

ININPUTABILIDADE PENAL EM MENORES

Gabrielle Silva Santana¹
Sinval Almeida Cecílio Júnior²
André Luiz Duarte Pimentel³
Gerson Cabral de Freitas Neto⁴

RESUMO: O presente trabalho, sem a pretensão de esgotar o tema, tem por objetivo fazer uma análise acerca da redução da maioridade penal no ordenamento jurídico brasileiro, vez que se trata de um tema polêmico e em evidência, em razão dos últimos acontecimentos no Congresso Nacional referente a essa questão, ou seja, da possibilidade de aprovação de Emenda Constitucional, que no momento está aguardando votação do Senado, para alterar o art. 228 da Constituição Federal de 1988, que determina a imputabilidade penal a partir dos 18 anos de idade. A finalidade da PEC em comento é o de alterar a maioridade penal para os dezesseis anos de idade. Conclui-se, por meio desta análise, que devido à expansão significativa da criminalidade infanto-juvenil nas últimas décadas, há um clamor generalizado por parte da sociedade para que sejam efetuadas mudanças na legislação penal.

Palavras chave: Maioridade Penal; Criminalidade; Medidas Socioeducativas.

ABSTRACT: This work, with no claim to exhaust the theme, aims to make an analysis on reducing the legal age in the Brazilian legal system, since it is a controversial topic and shows, due to the recent events in Congress regarding this question, ie, the possibility of a constitutional amendment approval, which is currently awaiting Senate vote to change the art. 228 of the 1988 Constitution, which determines the criminal responsibility from 18 years of age. The purpose of the PEC under discussion is to change the legal age to sixteen years old. It was concluded through this analysis that due to the significant expansion of juvenile crime in recent decades, there is a general outcry from society to take effect changes in legislation.

Key-words: Criminal Majority; Entrenchment clause; Crime; Educational measures.

¹ Graduando em Direito, Faculdade Santa Rita de Cássia – IFASC

² Graduando em Direito, Faculdade Santa Rita de Cássia – IFASC

³ Prof. Mestre. Faculdade Santa Rita de Cássia - IFASC

⁴ Prof. Esp. Faculdade Santa Rita de Cássia - IFASC

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa à realização de um estudo científico acerca da problemática envolvendo a redução da maioria penal no ordenamento jurídico brasileiro, com foco para os aspectos jurídicos e sociais da real possibilidade de aprovação de Proposta de Emenda Constitucional – PEC, que atualmente encontra-se em trâmite no Congresso Nacional.

Parte-se da seguinte problematização: a redução da maioria penal, através de Emenda Constitucional modificando o art. 228 da Constituição Federal de 1988 viola cláusula pétrea e é a alternativa mais eficaz no combate a delinquência infanto-juvenil?

Como é de conhecimento geral, o clamor público em torno da redução da maioria penal aumentou substancialmente nas últimas décadas, frente à expansão da marginalidade entre crianças e adolescentes. O índice de delitos praticados pelos menores é cada vez maior, sendo diariamente reportados pela mídia local e nacional. Muitos jovens envolvem até mesmo na prática de crime hediondos.

Uma das causas da marginalidade crescente entre os menores diz respeito ao fato de que os adultos que praticam crimes se aproveitam da legislação atual, para usar crianças e adolescentes na prática de delitos, sobretudo no que tange ao tráfico de drogas e ao crime organizado.

Hodiernamente, o menor de 18 anos é considerado inimputável, haja vez que a legislação brasileira agasalha hipóteses de inimputabilidade, quais sejam: a) doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado; b) menoridade; c) embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior; d) e, dependência de substâncias entorpecentes.

Dentre as hipóteses enumeradas, interessa investigar no presente estudo a maioria penal, que, nos termos do art. 27 do Código Penal – CP, e do art. 228 da Constituição Federal – CF, só é alcançada a partir dos 18 anos de idade. Nesse diapasão, os menores de dezoito anos são inimputáveis, ficando os mesmos sujeitos a aplicabilidade de legislação especial, ou seja, do Estatuto da Criança e do Adolescente, na hipótese de cometimento de ato infracional.

Assim, adota-se no Brasil, para fins de definição de maioria penal o critério biológico, o qual presume que o menor de 18 anos não tem capacidade para entender o

caráter ilícito do crime, tampouco maturidade para autodeterminar-se de acordo com esse entendimento.

Porquanto, a menoridade somente cessará no primeiro instante do dia em que o menor completa 18 anos de idade. Se na data do aniversário o agente cometer o crime será considerado imputável, respondendo pelo crime. Mas, se antes um dia antes cometer o mesmo crime não será considerado imputável.

A questão da idade tornou-se o ponto central de discussão dos debates em torno da redução da maioridade penal. Para os que apoiam a teoria reducionista da maioridade penal, resta evidente que a Legislação Especial, ou seja, o ECA, não tem sido eficaz no combate e na prevenção da delinquência infanto-juvenil. Nesse sentido, as medidas socioeducativas são largamente criticadas por essa corrente de pensamento entre os operadores de direito.

De outra parte, para os que se mantêm contrários a redução da maioridade penal, a promulgação do ECA representou um avanço para o ordenamento jurídico brasileiro, sendo este produto da ratificação da Declaração Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente da organização das Nações Unidas – ONU. No entendimento dos operadores de direito que defendem essa tese, o ECA exerce um importantíssimo papel para os jovens, pois representa a garantia de direitos à liberdade, dignidade e cidadania, bem como a convivência com a família e respeito à infância e a adolescência. Para essa corrente de pensamento, a legislação não precisa ser alterada, haja vista que isso significaria um retrocesso social. A solução não é a redução da maioridade penal, mas sim a implantação de políticas públicas que sejam capazes de prever a marginalidade infanto-juvenil.

No debate da redução da maioridade penal, ganha vulto a questão da alteração de dispositivo constitucional que é considerado *clausula pétrea* no entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência. Isso porque o art. 60 da Constituição Federal, que trata da possibilidade da Emenda a Constituição - pois no Brasil essa é considerada rígida – dispõe de forma taxativa que o único procedimento para alterar a Carta Magna é através de Emenda Constitucional. Entretanto, há exceções, isto é, não é cabível em todos os casos, sendo vedada, segundo o § 4º desse dispositivo, proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais.

Considerando-se que há proposta de Emenda Constitucional de redução da maioridade penal que já foi aprovada pela Câmara dos Deputados Federais em primeiro turno, em 2015 aguardando, no presente momento, a votação pelo Senado Federal, enfim,

o rito que o art. 60 da CF determina para a aprovação de Emendas Constitucionais, faz-se necessário analisar a real possibilidade de aprovação da PEC, as suas implicações jurídicas e sociais e de como fica o ECA em relação a essa probabilidade. Eis que a contribuição social e científica são os principais fatores que justificam a escolha do tema.

Convém mencionar que não são poucos os líderes partidários que defendem uma reforma do ECA. Há, inclusive, proposta nesse sentido como a PL 2517, que teve origem em uma proposta apresentada pelo Senador José Serra e que visa alterar o estatuto, de forma a estabelecer um Regime Especial de Atendimento para os adolescentes que tenham cometido crimes hediondos.

Tendo em vista a falta de consenso em relação ao tema e também as críticas dos defensores dos Direitos Humanos, parte-se da hipótese que a alternativa mais viável é em relação à redução a maioria penal é a de reformular o ECA no que tange aos crimes hediondos cometidos pelos adolescentes, haja vista ser inquestionável a violação de cláusula pétrea de proposta de Emenda Constitucional visando a alteração do art. 228 da Constituição Federal.

Outra hipótese é que o Sistema Penitenciário do Brasil, por seus problemas complexos, não fornece qualquer tipo de possibilidade de recuperação dos apenados em suas circunstâncias atuais. Assim, colocar os adolescentes infratores em tal sistema fatalmente contribuiria para aumentar a marginalidade e criminalidade, já que esse sistema é comumente conhecido como a “universidade do crime”.

O procedimento metodológico utilizado no desenvolvimento do tema foi à revisão sistemática na doutrina, jurisprudência e legislação pertinente, abrangendo, pois, a Constituição Federal, o ECA, o Código Penal, as propostas de redução da maioria penal e os artigos publicados em revistas eletrônicas.

O artigo discorre sobre uma questão de suma importância, que é a inimputabilidade no ordenamento pátrio, ou seja, as circunstâncias que tornam uma pessoa inimputável, com foco para o critério biológico adotado em relação a inimputabilidade do menor.

2 DA ININPUTABILIDADE PENAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

2.1 O Código Penal Brasileiro: histórico da maioria penal

Ao fazer um lineamento histórico sobre a maioridade penal no mundo e no Brasil foi possível concluir que, ao logo do tempo, o menor recebeu tratamento diferenciado da lei. Houve um tempo em que a criança e o adolescente eram punidos como adultos, porque não havia entendimento consolidado de que eles apresentam desenvolvimento mental incompleto.

Na verdade, a trajetória da infância e da adolescência revela que na antiguidade, os pais, mais precisamente o homem exercia poder absoluto sobre a vida dos filhos, muitas crianças que nasciam com deficiência eram mortas ou abandonadas pelos próprios pais, não havendo lei que regulamentasse essa questão.

O Direito Romano foi um dos primeiros a fazer uma distinção dos menores baseado em sua idade e, também o de buscar implantar uma legislação mais benéfica para os menores assim considerados.

A proteção especial ao menor era da seguinte forma: os impúberes (homens de 07 a 18 anos de idade e mulheres 07 a 14 anos de idade) estavam isentos de pena ordinária aplicada pelo juiz, uma vez que somente era aplicada após os 25 anos de idade, quando se alcançava a maioridade civil e penal, embora fossem passíveis de receber uma pena especial, chamada de arbitrária (bastão, admoestação), desde que apurado o seu discernimento (TAVARES, 2004, p.03).

Ante o exposto, percebe-se que a menoridade penal era, na presente época, dos 07 aos 18 anos de idade para homens e para mulheres de 07 a 14 anos. Depois disso, na Idade Média, mais precisamente com o advento do Direito Canônico, adotavam-se critérios semelhantes ao do Direito Romano quanto a maioridade penal.

Ao fazer uma análise sobre o tratamento penal conferido aos menores infratores no Brasil, percebe-se que no período em que o país foi colônia de Portugal adotava-se o sistema da Coroa Portuguesa.

Em 1830 foi criado o “Código Penal do Império, sendo que esse admitia a maioridade penal absoluta a partir de 14 anos de idade, já que havia se inspirado no Código Francês” (TAVARES, 2004, p.05).

Já na legislação posterior a esse Código:

[...] o Código Penal de 1890 considerava inimputável o infrator até os 9 (nove) anos de idade. Entre 9 (nove) e 14 (quatorze) anos, o infrator poderia ser considerado criminoso, desde que, o juiz analisasse que ao praticar a conduta delituosa, este agiu com discernimento. O critério utilizado para os menores de 1927 era bem diferente, três limites de idade eram observados: o infrator com 14 (quatorze) anos era considerado inimputável. De 14 (quatorze) a 16 (dezesseis) anos de idade, o infrator ainda era considerado inimputável, porém instaurava-se um processo para analisar o fato com a possibilidade de cerceamento de

liberdade. Por fim, o infrator entre 16 (dezesesseis) e 18 (dezoito) anos de idade, poderia ser considerado responsável, e sofrer pena. Já o assim chamado Código de Menores – Lei Federal 6.691 de 1979, classificou como inimputável os menores de 18 (dezoito) anos, assim seguiu a Constituição Federal de 1988, o que não era garantido nas constituições anteriores, como também o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90 (FIGUEIREDO, 2002, p. 03).

Oportuno chamar a atenção do leitor para o fato de que, no final do século XIX, a política criminal começou a ser alterada e foi a partir de então, que surgiu a ideia de tratar de forma diferenciada os menores de idade.

A partir de 1927, com o advento do Código de Menores⁵, passou-se a adotar o entendimento de que o menor de 14 anos em situação de abandono ou perversão, deveria ser abrigado em uma casa de educação e sua guarda confiada a pessoas de confiança, até os 21 anos de idade. O recolhimento à prisão só era admitido a partir dos 18 anos de idade.

O Código Penal de 1940, por sua vez, estabeleceu a idade de 18 anos como critério de imputabilidade penal. Tal critério foi reflexo da política criminal da época em comento.

Assinala a doutrina que os menores de 18 anos de idade, desde a promulgação do Código Penal de 1940, foram colocados a margem do Direito Penal, sendo aplicados aos mesmos, as medidas corretivas do Código de Menores, que passou por reformulações na década de 1970 e vingou até a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

Fazendo uma análise histórica sobre a maioridade penal no ordenamento pátrio, Figueiredo (2002) defende a ideia que o Código Penal promulgado desde 1890 aos dias atuais, bem assim nas demais leis infraconstitucionais e na própria Constituição Federal de 1988, evoluiu no sentido de estipular uma idade mínima aos menores infratores para que esses pudessem ser responsabilizados pelos delitos praticados, sendo que essa evolução acompanhou o critério biológico.

Nesse sentido, parte-se da concepção que todos os indivíduos com idade abaixo dos 18 anos não possuem desenvolvimento completo e, conseqüentemente, não estão aptos a entender a ilicitude de suas ações.

A doutrina esclarece a importância e o significado do critério biológico no ordenamento jurídico brasileiro, senão vejamos:

⁵ Esse Código foi o primeiro a consagrar uma legislação para crianças, bem como normas para o atendimento das mesmas. Estabeleceu a necessidade da intervenção do Estado, denominando como criança o menores de 7 anos expostas aos riscos e adolescentes os menores de 18 anos de idade, abandonados a própria sorte.

Adotou-se no dispositivo um critério puramente biológico (idade do autor do fato) não se levando em conta o desenvolvimento mental do menor, que não está sujeito à sanção penal ainda que plenamente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com este entendimento. Trata-se de uma presunção absoluta de imputabilidade que faz com que o menor seja considerado como tendo desenvolvimento incompleto em decorrência de um critério de política criminal (MIRABETE, 2010, p. 216).

Ocorre que, o critério biológico tem sido amplamente criticado por parte dos operadores de direito e de alguns setores da sociedade. Os que são favoráveis à redução da maioridade penal perfilham do entendimento que a legislação brasileira está ultrapassada neste sentido, em termos comparativos com a legislação adotada no direito alienígena.

Com efeito, esse entendimento não está de todo errado, haja vista que o Quadro e deixa evidente que o Brasil é um dos poucos países no qual se adotou a idade de 18 anos para que a pessoa seja imputável penalmente. Dos 12 aos 18 anos, aplicam-se ao adolescente as medidas socioeducativas definidas pelo ECA e que serão comentadas em maiores detalhes em momento propício.

Uma das razões para se acreditar que a legislação brasileira está em total descompasso com a legislação alienígena diz respeito ao fato de que, o critério biológico não mais se sustenta frente às transformações que ocorreram no mundo com o advento de novas tecnologias como o computador, a internet, o celular e os meios de comunicação.

Nesse diapasão, a evolução tecnológica aqui citada e que ocorreu de forma significativa nas três últimas décadas aliado aos meios de divulgação de informações, além da inclusão digital juntamente com a própria evolução da sociedade fez com que os jovens do Brasil de hoje, assim como de todo o mundo, amadureçam mais rápido do que os jovens das gerações passadas. Não por acaso, no Direito Comparado o que tem sido observado é uma progressiva tendência de redução da maioridade penal:

Uma tendência mundial na redução da maioridade penal, pois; é crível que menores de 16 ou 17 anos, por exemplo, não tenham condições de compreender o caráter ilícito do que praticam, tendo em vista que o desenvolvimento mental acompanha, como é natural, a evolução dos tempos, tornando a pessoa mais precocemente preparada para a compreensão integral dos fatos da vida (NUCCI, 2010, p.281)

Essa questão não é de forma alguma tranquila e pacífica no ordenamento jurídico brasileiro, pois se de um lado nota-se argumentos favoráveis à redução da maioridade penal, também existem argumentos que são totalmente contrários a isso e que também serão comentados em momento oportuno. Antes disso é interessante analisar todas as

condições que determinam a inimputabilidade no Brasil, já que existem outras além da idade.

2.2 As condições legais para a determinação da inimputabilidade no ordenamento pátrio

No ordenamento jurídico brasileiro, a imputabilidade penal é, conforme as disposições do Código Penal atual, avaliada sobre três primas: a imputabilidade, a semi-imputabilidade e a inimputabilidade.

No Código Penal Brasileiro, a imputabilidade está contemplada nos artigos 26 a 28. Uma breve análise sobre os mesmos possibilita concluir que adotou-se a técnica da afirmação negativa, ou seja, o legislador optou por explicar o conceito de inimputável, de modo que será imputável quem não estiver enquadrado como inimputável. Por isso existem hipóteses no Código no qual se percebe, de forma clara quem é ou não imputável segundo a legislação brasileira.

Algo que salta aos olhos em relação à determinação da inimputabilidade diz respeito potencial consciência da ilicitude e a culpabilidade do agente.

Segundo explanação de Malcher (2008, p.09), entende-se por potencial consciência de ilicitude, “o conhecimento inequívoco do agente criminoso acerca da tipicidade e ilicitude de sua conduta”. Obviamente, pessoas portadoras de deficiência mental, ou seja, de sanidade mental completa não poderão ser capazes compreender a ilicitude de sua conduta.

Doentes mentais e pessoas com desenvolvimento mental incompleto, não podem ser consideradas culpadas, pois de acordo com a Lei, falta um dos elementos que caracterizam o crime. Malcher esclarece:

Enquanto terceiro elemento integrante do crime, a culpabilidade é o juízo de reprovação ou de censurabilidade que recai sobre a conduta típica e ilícita, através da qual será possível culpar ou punir o agente pela prática de um crime. São elementos da culpabilidade, segundo o Código Penal Brasileiro: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Por imputabilidade define-se como a capacidade do agente em entender o caráter ilícito do fato praticado e de determinar-se de acordo com isso. O autor de um crime, para ser considerado culpável, deve reunir condições físicas, psicológica, morais e mentais que lhe confirmam capacidade plena para entender o ilícito. Não basta, para isso, somente a consciência de sua ação, mas também a livre vontade de praticá-la, ou seja, o controle sobre a sua própria vontade (MALCHER, 2009, p.08).

Porquanto, em linhas gerais, será isento da aplicação de pena os agentes que se enquadraram nas circunstâncias expostas no artigo 26 do Código Penal, senão vejamos:

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento completo ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento. Parágrafo Único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (NUCCI, 2010, p.280).

Pelas determinações contidas no artigo em tela, não será aplicado pena ao agente que não tem condições de compreender o que fez. Dessa forma, faltando à higidez biopsicológica, que é a soma da saúde mental mais a capacidade de apreciar a criminalidade do fato, assim como a maturidade, que diz respeito ao desenvolvimento completo, o agente, nessas circunstâncias, será isento de pena, posto que considerado inimputável.

Obviamente que, para atestar o que se denomina como doença mental ou o desenvolvimento mental incompleto ou retardo será necessário à realização de perícia médica. Isso porque, segundo os apontamentos de Malcher (2009), inimputabilidade não é presumida, deve, pois, ser comprovada. A sua aferição é feita, conforme palavras do autor, pela aferição dos critérios biológico, psicológico ou biopsiológico.

2.3 A Constituição Federal: análise do artigo 228 e de sua inclusão como cláusula pétrea

Em relação à imputabilidade, essa só se processa no ordenamento jurídico brasileiro, segundo preceito constitucional, aos 18 anos de idade. Eis a redação do artigo em tela “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos as normas de legislação especial” (BRASIL, Constituição Federal de 1988).

Esse dispositivo, para parte bastante considerável da doutrina encerra a hipótese de uma garantia individual, a semelhança do que ocorre com as garantias individuais e coletivas regulamentadas pelo art. 5º da Constituição Federal de 1988. No entendimento de Moraes (2005), deve ser considerada cláusula pétrea, não suscetível de modificação nem

mesmo por Emenda Constitucional⁶, já que a Carta Magna traz algumas vedações à emenda constitucional é uma delas diz respeito às cláusulas pétreas. Eis a redação dada pelo legislador constituinte:

Art. 60. A Constituição Federal poderá ser emendada mediante proposta:
tendente a abolir:§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda
I – a forma federativa do Estado;
II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
III – a separação dos poderes;
IV – Os direitos e garantias individuais (BRASIL, Constituição Federal de 1988)

Ante o exposto, o legislador constituinte vedou proposta de emenda constitucional com relação a quatro situações específicas, sendo uma delas os direitos e garantias individuais. Nesse sentido, o poder derivado em relação a essas exceções nada pode fazer, devido a limitação imposta pela Carta Magna.

Segundo explica Gomes Neto (2011), longo foi o caminho percorrido para que as garantias e direitos individuais fossem protegidos como cláusulas pétreas no ordenamento jurídico brasileiro. Na verdade, a forma federativa foi à única exceção nas Constituições de 1934, 1967 e 1969.

Assim, coube a Carta Magna de 1988, o papel de dar maior proteção há alguns direitos, inclusive os que versem sobre garantias e direitos individuais. Essa certamente foi a maneira que o legislador constituinte encontrou de consolidar em definitivo o Estado Democrático de Direito no Brasil após vinte anos de ditadura militar e de desrespeito as garantias e direitos individuais.

Muitos se perguntam por que o art. 228 é considerado cláusula pétrea, já que a priori somente o art. 5º da Constituição deveria alçar essa condição. No entanto, afirma a doutrina que a própria Carta Magna trouxe exceções no artigo 50, § 2º, ao dispor que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela dotados, ou de tratados internacionais em que a República Federativa faça parte” (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988).

Dessa maneira, pode-se concluir que as cláusulas pétreas e a proteção dada a elas não se esgotam no art. 5, segundo informa Gomes Neto (2011). No entendimento deste

⁶ Emenda Constitucional é a única forma de modificação da Constituição de um Estado, notadamente de Constituições rígidas, como é o caso do Brasil. A sua aprovação pelo Congresso Nacional requer exigências superiores em termos de votação. No ordenamento pátrio, a emenda constitucional, segundo dispõe o art. 5, § 4º da Carta Magna só pode ser aprovada mediante 2/3 dos votos dos deputados federais e senadores (60%) em dois turnos.

doutrinador, o art. 228 representa para os menores de 18 anos de idade, uma garantia de não responsabilização criminal do menor, pelo fato da adoção, na legislação pátria, do critério biológico, ou seja, do discernimento, no qual se entende que as pessoas abaixo desta faixa etária, estão inseridas em uma condição especial de desenvolvimento físico, mental, espiritual e social, não podendo responder pelos crimes da mesma forma que os adultos pelo fato de não possuírem um entendimento perfeito acerca da potencial ilicitude do crime.

Nas palavras do doutrinador supracitado:

Traçando um paralelo com a responsabilização especial do adolescente e sua inimputabilidade, temos quando a Constituição Federal, no caput do artigo 228 afirma que a pessoas menores de 18 anos são inimputáveis, ela garante a toda pessoa menor de 18 anos que ela não responderá penalmente por seus atos contrários a lei. Sendo assim, o referido artigo encerra uma garantia de não aplicação do direito penal. [...] Em relação à segunda parte do art. 228, que dispõe que o adolescente, apesar de inimputável penalmente, responde na forma disposta em legislação especial, contém além de uma garantia social de responsabilização do adolescente, um direito individual de que a responsabilização ocorrerá na forma de uma legislação especial (GOMES NETO, 2011, p. 05).

Assim, pelas determinações expressas no art. 228, o doutrinador em comento afirma de forma categórica que o aludido artigo é certamente uma cláusula pétrea.

Não são poucos os operadores de direito que perfilham desse entendimento. Penalistas de renome no cenário nacional também defendem o posicionamento de que o art. 228 não pode ter a sua redação alterada:

b) do ponto de vista jurídico é muito questionável que se possa alterar a Constituição Brasileira para o fim de reduzir a maioria penal. A Inimputabilidade do menor de dezoito anos foi constitucionalizada (CF, art. 228). Há discussão sobre tratar-se ou não de cláusula pétrea (cf. art. 60, § 4º). Pensamos positivamente, tendo em vista o disposto no art. 5º, § 2º, da CF, c/c arts. 60, § 4º e 228. O art. 60, § 4º, antes citado, veda a deliberação de qualquer emenda constitucional tendente a abolir direito ou garantia individual. Com o advento da Convenção da ONU sobre os direitos da criança (Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Resolução I.44 (XLIV), da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20.11.1989, aprovada pelo Decreto Legislativo 28, de 14.09.1990, e promulgada pelo Decreto 99.710, de 21/11/1990, ratificada pelo Brasil em 24.09.1990, não há dúvida que a idade de 18 anos passou a ser referência mundial para a imputabilidade penal, salvo disposição em contrário adotada por algum país. Na data em que o país ratificou essa Convenção a idade então fixada era de dezoito anos (isso consta tanto do Código Penal como da Constituição Federal – art. 228). Por força do § 2º do art. 5º da CF esse direito está incorporado na Constituição (GOMES, 2008, p.03).

No entanto, conforme afirmado anteriormente, a redução da maioria penal é tema bastante polêmico. Existe uma corrente de juristas que embora concorde que a o art. 5º da Carta Magna não se exaure como cláusula pétrea, havendo, portanto, outros dispositivos constitucionais que possam se enquadrar como cláusula pétrea, isso não quer dizer que o art. 228 deva estar inserido nessa situação, não sendo passível de modificação. Para os defensores desta corrente de pensamento, nada justifica que, nos tempos atuais e frente a todas as modificações pelas quais passou a sociedade, o artigo em tela não pode se visto como um princípio fundamental, um direito fundamental que deve basilar toda a legislação constitucional pertinente ao assunto.

Interessante trazer aqui o posicionamento da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, que descarta qualquer proposta tendente a abolir a redução da maioria penal, por também defender o ponto de vista que o art. 228 é cláusula pétrea.

2.4 O ECA e as medidas socioeducativas

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, foi uma lei editada no Brasil em 1990, portanto, logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que já sinalizava, em alguns de seus dispositivos, dentre os quais o art. 228, a necessidade de criação de uma legislação especial direcionada a proteção das crianças e adolescentes.

O ECA é uma legislação especial que regulamenta os direitos das crianças e dos adolescentes. A sua criação e implantação no ordenamento pátrio se inspirou em diretrizes da Constituição Federal e, também, em documentos internacionais, dentre os quais a Declaração dos Direitos da Criança e as regras estabelecidas pelas Nações Unidas para Administração da Justiça da Infância e da Juventude (Regras de Beijing).⁷

Conforme assinala Nogueira (1998), em termos de estrutura o ECA é dividido em duas partes: a parte geral, que trata dos princípios norteadores do documento, como os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, inclusive o da proteção integral; e a parte especial, que dispõe sobre a política de atendimento para a criança e o adolescente, as medidas de proteção, a prática de ato infracional⁸, medidas socioeducativas etc.

⁷ As regras de Beijing são normas gerais tem por objetivo demonstrar que as crianças e adolescentes merecem atenção e assistência especial pelo fato de não terem desenvolvimento completo nessa etapa de suas vidas.

⁸ Ato infracional é termo empregado para fazer referência aos crimes ou contravenção penal, pois, por serem inimputáveis, os adolescentes jamais cometem crimes ou contravenções, incorrem tão somente em ato infracional.

Para Gois (2011), o ECA pode ser entendido como uma legislação de caráter especial que tem por maior finalidade dar proteção integral aos direitos infanto-juvenis, haja vista que os seus dispositivos apresentam uma gama de princípios e garantias, inclusive nas hipóteses de infrações cometidas pelos adolescentes.

Com efeito, uma análise mais detalhada sobre o ECA possibilita concluir, de pleito, que o maior objetivo da lei é proteger de forma integral todos os menores de dezoito anos, valendo mencionar que a referida legislação estabelece uma diferença por faixa etária das crianças e adolescentes.

Assim, até a faixa etária de 12 anos, o indivíduo é considerado criança, sendo que a partir desta idade até os 18 anos é adolescente segundo a classificação do ECA.

Art. 2º. Considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquele entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único. Nos casos expressos em Lei aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade (BRASIL, ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE)

Tal distinção é importante, pois são os adolescentes que respondem pelos atos infracionais e não as crianças.⁹ Nesse diapasão, em relação ao adolescente infrator, o ECA achou por bem utilizar a expressão ato infracional e não crime, como ocorre com os adultos. Isso já é uma forma diferenciada de tratar o menor que adota uma conduta revestida de ilicitude.

Segundo explica Gois (2011), ainda que seja menor de idade aos olhos da lei, não há como deixar de considerar que os atos infracionais cometidos pelos adolescentes repercutem negativamente no contexto social, especialmente quando esses praticam crimes de maior potencial ofensivo ou mesmo crimes hediondos. O autor entende que a marginalidade e/ou criminalidade entre infanto-juvenil não é um fato novo, fazendo parte da história da humanidade, embora tenha aumentado sobremaneira nos últimos anos.

No Brasil, assim como nos países emergentes, em que as desigualdades sociais são enormes, a criminalidade entre os muitos jovens estão relacionados com a miséria e a pobreza com a desestruturação familiar e a ausência de políticas públicas para alterar esse quadro.

⁹ Para as crianças são aplicadas medidas de proteção, que são discriminadas pelo ECA no art. 101, que prevê várias medidas como: orientação, apoio e acompanhamento necessário, matrícula e frequências em estabelecimento de ensino, colocação em família substituta etc.

Adolescentes e crianças que vivem na miséria, na pobreza e que são desamparados pelos seus familiares vivem, pois, em uma situação de fragilidade sendo que muitos, para garantir a sobrevivência nas ruas e também para o vício em drogas, recorrem ao crime para resolver os seus problemas. Porquanto, é o meio em que elas vivem que contribui diretamente para a expansão da criminalidade.

Eis que essa visão da criminalidade infanto-juvenil auxiliou o legislador a entender que a preocupação maior com a delinquência juvenil deve ser a de reeducação e ressocialização, por meio da aplicação das medidas socioeducativas.

Assim, dada a condição especial do adolescente, o artigo 112 do ECA estabelece em seus incisos de I a VII, que as medidas de caráter socioeducativo também podem ser cumuladas com as medidas de proteção.

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 (BRASIL, ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE)

Explicando em maiores detalhes o significado dessas medidas, tem-se o seguinte:

a) Advertência, ou seja, admoestação verbal; b) Menor infrator tiver condições de reparar o dano; c) Trabalhos comunitários: em regra a aplicabilidade desta medida pode variar em tona de seis meses a um ano, abrangendo o tempo de oito horas semanais, inclusive podendo ser aplicada aos finais de semana; d) Liberdade assistida: abarca um prazo mínimo de seis meses, no qual se faz análise do comportamento do adolescente durante esse período; e) Semiliberdade: trata-se de uma medida mais gravosa, cujo prazo de duração é de seis meses; f) Internação: Essa é a medida mais grave estabelecida pelo ECA, podendo variar de seis meses (prazo mínimo) para três anos (prazo máximo), sendo regida pelos princípios da Obrigação de reparar o dano causado à vítima, sendo essa aplicada, em regra, para os atos infracionais cometidos como o patrimônio. Oportuno destacar que essa medida só será aplicada tão somente aos crimes mais graves, de maior potencial ofensivo, como o homicídio, estupro, roubo etc.

No ordenamento pátrio há vários exemplos de aplicação das medidas socioeducativas pelos magistrados. Abaixo é apresentado um exemplo de jurisprudência versando sobre a aplicabilidade das medidas socioeducativas:

Porte de maconha. Plena comprovação do ato infracional. Medida sócio-educativa de prestação de serviço à comunidade. Apelo negado. Cuidando-se de reincidente contumaz, a prestação de serviços terá efeito terapêutico e educacional, além de não prejudicar frequência escolar. Medida hábil à tentativa ou ressocialização do infrator, que vivendo no ócio impuro, se deixa facilmente expor à deletéria influência das más companhias e, implacavelmente, segundo experiência comum, tornará a errar (TJSP, Acv. 16771-0/0. Rel. Ney Almada).

Para Gois (2011), quando o ECA foi elaborado entendeu-se que essas medidas seriam suficientes para prevenir a prática dos atos infracionais cometidos pelos adolescentes. Elas não têm o condão de punição, mas sim de reeducação da delinquência juvenil, senão vejamos:

Tais medidas, de um modo geral, conferem ampla resposta ao ato praticado, merecedor de reprovação social, não mais ficando os juízes limitados as tradicionais admoestações ou encarceramento; medidas extremas, as quais muitas vezes não se afiguram como as mais adequadas. Porém, ao se aplicar medidas sócioeducativas, não se aterá apenas às circunstâncias e a gravidade do ato, mas às condições pessoais do adolescente, sua personalidade, suas referências familiares e sociais, bem como a sua capacidade de cumpri-la (GOIS, 2011, p.08).

Na teoria criminológica, no qual se destaca as opiniões de Baratta (2002), que muito discute acerca da questão da ressocialização dos criminosos e mesmos dos menores infratores, medidas mais duras, como a prisão privativa de liberdade em nada contribui para a ressocialização de pessoas que cometem crimes. De fato a ressocialização é muito difícil, sendo este um dos pontos criticados pelos operadores de direito em relação ao ECA.

No entanto, as medidas socioeducativas se constituem parte da doutrina, como uma resposta social eficaz ao adolescente infrator, tendo sua aplicação revestida de caráter sociopedagógico, ou seja, de recuperação do adolescente. Possibilitando despertá-lo para a sua responsabilidade social.

Nesse sentido, existem algumas proposta e alteração do ECA em trâmite no Congresso Nacional. Recentemente, foi aprovado pelos senadores, um projeto de lei que visa o aumento de pena da internação de 3 para 10 anos para os jovens que cometerem crimes hediondos.

Lado outro, parte dos operadores de direito entendem que o esforço do legislador em criar o ECA cai por terra frente à ineficácia do Estado em aplicar as medidas socioeducativas como se deve. Essa ineficácia compromete o ECA, especialmente no que diz respeito à almejada recuperação do adolescente infrator.

2.5 Críticas favoráveis e desfavoráveis acerca da proposta reducionista da maioridade penal

Pelo fato da marginalidade infanto-juvenil ter atingido níveis altíssimos nos últimos anos e da sociedade brasileira ter se tornando refém deste processo, o que se percebe nos últimos anos são críticas ferrenhas contra a continuidade da maioridade penal nos 18 anos de idade, bem como as medidas adotadas pelo ECA no enfrentamento das questões relacionadas ao menor infrator.

Os meios de comunicação constantemente noticiam os atos infracionais praticados pelos adolescentes. Muitas crianças e jovens são atraídos para o mundo da criminalidade em virtude do meio ambiente em que vive e os criminosos adultos acabam usando os jovens para a prática de crimes cada vez mais grave. É cada vez mais comum relatos de crianças e adolescentes em crimes de homicídio, estupro, roubo, tráfico de drogas etc.

Por conta disso, começou a ser esboçado por alguns setores da sociedade brasileira os argumentos favoráveis a redução da maioridade penal.

3 CONCLUSÃO

Pelo todo apresentado, pode-se concluir que o Brasil, está na lista dos países que mais prendem no mundo. Obviamente existem outros, mas foge do escopo da presente pesquisa fazer uma análise detalhada sobre o sistema prisional no mundo.

Mas, essas informações são importantes para reafirmar a ideia de que o encarceramento em massa não está produzindo os resultados esperados no que tange a recuperação do apenado e a sua reinserção na sociedade. No Brasil, as taxas de reincidência são significativas.

Por esse motivo, a reinserção social, a redução e a ressocialização são temas que estão no cerne das discussões sobre a eficácia das penas privativas de liberdade, pois o que se espera além da punição, e que o apenado tenha a possibilidade de aprender que o crime

não compensa, sendo mais viável para ele, ser reintegrado à sociedade. No entanto, na prática isso não ocorre.

Em termos conceituais, a ressocialização é entendida como um meio de fornecer suporte para que o preso não volte mais a praticar crimes contra a sociedade. Para tanto, busca-se, primeiro, compreender quais foram os motivos que levaram o indivíduo a praticar o crime e o que deve ser feito para que isso não aconteça novamente.

4 REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução Juarez Círiano dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BRASIL, **Constituição Federal**. Disponível em: <<http://Planalto.gov>> Acesso em: 22 jul. 2016.

BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <<https://www.dol.gov/ilab/submissions/pdf/CaboVerde20141204.pdf>> Acesso em: 29 jul. 2016.

CARLOS, Larrisa de Freitas. **Rebaixamento da imputabilidade penal: breve ensaio**. Disponível em <<http://www.uol.com.br/doutrina.asp?id=1652>> Inserido em 06/2000, acesso em 21 de jul. 2016.

COELHO, Edihermes Marques. **Manual de direito penal**: a dogmática penal numa ótica garantista. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

FIGUEIREDO, Luiz Carlos Vieira de. **Redução da maioria penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002.

FREITAS, Oracilda; RAMIRES, Júlio César. **Políticas públicas de prevenção e combate à criminalidade envolvendo jovens**. CAMINHOS DE GEOGRAFIA - revista on line <<http://www.ig.ufu.br/revista/caminhos.html> ISSN 1678-6343.> 2012. Acesso em: 29 jul. 2016.

GOIS, Violeta Paula Cirne. **O Estatuto da Criança e do Adolescente, as medidas sócioeducativas e a internação**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=502> 2011. Acesso em: 29 jul. 2016.

GOMES, Luís Flávio. **Menoridade penal: cláusula pétrea?** Disponível em: <<http://www.ilf.blog.br/article.php?story=20070213065503211>> 2008. Acesso em: 19 jul. 2016.

_____. Brasil, **Holanda e Estados Unidos**: panorama dos sistemas penitenciários. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/brasil-holanda-e-estados-unidos-panorama-dos-sistemas-penitenciarios/>> 2013. Acesso em: 29 jul. 2016.

GOMES NETO, Gercino Gerson. **A imputabilidade penal como cláusula pétrea**. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id205.htm>> 2011. Acesso em: 29 jul. 2016.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2008. LIMA, Magna Simone Albuquerque. **O mundo da criminalidade e os jovens**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/index.php?n_link=revista_artigos_1eitura&artigo_id=6727&revista_caderno=12> 204. Acesso em: 29 jul. 2016.

MACHADO, Angela C. Cangiano Machado, et al. **Prática Penal**. Revista dos Tribunais, 12 ed. São Paulo, 2016.

MALCHER, Farrah de Souza. **A questão da inimputabilidade pro doença mental e a aplicação das medidas de segurança no ordenamento jurídico atual**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12564/a-questao-da-inimputabilidade-por-doenca-mental-e-a-aplicacao-das-medidas-de-seguranca-no-ordenamento-juridico-atual>> 2009. Acesso em 29 de Jul. 2016.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 20ª edição, São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PONTE, Antonio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**. 2. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

RANGEL, Maurício. **A constitucionalidade da redução da maioria penal em face de sua natureza de regra de política criminal**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n.78, jul. 2010.

ROSSINI, Tayla Roberta Dolci. **O Sistema prisional brasileiro e as dificuldades de ressocialização do apenado**. Disponível em: <www.direitonet.com.br/ 2013.> Acesso em: 12 jun. 2016.

SÁ, Artur Luís Carvalho. **As medidas socioeducativas do ECA e a reincidência da delinquência juvenil**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,as-medidas-socioeducativas-do-eca-e-a-reincidencia-da-delinquencia-juvenil,24348.html>> 2013. Acesso em: 29 jul. 2016.

SOARES, Raquel. **Entenda a proposta que reduz a maioria penal**. Disponível em: <<http://imirante.com/sao-luis/noticias/2015/07/25/entenda-a-proposta-que-reduz-a-maioridade-penal.shtml>> 2015. Acesso em: 29 jul. 2016.

TAVARES, Heloisa Gaspar Martins. **Idade penal (maioridade penal) na legislação brasileira desde a colonização até o Código de 1969**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5958/idade-penal-maioridade-na-legislacao-brasileira-desde-a-colonizacao-ate-o-codigo-de-1969/2>> 2004. Acesso em 22 jul. 2016.