diversas oportunidades e tentativas de recuperação por meio da aplicação das medidas sócio educativas previstas na lei, implementadas pelo juízo competente, julgue que aquele específico menor, pela prática daquele exato crime, não mereça mais a proteção legal do ECA.

O promotor proporia então o incidente de desconsideração, em um novo procedimento, em que o juiz da Vara da Infância e da Adolescência competente, somente após dilação probatória, envolvendo a ouvida de testemunhas, entidades e técnicos especialistas, decidiria ou não, pela desconsideração.

Note-se que por força do proposto inciso IV, a prescrição estaria suspensa até o trânsito em julgado da ação, o que garantiria no caso de concedida a desconsideração, mesmo que após alcançada a maioridade, a possibilidade de julgamento pelo tribunal do Júri.

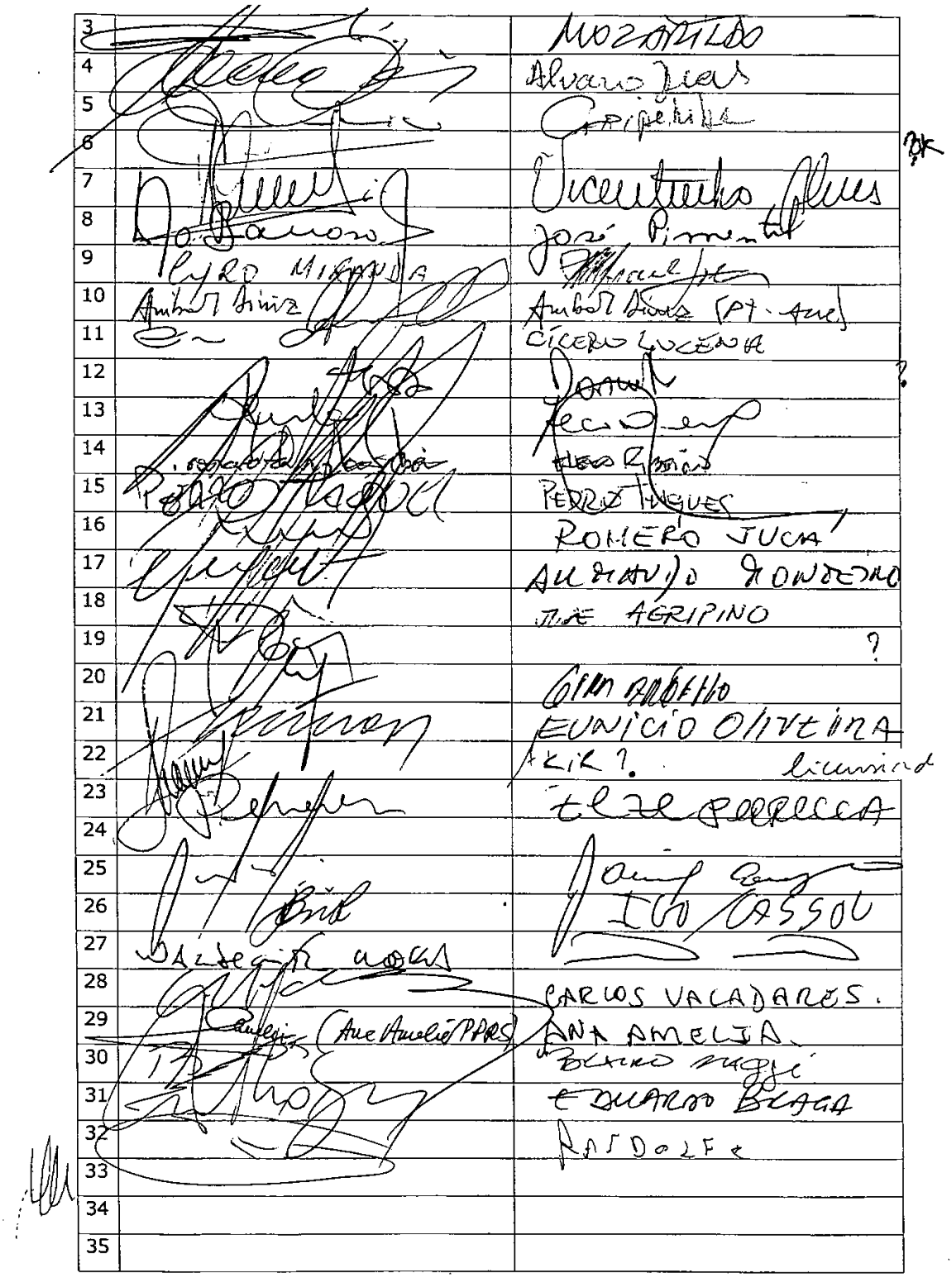
Note-se que não estamos aqui a cuidar, das centenas de menores que vagueiam por nossas ruas - com boa parcela de responsabilidade do Estado, diga-se de passagem – praticando toda sorte de pequenos delitos, consumindo drogas e servindo de mulas para traficantes.

A estes continuaremos no dever de encontrar solução adequada, dirigindo recursos, equipamentos e profissionais na forma preconizadas pelo ECA. Reitera-se, o que se busca é tratar, de forma específica e extraordinária, casos igualmente específicos e extraordinários, à luz do que nos ensinou o grande Rui.

Esta é nossa proposta, que oferecemos ao julgamento dos nobres pares, solicitando seu apoio à aprovação, salvo o seu melhor juízo.

Sala das Sessões, 10 de abril de 2012.

1	Senador **Aloysio Nunes Ferreira**	
2	Casildo Maldaner	



3		MOZARILDO
4		Alvaro Dias
5		Cripe Hilda
6		
7		Vicentinho Alves
8		José Pimentel
9	CYRO MIRANDA	
10	Ambrosio Diniz	Ambrosio Diniz (PT-Ane)
11		CÍCERO LUCENA
12		
13		
14		
15		PEDRO TUGUES
16		ROMERO JUCÁ
17		ALMANDO MONTEIRO
18		JOSÉ AGRIPINO
19		?
20		GIM ARÓSTIO
21		EUNICIO OLIVEIRA
22		AKIR ? licenciado
23		ELZE PERRECCA
24		
25		
26		IGO CASSOU
27	WALDEMIR MOKA	
28		CARLOS VALADARES.
29	(Ana Amelia PPRS)	ANA AMELIA.
30		BLAIRO MAGGI
31		EDUARDO BRAGA
32		RANDOLFE
33		
34		
35		

(À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania)

Publicado no **DSF**, de 04/07/2012.

Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal – Brasília – DF

OS:13085/2012

Recebido em 11/11/13
Hora: 12:30
Willy da Cruz Moura - Mat. 221275
SGJ-SF

SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador Randolfe Rodrigues

PARECER VENCEDOR

VOTO EM SEPARADO

SF/13060.65934-40

Perante a COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 20, de 1999, que *altera o artigo 228 da Constituição Federal, reduzindo para 16 (dezesseis) anos a idade para imputabilidade penal;* a Proposta de Emenda à Constituição nº 90, de 2003, que *Inclui parágrafo único no artigo 228, da Constituição Federal, para considerar penalmente imputáveis os maiores de treze anos que tenham praticado crimes definidos como hediondos*; a Proposta de Emenda à Constituição nº 74, de 2011, que a*crescenta parágrafo único ao art. 228 da Constituição Federal para estabelecer que, nos casos de crimes de homicídio doloso e roubo seguido de morte, tentados ou consumados, são penalmente inimputáveis os menores de quinze anos;* a Proposta de Emenda à Constituição nº 83, de 2011, que *estabelece a maioridade civil e penal aos dezesseis anos, tornando obrigatório o exercício do voto nesta idade*; a Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2012, que *altera a redação dos arts. 129 e 228 da Constituição Federal, acrescentando um parágrafo único para prever a possibilidade de desconsideração da inimputabilidade penal de maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos por lei complementar*; e a Proposta de Emenda à Constituição nº 21, de 2013, que *altera o art. 228 da Constituição Federal com vistas à diminuição da maioridade penal.*

3a68c7f30fe940cb7f33e1697b0e08ec2ff7850 Página: 1/7 11/11/2013 17:32:52

I – RELATÓRIO

No âmbito desta Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), o ilustre Senador RICARDO FERRAÇO apresentou relatório sobre Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 33, de 2012, de autoria do ilustre Senador ALOYSIO NUNES FERREIRA e outros senadores, cuja ementa é transcrita acima.

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA - CCJ
Nº ____ DE ____
Fls. ____

Gabinete do Senador Randolfe Rodrigues – Anexo II – Ala Senador Teotônio Vilela – Gabinete 17
Tel.: (61) 3303-6568 – CEP 70165-900 – Brasília-DF – e-mail: randolfe.rodrigues@senador.gov.br

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO JUSTIÇA E CIDADANIA - CCJ
Nº ____ Da ____
Fls. ____

O nobre relator das matérias conclui pela admissibilidade da citada PEC que *"preenche o requisito do art. 60, I, da Constituição da República"* e não esbarraria *"nos óbices dos art. 60, I, §§1°, 2°, 4° e 5°,* [também] *da Constituição Federal"*. No mérito, exalta e aprova o que entende ser *"uma terceira via tanto racional quanto ponderada para o problema da delinquência juvenil em nosso país"*.

Em 31.01.2013, a Mesa do Senado Federal aprovou o Requerimento nº 1.175, de 2012, do Senador BENEDITO DE LIRA, deferindo a tramitação conjunta também das Propostas de Emenda à Constituição nºs 74 e 83, de 2011.

A PEC nº 74, de 2011, de autoria do Senador ACIR GURGACZ, reduz para quinze anos a maioridade penal nos casos de homicídios dolosos e roubos seguidos de morte. Já a PEC nº 83, de 2011, do Senador CLÉSIO ANDRADE, simplesmente altera a maioridade penal para os dezesseis anos, tornando ainda o voto obrigatório para essa faixa de idade.

Em 05.07.2013, a Mesa do Senado Federal aprovou o Requerimento n° 712, de 2013, do relator, Senador RICARDO FERRAÇO, deferindo a tramitação conjunta das Propostas de Emenda à Constituição n°s 20, de 1999; 90, de 2003; e 21, de 2013.

A PEC n° 20, de 1999, de autoria do Senador JOSÉ ROBERTO ARRUDA reduz para 16 anos a maioridade penal em todos os casos, desde que constatado o amadurecimento intelectual e emocional do agente. A PEC n° 90, de 2003, torna inimputáveis os maiores de 13 anos em caso de cometimento de crime hediondo e a PEC n° 21 de 2013, torna inimputáveis apenas os menores de 14 anos.

II – ANÁLISE

Com o presente voto em separado, pretendemos, com todo respeito, expor nossas divergências quanto à análise da PEC nº 33, de 2012. A nosso sentir, a proposta de emenda à Constituição nº 33, de 2012, é **manifestamente inconstitucional** por violação ao art. 60, § 4º, IV da Constituição Federal (CF).

SF/13060.65934-40

3a68c7f30fe940cb7f33e1697b0e08ec2fff7850 Página: 2/7 11/11/2013 17:32:52

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA - CCJ
Nº DE
Fls.

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO JUSTIÇA E CIDADANIA - CCJ
Nº Ds
Fls.

É que a proposição pretende alterar os arts. 129 e 228 da CF com a finalidade de reduzir a maioridade penal de 18 (dezoito) para 16 (dezesseis) anos, ainda que em casos excepcionais, conforme segue:

> "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
>
> I - promover, privativamente, a ação penal pública e o incidente de desconsideração de inimputabilidade penal de menores de dezoito e maiores de dezesseis anos.
>
> .....
>
> " (NR)

> "Art.228.
>
> .....
>
> *Parágrafo Único.* Lei complementar estabelecerá os casos em que o Ministério Público poderá propor, nos procedimentos para a apuração de ato infracional praticado por menor de dezoito e maior de dezesseis anos, incidente de desconsideração da sua inimputabilidade, observando-se:
>
> I - Propositura pelo Ministério Público especializado em questões de infância e adolescência;
>
> II - julgamento originário por órgão do judiciário especializado em causas relativas à infância e adolescência, com preferência sobre todos os demais processos, em todas as instâncias;
>
> III - cabimento apenas na prática dos crimes previstos no inciso XLIII, do art. 5º desta Constituição, e múltipla reincidência na prática de lesão corporal grave e roubo qualificado;
>
> IV-capacidade do agente de compreender o caráter criminoso de sua conduta, levando em conta seu histórico familiar, social, cultural e econômico, bem como de seus antecedentes infracionais, atestado em laudo técnico, assegurada a ampla defesa técnica por advogado e o contraditório;
>
> V-efeito suspensivo da prescrição até o trânsito em julgado do incidente de desconsideração da inimputabilidade.
>
> VI-cumprimento de pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos." (NR)

A presente proposta de alteração do texto constitucional encontra óbice nos limites impostos pela própria Constituição ao vedar propostas de Emendas Constitucionais que visem a abolir direitos e

SF/13060.65934-40

3a687f30fe940cb7f33e1697b0e08ec2fff7850 Página: 3/7 11/11/2013 17:32:52

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA - CCJ
Nº_____DE_____
Fls._____

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA - CCJ
Nº_____De_____
Fls._____

garantias individuais, verbis: *"Art. 60, (...), § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais."*

O legislador constituinte originário estabeleceu como critério objetivo de imputabilidade penal o critério biológico. Isto significa dizer que somente os indivíduos maiores de 18 (dezoito) anos são imputáveis criminalmente. Tal fato não isenta a responsabilidade penal dos menores infratores. A Lei nº 8.069, de 1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) prevê que o menor infrator responderá por seus atos infracionais, na seguinte forma:

> Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.
>
> Art. 105. Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101.
>
> Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:
>
> I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
>
> II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
>
> III - matrícula e freqüência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
>
> IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
>
> V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
>
> VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
>
> VII - acolhimento institucional;
>
> VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;
>
> IX - colocação em família substituta.

Assim, a idade da imputabilidade penal constitui direito fundamental do indivíduo previsto na Constituição como cláusula pétrea já que o constituinte originário teve a preocupação de fixar, expressamente, na própria Constituição, seu termo aos 18 (dezoito) anos de idade.

SF/13060.65934-40

Página: 4/7 11/11/2013 17:32:52

3a68c7f30fe940cb7f33e1697b0e08ec2fff7850

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA - CCJ
Nº DE
Fls.

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO JUSTIÇA E CIDADANIA - CCJ
Nº De
Fls.

Alterar o texto constitucional sobre a maioridade penal, mesmo que de forma excepcional, como apresentado na presente Proposta de Emenda, é uma afronta direta ao **núcleo essencial imutável** da Constituição.

Afinal, o Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar a ADI nº 939/DF proferiu entendimento de que as cláusulas pétreas podem estar previstas fora do Título II da Constituição, que elenca apenas um rol, não taxativo, de direitos e garantias fundamentais, conforme destacado no voto do Ministro Marco Aurélio:

> *"(...) não temos, como garantias constitucionais, apenas o rol do artigo 5º da Lei Básica de 1988. Em outro artigos da Carta encontramos, também, princípios e garantias do cidadão, nesse embate diário que trava com o Estado, e o objetivo maior da Constituição é justamente proporcionar uma certa igualação das forças envolvidas - as do Estado e as de cada cidadão considerado de per se(...)" (STF, ADIn 939-7 - DF, p. 259)*

Nesse *leading case* o STF assentou que é vedado ao **legislador derivado** alterar dispositivos da Constituição, através de Emendas Constitucionais, se estas acarretarem violação a princípios basilares do Estado Democrático de Direito. A esse respeito, segue transcrição de trecho do voto do Ministro Celso de Mello:

> *"As denominadas **cláusulas pétreas** representam, na realidade, categorias normativas subordinantes que, achando-se pré-excluídas, por decisão da Assembléia Nacional Constituinte, do poder de reforma do Congresso Nacional, evidenciam-se como temas insuscetíveis de modificação pela via do poder constituinte **derivado** (...) O telos dessa norma destina-se a preservar, dentro de nosso ordenamento positivo, o núcleo essencial do sistema democrático-constitucional vigente no Brasil (...) Desse modo, não assiste ao Congresso Nacional qualquer poder de rever ou reapreciar o sistema de valores consagrados na Constituição, dentre os quais avultam, por sua indiscutível relevância, o postulado da Federação e o **princípio tutelar dos direitos e garantias individuais** (...)" (STF, ADIn 939-7 - DF. p. 294-296)*

Ante o exposto, não admitimos a tramitação da PEC nº 33, de 2012, por afronta ao art. 60, § 4º, IV, da Constituição, uma vez que a maioridade penal aos 18 (dezoito) anos é direito fundamental do indivíduo,

SF/13060.65934-40

3a68c7f30fe940cb7f33e1697b0e08ec2fff7850 Página: 5/7 11/11/2013 17:32:52

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA - CCJ
Nº ____ DE ____
Fls. ____

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO JUSTIÇA E CIDADANIA - CCJ
Nº ____ De ____
Fls. ____

gravado na Carta Magna pelo constituinte originário como cláusula pétrea, portanto, insuscetível de alteração pelo constituinte derivado.

Mas ainda que assim não fosse, também no mérito, a Proposta de Emenda à Constituição não merece ser aprovada. Em que pese o argumento de que a onda de violência social cometida por menores infratores seja fruto da impunidade, com a devida vênia, tal argumentação carece de fundamentação.

A Constituição Federal estabelece ser dever do Estado garantir à criança e ao adolescente todas as condições materiais para o desenvolvimento e aprimoramento da sua personalidade, como disposto no artigo 227 da Constituição Federal, *in verbis*:

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

Assim, considerando-se o caráter de **prioridade constitucional absoluta,** a PEC nº 33, de 2012, ao propor a redução da maioridade penal, constitui o ato mais extremo que o Estado pode tomar em relação a esses sujeitos de direitos, uma vez que os efeitos dessa intervenção atingem diretamente a esfera de liberdade desses indivíduos, razão pela qual atenta contra o princípio da proporcionalidade:

> *"Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes), pressupõe não só a **legitimidade** dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a **adequação** desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos (Geeignetheit) e a necessidade de sua utilização (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit)." (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 331)*

SF/13060.65934-40

3a68c7f30fe940cb7f33e1697b0e08ec2fff7850 Página: 6/7 11/11/2013 17:32:52

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA - CCJ
Nº_____DE_____
Fls._____

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO JUSTIÇA E CIDADANIA - CCJ
Nº_____De_____
Fls._____

Afinal, o Estado dispõe de meios menos onerosos para atingir o objetivo pretendido, qual seja: o combate à violência praticada por menores infratores. Nem é a redução da maioridade penal o meio mais eficaz para o combate à violência cometida por menores infratores.

A resposta que a sociedade espera do Estado é a satisfação dos direitos e garantias fundamentais das crianças e dos adolescentes previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 1990). E não o contrário.

Neste ponto, o próprio autor da proposição em exame reconhece que o Estatuto da Criança e do Adolescente não foi integralmente implementado, admitindo assim a omissão estatal na satisfação dos direitos e garantias previstos neste Estatuto[1].

Todas essas considerações também se aplicam, até com maior razão, ao proposto pelas PECs nºs 74 e 83, ambas de 2011, já que estas simplesmente reduzem a maioridade penal sem a previsão de qualquer procedimento de caráter excepcional.

III – VOTO

Em razão do exposto, somos pela **rejeição** das Propostas de Emenda à Constituição nºs 20, de 1999; 90, de 2003; 74 e 83, de 2011; 33, de 2012; e 21, de 2013.

Sala da Comissão, 19 DE FEVEREIRO DE 2014

SENADOR VITAL DO RÊGO, Presidente

Relator

[1] *"É fato que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) ainda não foi integralmente implementado e, portanto, não se pode ainda avaliar concretamente seus resultados, de molde a apontarmos para o seu sucesso ou fracasso."* (negritamos)

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA - CCJ
Nº ____ DE ____

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO JUSTIÇA E CIDADANIA - CCJ
Nº ____ Data ____
Fls. ____

SF/13060.65934-40

Página: 7/7 11/11/2013 17:32:52

3a68c7f30fe940cb7f33e1697b0e08ec2fff7850

SENADO FEDERAL

Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania - CCJ

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 20, de 1999, QUE TRAMITA EM CONJUNTO COM: PEC 90/2003, PEC 74/2011, PEC 83/2011, PEC 33/2012 e PEC 21/2013

ASSINAM O PARECER, NA 3ª REUNIÃO, DE 19/02/2014, OS(AS) SENHORES(AS) SENADORES(AS)

PRESIDENTE: SENADOR VITAL DO RÊGO

RELATOR: SENADOR RANDOLFE RODRIGUES

Bloco de Apoio ao Governo(PSOL, PT, PDT, PSB, PCdoB)	
José Pimentel (PT)	1. Angela Portela (PT) não
Gleisi Hoffmann (PT)	2. Lídice da Mata (PSB)
Pedro Taques (PDT)	3. Jorge Viana (PT)
Aníbal Diniz (PT)	4. Acir Gurgacz (PDT)
Antonio Carlos Valadares (PSB)	5. Walter Pinheiro (PT)
Inácio Arruda (PCdoB)	6. Rodrigo Rollemberg (PSB)
Eduardo Lopes (PRB)	7. Humberto Costa (PT)
Randolfe Rodrigues (PSOL)	8. Paulo Paim (PT)
Eduardo Suplicy (PT)	9. Wellington Dias (PT)
Bloco Parlamentar da Maioria(PV, PSD, PMDB, PP)	
Eduardo Braga (PMDB)	1. Ciro Nogueira (PP)
Vital do Rêgo (PMDB)	2. Roberto Requião (PMDB)
Pedro Simon (PMDB)	3. VAGO
Ricardo Ferraço (PMDB)	4. Clésio Andrade (PMDB)
Luiz Henrique (PMDB)	5. Valdir Raupp (PMDB)
Eunício Oliveira (PMDB)	6. Benedito de Lira (PP)
Francisco Dornelles (PP)	7. Waldemir Moka (PMDB)
Sérgio Petecão (PSD)	8. Kátia Abreu (PMDB)
Romero Jucá (PMDB)	9. Lobão Filho (PMDB)
Bloco Parlamentar Minoria(PSDB, DEM)	
Aécio Neves (PSDB)	1. Lúcia Vânia (PSDB)
Cássio Cunha Lima (PSDB)	2. Flexa Ribeiro (PSDB)
Alvaro Dias (PSDB)	3. Cícero Lucena (PSDB)
José Agripino (DEM)	4. Paulo Bauer (PSDB)
Aloysio Nunes Ferreira (PSDB)	5. Cyro Miranda (PSDB)
Bloco Parlamentar União e Força(PTB, PRB, PSC, PR)	
Armando Monteiro (PTB)	1. Gim (PTB)
Mozarildo Cavalcanti (PTB)	2. Eduardo Amorim (PSC)
Magno Malta (PR)	3. Blairo Maggi (PR)
Antonio Carlos Rodrigues (PR)	4. Alfredo Nascimento (PR)

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO JUSTIÇA E CIDADANIA - CCJ
Nº De
Fls.