

UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE MARABÁ
INSTITUTO EM ESTUDO DE DIREITO E SOCIEDADE

WEBERT RODRIGO DA SILVA

MAIORIDADE PENAL

A QUESTÃO DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL

MARABÁ

2013

WEBERT RODRIGO DA SILVA

MAIORIDADE PENAL

A QUESTÃO DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL

Monografia Jurídica apresentada como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito à Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará.

Área de concentração: Direito Penal

Orientador: Professor Mestre Marco Alexandre Costa Rosário

MARABÁ

2013

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca II da UFPA. CAMAR, Marabá, PA

Silva, Webert Rodrigo da

Maioridade Penal: a questão da maioridade penal no Brasil. /
Webert Rodrigo da Silva; orientador, Marco Alexandre Costa
Rosário. — 2013.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade
Federal do Sul e Sudeste do Pará, Campus Universitário de Marabá.
Faculdade de Direito, Marabá, 2013.

1. Direito Penal - Brasil. 2. Maioridade Penal - Brasil. 3. Estatuto da
criança e do adolescente. Rosário, Marco Alexandre Costa, orient. II.
Título.

CDD: 341.5241

WEBERT RODRIGO DA SILVA

MAIORIDADE PENAL

A QUESTÃO DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL

Monografia Jurídica apresentada como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito à Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará.
Área de concentração: Direito Penal

Data da Aprovação: _____

Banca Examinadora:

Professor: Marco Alexandre Costa Rosário – Orientador

Titulação: Mestre

Instituição: Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará

Professora: Olinda Magno Pinheiro - Membro

Titulação: Mestre

Instituição: Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará

MARABÁ

2013

Dedico este trabalho a todos que me apoiaram e acreditaram no meu potencial, em especial a minha esposa, que tanto me apoiou compreendendo meus momentos de ausência, pois foram sete longos anos até chegar a essa tão almejada conquista. Faço um agradecimento em especial aos meus familiares, amigos e professores, que tanto contribuíram para essa conquista.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha esposa que tanto me apoiou acreditando no meu potencial e compreendendo a minha ausência, pois foram sete longos anos até chegar a essa conquista. Agradeço a meus pais: Sr. Ilson Bosco da Silva e Maria Aparecida da Silva que juntos sempre me estimularam a não desistir e prosseguir nos estudos dando exemplos de caráter, honestidade e hombridade, até conseguir chegar a tão sonhada formatura de conclusão do curso.

Agradeço aos meus irmãos Wellington Luis da Silva, Wemerson Ilson da Silva e Daiana Letícia da Silva, que mesmo a longa distância mandou mensagens de apoio, acreditando que mesmo diante das dificuldades a vitória estava por vir.

Agradecimento em especial faço aos meus professores que com sabedoria souberam me guiar nesse longo caminho, obtive o máximo proveito das lições aprendidas ao longo do curso.

Enfim desejo a todos que contribuíram direta ou indiretamente para minha conquista, toda felicidade do mundo, paz, saúde, alegria, e que Deus possa guarnecer os lares de todos com seu manto sagrado.

“A liberdade é o direito de fazer tudo quanto as leis permitem: e, se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, não teria mais liberdade porque os outros teriam idêntico poder”

Barão de Montesquieu

RESUMO

O presente trabalho é resultado de pesquisas bibliográficas, coleta de dados, desde a época do Império, fazendo uma retrospectiva no tempo, a fim de identificar todo o tratamento que foi dado ao menor desde o período imperial até os dias atuais, necessário para esse fim o estudo do Código Criminal do Império, Código Criminal de 1890, Código de Menores de 1927, Código Penal de 1940 e a reforma de 1984, O Estatuto da criança e do Adolescente de 1990, para se ter a exata dimensão de como foi tratado a questão do menor até os dias atuais. Sabe-se que a divergência doutrinária acerca da redução da maioria penal tem causado grandes debates dentre os operadores do Direito, principalmente em virtude de haver posicionamento contra a medida em virtude de haver entendimento pela inconstitucionalidade da medida, assim a pesquisa feita teve como foco a verificação da questão da constitucional da medida para se chegar a uma conclusão, e contribuir para pesquisas futuras.

Palavras-chave: Maioridade Penal. Menor. Direito.

ABSTRACT

This work is the result of literature searches, data collection, since the time of the Empire, in retrospect the time to identify all the treatment that was given to the lowest since the imperial period to the present day, necessary for that purpose the study of the Criminal Code of the Empire, the Criminal Code 1890, Code of Minors 1927 Penal Code of 1940 and the reform of 1984, the Statute of the child and Adolescent 1990 to have the exact dimension of how the issue was handled from the least to the present day. It is known that the divergence doctrinaire on reducing the age of criminal responsibility has caused great debate among legal practitioners, mainly because there positioning against the measure because there understanding the unconstitutionality of the measure, the survey focused on the verification of the constitutional question as to arrive at a conclusion, and contribute to future research.

Keywords: Legal Age. Lower Right.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	19
2 ABORDAGEM HISTÓRICA DO TRATAMENTO DADO AO MENOR.....	22
2.1 TRATAMENTOS DADO AO MENOR DURANTE O IMPÉRIO.....	22
2.2 CÓDIGO PENAL DE 1890.....	24
2.3 CÓDIGO DE MENORES DE 1927.....	25
2.3.1 Menores delinquentes.....	27
2.4 CÓDIGO DE MENORES DE 1979.....	29
2.5 CÓDIGO PENAL DE 1940 E REFORMA DE 1984.....	31
2.5.1 Projeto de Código de 1969.....	33
2.6 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	34
2.6.1 Medidas sócio-educativas.....	36
3 O SISTEMA PENAL BRASILEIRO.....	40
3.1 O CRIME E A IMPUTABILIDADE PENAL.....	40
3.2 DAS PENAS E SUAS COMINAÇÕES.....	42
4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	47
4.1 FORMAS DE ALTERAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO.....	47
4.2 FORMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	48
4.3 ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	48
4.4 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	49
4.5 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE.....	50
4.6 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.....	50
4.7 ADI IINTERVENTIVO.....	51
4.8 CLÁUSULAS PÉTREAS.....	52
5 DIVERGÊNCIA ACERCA DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL.....	54
5.1 POSICIONAMENTOS A FAVOR DA MANUTENÇÃO AOS 18 ANOS.....	58
5.2 MANUTENÇÃO AOS 18 ANOS COM AUMENTO DO PERÍODO DE INTERNAÇÃO.....	61

5.3 POSICIONAMENTOS A FAVOR DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL	62
6 REFLEXÕES CONCLUSIVAS.....	66
REFERÊNCIAS.....	69

1 INTRODUÇÃO

A questão polêmica acerca da redução da maioria penal no Brasil é um dos temas mais discutidos na atualidade, devido a controvérsia doutrinária existente entre os operadores do Direito, aliado a pressão da sociedade por penas mais severas aos menores infratores, proporciona ao trabalho de pesquisa grande relevância para futuras pesquisas.

Sabe-se que em 1984 houve uma grande reforma da Parte Geral do Código Penal trazida pela lei 7.209/84, ao se analisar a “apresentação de motivos da nova parte geral do Código Penal”, no que tange ao tratamento dado ao menor infrator, houve a manutenção da inimputabilidade penal aos 18 (dezoito) anos, decisão que foi pautada em critérios de Política Criminal. A resposta dada a crítica daqueles que esperavam por uma diminuição da idade penal para 16 (dezesesseis) anos foi baseada na circunstância de que o menor ser ainda incompleto, anti-social na medida em que não é socializado ou instruído.

Oportuno é observar como pensa Mirabete (1997, p.27) "Ninguém pode negar que o jovem de 16 a 17 anos, de qualquer meio social, tem hoje amplo conhecimento do mundo e condições de discernimento sobre a ilicitude de seus atos". Seguindo essa visão a capacidade de entendimento depende das condições socioculturais em que vivem os adolescentes de hoje, principalmente os que habitam nos grandes centros, a gama de informações, a tecnologia avançada, leva a crer que muitos adolescentes mesmo com idade inferior a 18 (dezoito) anos possam atingir a capacidade de entendimento dos atos cometidos.

Passados quase trinta anos da reforma da parte geral do Código Penal, o assunto ainda gera grande discussão, uma vez que o aumento da criminalidade das grandes cidades leva a sociedade, com apoio das redes de telecomunicações, a clamar por mudanças na legislação, pela aplicação de penas mais severas aos menores infratores. Uma sensação de impunidade e insegurança faz crescer o medo e o descrédito ao poder público, detentor do poder de polícia e responsável por prover a segurança de todos os cidadãos.

Os menores de dezoito anos quando cometem conduta equivalente a crime ou contravenção penal, praticam segundo o artigo 103 do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8.069 de 13 de julho de 1990), ato infracional e ficam submetidos as medidas sócio-educativas do artigo 112 do mesmo dispositivo legal. As medidas aplicadas variam de advertência para pequenos delitos de menor potencial ofensivo, até internação para delitos mais graves como homicídios, latrocínios e seqüestros.

Essas medidas sócio-educativas na atualidade são muito questionadas, pois delitos mais graves que culminariam penas mais severas de até 30 (trinta) anos de reclusão em estabelecimento carcerário, ficando limitado a medida sócio-educativa de internação por um período máximo de 3 (três) anos. Nessa ótica surge um posicionamento a favor da manutenção da idade penal em 18 (dezoito) anos, porém devendo haver uma majoração das medidas sócio-educativas, principalmente crimes contra a vida, a liberdade sexual, patrimônio, ou seja, delitos praticados com uso da violência ou grave ameaça.

No Congresso Nacional várias são as propostas de emenda a Constituição que visam a mudar o tratamento dado aos delitos praticados por menores, existem propostas que anseiam pela redução da maioridade penal para 16 (dezesesseis) anos, ou até mesmo 14 (quatorze) anos, outros querem a majoração das medidas sócio-educativas aplicadas aos menores infratores, porém com a manutenção da idade penal aos 18 (dezoito) anos. Há ainda posicionamento considerável que acredita não haver necessidade de alterações e muito menos majoração de penas, mas sim implementos das medidas já previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente que não são aplicadas na prática pelo Poder Público.

Certo é que o Brasil possui um sistema carcerário precário e falido, com super lotação dos presídios, tratando na verdade de um amontoado de seres humanos vivendo em condições subumanas de limpeza, higiene e saúde. Aos cuidados de agentes penitenciários desqualificados, mal remunerados e despreparados, um sistema criado para reeducar, ressocializar, para inserir novamente o individuo na sociedade. Da forma como se encontra hoje fica difícil atingir o fim a que se destina o cerceamento de liberdade do individuo, sendo que

constitui uma medida de exceção, pois a regra é a liberdade garantida pela Constituição Federal.

2 ABORDAGEM HISTÓRICA DO TRATAMENTO DADO AO MENOR

Esse primeiro capítulo é destinado a fazer uma abordagem breve da história do tratamento que foi dado ao menor desde o Império, assim facilitará a compreensão da evolução dos métodos coercitivos pelos quais passaram os menores ao longo dos anos. As revoluções europeias trouxeram influência sobre diversos intelectuais portugueses, dentre eles podemos destacar Pascoal José de Melo freire, que elaborou um projeto de Código Criminal, o projeto não foi convertido em lei, mas serviu para demonstrar a necessidade naquela época de inovar o ordenamento.

O espírito inovador dos portugueses em matéria penal certamente atingiria a colônia, esse espírito foi influenciado pela idéias do italiano Cesare Beccaria, autor da obra “Dos delitos e das penas”, foi o primeiro a levantar-se contra a tradição jurídica e a legislação penal de seu tempo, denunciando os julgamentos secretos, as torturas o meio de se obter a prova do crime e a prática de confiscar bens do condenado.

2.1 TRATAMENTOS DADO AO MENOR DURANTE O IMPÉRIO

O principal marco histórico para análise do tratamento dado ao menor a época imperial sem dúvida foi à promulgação do Código Criminal do Império de 1830 e o Código de Processo Criminal do Império de 1832. O Código Criminal do Império veio substituir as antigas ordenações que se tornaram obsoletas com o passar do tempo e evolução da sociedade. As antigas ordenações eram compostas por 5 livros, sendo o quinto livro destinado ao Direito e aos processos penais.

A característica marcante deixada pelas ordenações foram penas aplicadas em desnível com o delito, marcadas por exagerado número de penas de morte e penas corporais de elevada crueldade. Tornando-se obsoletas as ordenações e seguindo tendências da Europa, Dom Pedro I promulgou em 1830 o Código Criminal do Império e dois anos após em 1832 o Código de Processo Criminal do império de 1832.

O Código Criminal era composto por 165 artigos, e ao se fazer uma primeira análise se percebe que muito se evoluiu desde 1830, nota-se no Código Penal uma estrutura mais evoluída, mas que ainda guarda traços da época imperial, apesar de já se passar quase 200 anos. Não existia na época do período imperial uma legislação específica para dar tratamento diferenciado a uma determinada faixa etária. O tratamento diferenciado trazido pelo Código Criminal de 1830 estava disposto no § 1 do artigo 10, que ao se referir a crimes praticados por menores de 14 anos, nessa ocasião não eram julgados criminosos, estabelecendo o legislador da época um tratamento diferenciado para os que obrassem com discernimento como será visto mais adiante.

Assim o que se observa é que o legislador estabeleceu a idade de 14 anos como marco da idade penal da época, contudo logo no artigo 13 do mesmo diploma, fazia-se uma ressalva quanto ao discernimento no momento da conduta criminosa.

Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commettido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de dezasete annos.

Dessa forma apesar de a idade penal ser 14 anos, o menor que cometesse crimes, consciente da ilicitude do ato praticado que seria apurado no caso concreto, poderiam ser recolhido as casas de correção, ficando a critério do magistrado o tempo necessário a sua reabilitação, porém esse tempo recolhido não poderia exceder a idade de 17 anos.

Interessante notar que a lei menciona os menores de 14 anos que obrarem com discernimento, impondo ao juiz apenas o limite máximo de 17 anos, assim um jovem de 10 anos que cometesse um crime poderia ser recolhido as casas de correção por até 7 anos. A legislação atual impõe o limite de 3 anos de internação como medida sócio educativa máxima aplicada aos delitos de maior gravidade.

O artigo 18 do Código de 1830 ao elencar um rol de circunstâncias que atenuam a pena, considerou como uma das circunstâncias atenuantes o fato de o agente ter a época do delito idade inferior a 21 anos, como se pode observar pela reprodução original do texto abaixo:

Art. 18. São circunstancias attenuantes dos crimes:
10. Ser o delinquente menor de vinte e um annos.
Quando o réo fôr menor de dezasete annos, e maior de quatorze, poderá o Juiz, parecendo-lhe justo, impôr-lhe as penas da complicitade.

Figura no rol de atenuantes o agente ter cometido o crime tendo a época idade inferior as 21 anos, circunstância que permanece até hoje na lei penal, podendo o juiz aplicar a pena de complicitade quando o agente for menor de 17 anos e maior de 14 anos, a pena de complicitade seria o que hoje se aplica ao autor que figura no delito na qualidade de partícipe.

Também não se applicava aos menores de 21 anos a pena de galês, que consistia em forçar o condenado a trabalhos na província, estando com as pernas acorrentadas.

2.2 CÓDIGO PENAL DE 1890

Face a necessidade de uma legislação mais atual, juntamente com a proclamação da república, foi promulgado em 11 de outubro de 1890 o decreto 847 inserindo no ordenamento um novo código, que não trouxe muitas inovações em relação ao tratamento dado ao menor.

Consoante o previsto no artigo 27 do referido diploma legal e parágrafos, não se julgariam criminosos os menores de 9 anos completos e o maior de 9 e menor 14 anos que obrassem sem discernimento. Percebe-se também assim com ocorria no código de 1830, um tratamento diferenciado para os menores que obrassem com discernimento no momento da ação criminosa, o artigo 30 assim previa:

Art. 30. Os maiores de 9 annos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares

industriais, pelo tempo que ao juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda á idade de 17 annos.

O Código de 1890 trouxe a questão da inimputabilidade total para os menores de 9 annos completos, deixando-os isentos de punibilidade. A semi-imputabilidade surge com a previsão expressa para os menores de 14 annos e maiores de 9 annos completos, que tiverem cometido delitos sabendo do carácter ilícito do facto, a eles seriam applicados recolhimento a estabelecimento industrial, uma medida alternativa criada a época visando ressocializar o menor em desenvolvimento pelo trabalho, ficando a critério do magistrado a applicação do tempo de recolhimento aos estabelecimentos industriais, com uma ressalva, a idade limite de recolhimento aos estabelecimentos industriais não poderia superar os 17 annos.

O Código de 1890 manteve em seu artigo 42 § 11, como circunstância atenuante ter o agente cometido o delicto com idade inferior a 21 annos, assim como era previsto no Código de 1830. Cabe destacar que o dispositivo legal de 1890 muito evoluiu em relação ao Código de 1830, pois deixou de figurar penas cruéis como a pena de morte, pena de gâles, mas manteve a pena de banimento, que privava o condenado dos direitos de cidadão brasileiro e inibia o agente de habitar o território nacional, enquanto durassem os efeitos da pena.

2.3 CÓDIGO DE MENORES DE 1927

O Código de menores como ficou conhecido foi idealizado pelo primeiro juiz de menores Dr. Mello Mattos, era composto por 231 artigos e conhecido no mundo jurídico por Código Mello Mattos. Foi o primeiro diploma legal a dar tratamento mais sistemático e humanizador às crianças e adolescentes. Trouxe uma serie de inovações, nunca na historia se tratou com tanto afinco a questão do menor como não duas primeiras décadas do século XX. O Código foi instituído pelo decreto 17943-A, em 12 de outubro de 1927.

O Código Mello Mattos manteve a visão conservadora de que os menores delinquentes são uma ameaça para a sociedade de bem, mas trouxe a proteção jurídica do estado, a infância e a juventude passaram a ser bem jurídicos tutelados

pelo estado, começam a nascer os direitos humanos do menor que seriam afirmados em 1948 pela ONU. Para Rizzini (apud REBELO, 2010, pag. 29), ao comentar esse período importante da história:

as duas primeiras décadas do século XX constituem o período mais profícuo da legislação brasileira para a infância. É grande o número de leis produzidas na tentativa de regulamentar as situações da infância, que passa a ser alvo de inúmeros discursos inflamados nas Assembleias das Camaras Estaduais e do congresso Federal.

O Código de Menores de 1927 trouxe uma série de inovações, inclusive terminológicas para caracterizar a situação do menor nesse período, dentre elas podemos citar:

- a) Infantes expostos - crianças de até 7 anos de idade que se encontravam em estado de abandono;
- b) Menores abandonados - menores de 18 anos sem habitação certa, meios de subsistência, com pai e mãe encarregado de sua guarda preso ou incapaz de cumprir os deveres, ou entregues a prática de atos contrários a moral aos bons costumes, menores que se encontrem em estado habitual de vadiagem, mendicidade ou libertinagem, que frequentem lugares de moral duvidosa ou andem em más companhias;
- c) Vadios - os menores atrasados em instrução, os que abandonaram seus lares vagando pelas ruas e dedicando-se a atividades ilícitas;
- d) Mendigos - sendo aqueles que vagam pelas ruas a pedir esmolas;
- e) Libertinos - os que convidam os companheiros ou mesmo transeuntes a prática de atos obscenos, ou mesmo se entregando a prática da prostituição;

Diante do exposto podemos destacar dentre as medidas mais comuns aplicadas aos menores abandonados, libertinos e mendigos eram: repreensão do menor, recolhimentos as escolas de preservação, confiadas a pessoas idôneas para guarda provisória e em alguns casos os menores eram entregues a instituições de caridade.

2.3.1 Menores delinqüentes

Para compreender como eram tratados os menores que cometiam crimes e contravenções, é necessário fazer uma análise de alguns artigos a luz do Código de menores de 1927.

Art. 68. O menor de 14 annos, indigitado autor ou cúmplice de facto qualificado como crime ou contravenção, não será submettido a processo penal de, espécie alguma; a autoridade competente tomará sómente as informações precisas, registrando-as, sobre o facto punivel e seus agentes, o estado physico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e economica dos paes ou tutor ou pessoa em cujo guarda viva.

O referido artigo fixa a idade penal em 14 annos, pois não seria submettido a processo penal de nenhuma espécie, mas seria apurado em que circunstancias haveria cometido o delito para se aplicar no caso concreto a medida mais adequada. Se fosse considerado deficiente mental seria levado a tratamento adequado para essa deficiência, se fosse menor abandonado, pervertido ou em estado de perigo, conforme disposto no § 2 do mesmo artigo, seria colocado em casa de educação ou confiado à pessoa idônea o tempo que fosse necessário para sua educação, contando que não ultrapassasse os 21 annos. Dependendo do tratamento especial necessário poderia o menor ser confiado aos pais ou tutor mediante imposição de condições especiais.

Quanto à reparação do dano causado a vitima pelo menor de 14 annos, o § 4 impunha a responsabilidade subjetiva dos pais do menor, desde que fosse comprovado culpa dos genitores. O Código em seu artigo 69 dá tratamento especial para certa faixa etária como exposto abaixo:

Art. 69. O menor indigitado autor ou cúmplice de facto qualificado crime ou Contravenção, que contar mais de 14 annos e menos de 18, será submettido a processo especial, tomando, ao mesmo tempo, a autoridade competente as precisas informações, a respeito do estado physico, mental e moral delle, e da situação social, moral e economica dos paes, tutor ou pessoa incumbida de sua guarda.

Assim cometendo o delito com idade superior a 14 e menor de 18 annos, o menor seria submettido a um processo especial, se não fosse abandonado, pervertido ou em estado de perigo, seria recolhido a casa de reforma por um período

de 1 a 5 anos. Constatado estado de abandono, perversão ou estado de perigo o tempo de recolhimento a casa de reforma era majorado para 3 anos no mínimo e máximo de 7 anos. Os prazos máximos de internação estavam em consonância com o direito a liberdade da pessoa humana, impondo-se limites a estipulação de medida de restrição de liberdade. Quanto ao local em que os menores seriam recolhidos na falta de estabelecimentos apropriados o artigo 87 previa o seguinte:

Art. 87. Em falta de estabelecimentos apropriados á execução do regimen creado por este Codigo, os menores de 14 a 18 annos sentenciados a internação em escola do reforma serão recolhidos a prisões comuns, porém, separados dos condemnados maiores, e sujeitos a regime adequado; - disciplinar o educativo, em vez de penitenciario.

Nesse caso especifico os menores delinquentes que comessem crimes, com idade superior a 14 e inferior a 18 anos sentenciados a internação, e não sendo possível por diversas circunstâncias aplicar-lhes a medida, o legislador inseriu no ordenamento, como medida de exceção o recolhimento do menor a prisão comum, porém sendo vedado colocar os menores com sentenciados maiores de idade, sendo a medida aplicada a educativa. O artigo 89 do referido diploma legal faz vedações a imprensa como se pode perceber pela leitura do teor do referido artigo abaixo:

Art. 89. É vedada a publicação, total ou parcial, pela imprensa ou por qualquer outro meio, dos actos e documentos, do processo, debate e ocorrência das audiências e decisões das autoridades. Assim tambem a exhibição de retratos dos menores processados, de qualquer illustração que lhes diga respeito ou se refira aos factos que lhes são imputados. Todavia, as sentenças poderão ser publicadas, sem que o nome do menor possa ser indicado por outro modo que por uma inicial. As infrações deste, artigo serão punidas com a multa de 1:000\$ a 3:000\$, além do sequestro da publicação e de outras penas que possam caber.

Medida de extrema proteção ao menor em conflito com a lei, a censura a exposição do menor, visando à proteção da imagem, trata-se de restrição ao direito de publicidade dos atos processuais que envolvem menores. A imprensa estava restrita a divulgação do resultado dos atos e publicação de sentenças, sendo vedada a divulgação do nome do menor.

Não se pode negar que o poder público de certa forma se esforçou para criar ao longo dos anos estabelecimentos que pudessem por em pratica políticas

publicas visando ressocializar o menor e prover proteção contra os males da sociedade. Em 1941 foi criado o SAM (Serviço de Assistência ao Menor), que tinha o objetivo de sistematizar e orientar os serviços de assistência a menores desvalidos e delinquentes, internados em estabelecimentos oficiais e particulares. Outra tentativa nesse sentido de resolver as questões que envolviam menores infratores foi a criação da FUNABEM (Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor) e suas subdivisões estaduais em FEBEM (Fundação Estadual de Bem-Estar do Menor).

O objetivo de ressocializar o menor infrator pelo trabalho, proporcionando educação de qualidade, instrução, preparando esse jovem para o retorno a vida em sociedade era o objetivo das instituições, casas de correção e reforma, porém a falta de investimento do poder público nesse setor, má distribuição de renda, o acesso cada vez mais fácil a arma de fogo, tornou impraticável a recuperações dos jovens internados, transformando os estabelecimentos em escolas da criminalidade.

2.4 CÓDIGO DE MENORES DE 1979

O Código de 1979 revogou o Código de Menores de 1927 fazendo uma revisão completa, rompendo com a arbitrariedade, assistencialismo, introduziu o conceito de menor em situação irregular. Segue o artigo na íntegra para melhor compreensão:

Art. 2º Para os efeitos deste Código considera-se em situação irregular o menor:

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

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

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

III - em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

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

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal.

Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.

Assim conforme estabelece o inciso VI, estará em situação irregular o menor autor de infração penal, sendo os agentes autores de delitos tipificados como crime ou contravenção. Toda medida aplicada ao menor tem por objetivo sua integração sócio familiar, o artigo 14 exposto abaixo elenca as medidas que podem ser adotadas pela autoridade judiciária:

Art. 14. São medidas aplicáveis ao menor pela autoridade judiciária:

I - advertência;

II - entrega aos pais ou responsável, ou a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade;

III - colocação em lar substituto;

IV - imposição do regime de liberdade assistida;

V - colocação em casa de semiliberdade;

VI - internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado.

Interessante notar que as medidas aplicadas muito se assemelham com as medidas sócio-educativas previstas atualmente no Estatuto da Criança e do Adolescente, porém o Estatuto estabeleceu um rol maior de medidas, como obrigação de reparar o dano, e a prestação de serviços a comunidade dentre outras medidas.

A internação constituía a medida mais gravosa aplicada ao menor, consoante o artigo 40, só seria aplicada se não houvesse outra medida mais viável, importe fazer uma análise do artigo 41 exposto abaixo que trata justamente da internação que tanto é questionada nos dias de hoje:

Art. 41. O menor com desvio de conduta ou autor de infração penal poderá ser internado em estabelecimento adequado, até que a autoridade judiciária, em despacho fundamentado, determine o desligamento, podendo, conforme a natureza do caso, requisitar parecer técnico do serviço competente e ouvir o Ministério Público.

§ 1º O menor sujeito à medida referida neste artigo será reexaminado periodicamente, com o intervalo máximo de dois anos, para verificação da necessidade de manutenção de medida.

§ 2º Na falta de estabelecimento adequado, a internação do menor poderá ser feita, excepcionalmente, em seção de estabelecimento destinado a maiores, desde que isolada destes e com instalações apropriadas, de modo a garantir absoluta incomunicabilidade.

§ 3º Se o menor completar vinte e um anos sem que tenha sido declarada a cessação da medida, passará à jurisdição do Juízo incumbido das Execuções Penais.

§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, o menor será removido para estabelecimento adequado, até que o Juízo incumbido das Execuções Penais julgue extinto o motivo em que se fundamentara a medida, na forma estabelecida na legislação penal.

Cabe destacar pelo exposto nesse artigo que a internação ao contrário do que ocorre hoje não tinha prazo determinado, cabendo a autoridade judiciária em despacho fundamentado determinar o desligamento do infrator, consoante ainda o que previu o legislador no § 1, seria feito uma avaliação do infrator a cada 2 anos no máximo, para verificar a possibilidade de cessação da medida. Não cessando os motivos para imposição da medida quando completasse 21 anos, o infrator passaria a jurisdição de execuções penais devendo ficar em estabelecimento adequado até que o juízo determinasse a cessão da medida. O que fica evidenciado nesse dispositivo é o caráter perpétuo que a medida poderia ocasionar o que hoje é vedado expressamente pela Constituição Federal.

2.5 CÓDIGO PENAL DE 1940 E REFORMA DE 1984

O Decreto-lei 2.848 de 1940 revogou o Código Criminal de 1890, entrando em vigor o novo Código Penal. O novo código trouxe mudanças significativas em relação a imputabilidade penal do menor, pois em seu artigo 23 logo considerou penalmente irresponsáveis os menores de 18 anos, sujeitando-os a legislação especial. Assim abandonou-se de vez a possibilidade de se verificar no caso concreto o discernimento do menor, o critério utilizado foi exclusivamente o biológico, como marco inicial para imputabilidade a idade de 18 anos no momento da ação ou omissão.

Em 1984 a exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal manteve o patamar em 18 anos, pautando-se exclusivamente em critérios de política criminal, pois o adolescente ainda não estaria completo para responder criminalmente por seus atos, por não ser socialmente instruído ou socializado, sendo anti-social. Mantendo-se a imputabilidade aos 18 anos evitando a contaminação carcerária do menor, a ressocialização seria feita pela educação e não pela pena criminal. Claro que a manutenção aos 18 anos não foi muito bem aceita por parte da doutrina, sendo a idade o único critério para afastar a imputabilidade do menor não parece razoável. O artigo foi deslocado do 23 para o 27, e houve uma pequena alteração na redação. Assim consoante o previsto no artigo 27 do referido diploma legal os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas da legislação especial.

Sobre a questão de se avaliar o discernimento do menor, muito se discute a respeito na doutrina, pois como visto anteriormente essa medida era aplicada durante a vigência do Código Criminal de 1830 e Código Criminal de 1890. Tecendo sua opinião a respeito do discernimento do menor Cirino (apud REBELO 2010, p. 32) expôs o seguinte:

O legislador define um critério correto de política criminal: adolescentes menores de dezoito anos podem compreender o injusto de alguns crimes graves, como homicídio, lesões corporais, por exemplo, mas não são capazes de compreender o injusto da maioria dos crimes comuns e, praticamente, de nenhum dos crimes definidos em leis especiais (crimes contra o meio ambiente, a ordem econômica, a ordem tributária, as relações de consumo, o sistema financeiro etc...) e, em todas as hipóteses acima referidas, não são capazes de comportamento conforme a eventual compreensão do injusto, por insuficiente desenvolvimento do poder de controle dos instintos, impulsos ou emoções.

Ao se reconhecer a inviabilidade de se colocar no mesmo ambiente carcerário os criminosos maiores de idade com os menores de 18 anos é no mínimo reconhecer que o sistema penal não recupera e muito menos ressocializa, não cumpre sua finalidade de existência. Nesse ambiente o menor se tornaria um criminoso de alta periculosidade. Oportuno destacar o pensamento de Toledo (apud REBELO 2010, p. 33) ao refletir sobre a importância de bem comportar-se em sociedade:

E isso tem a sua razão de ser. Ninguém ao nascer traz no espírito as regras precisas do comportamento lícito. É necessário, pois, aprendê-las. Por isso mesmo, o crime é um fenômeno cultural. Aquilo que seria absolutamente normal em uma ilha deserta para um indivíduo isolado (apanhar frutas de qualquer árvore, apossar-se de tudo que lhe apossasse, destruir o que lhe apresentasse hostil ou desagradável etc...), pode ser um grave crime em sociedade. Ora, a criança, é um ser inicialmente ilhado. Precisa ver e aprender para que possa "bem comportar-se" no interior da comunidade, que brevemente irá impor-lhe desde a forma correta de mastigar, de vestir-se, até o modo de comporta-se perante as coisas e pessoas. É, na verdade, um duro aprendizado esse de ter que conter apetites e impulsos naturais diante de certas regras ou normas de conduta impostas de fora.

O legislador manteve como circunstância atenuante o fato do agente no momento da ação ou omissão ter cometido o delito com idade inferior a 21 anos, mas inseriu como causa de aumento de pena o homicídio cometido contra menor de 14 anos.

2.5.1 O Projeto de Código de 1969

Em 1961 Jânio Quadros confiou a Nelson Hungria a tarefa de elaborar o novo Código Penal. O projeto após inúmeras alterações foi convertido em lei pelo decreto 1004 de 21 de outubro de 1969 para entra em vigor a partir de 1970. Houve sucessivas prorrogações da *vocatio legis*, recebendo diversas emendas até ser revogado em 1978. Três comissões foram constituídas para rever o projeto, essas comissões eram compostas por nomes importantes do Direito penal da época, como Hélio Tornaghi, Aníbal Bruno, Heleno Fragoso, além do próprio Nelson Hungria, autor do projeto original.

Em relação ao tratamento dado ao menor pelo projeto de Código Penal de Nelson Hungria, cabe destacar o artigo 33 do referido diploma legal, que pretendia realizar uma modificação significada na legislação penal, como pode ser observado pela leitura do artigo exposto abaixo:

Art. 33. O menor de dezoito anos é inimputável salvo se, já tendo completado dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com este entendimento. Neste caso, apenas aplicável é diminuída de um terço a metade.

O que chama a atenção nessa alteração que houve no tocante a imputação de responsabilidade criminal ao menor de dezoito anos, é sem dúvida a possibilidade de responsabilização do menor a parti de 16 anos que em exame criminológico houvesse por comprovado a inteira capacidade de entender o crime que estava cometendo, seria o retorno da avaliação do discernimento do infrator que figurou no ordenamento pátrio, como visto anteriormente, no Código Criminal de 1830 e Código Penal de 1890.

Talvez a maior dificuldade principalmente a época, em 1969 seria realizar um exame confiável para determinar se o agente teria a inteira capacidade de compreensão do ato praticado, ocasionando inúmeras injustiças nos processos envolvendo menores infratores, uma vez que um dos maiores princípios norteadores do processo penal é o "*indubio pro réu*", ou seja, na dúvida a favor do réu.

2.6 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – LEI 8.069/90

O ECA, como é conhecido no meio jurídico entrou em vigor no ordenamento pátrio em 13 de julho de 1990, pela lei 8.069/90, revogando o Código de Menores de 1979 que se tornou obsoleto devido a promulgação da Constituição Federal de 1988, a reforma do Código Penal em 1984, e por não estar em consonância com os tratados e convenções internacionais da qual o Brasil é signatário. O ECA é um dos diplomas legais mais avançados destinados a assegurar os direitos da criança e do adolescente, reconhecido internacionalmente. A sua correta implementação ainda deixa a desejar, pois a omissão do poder público em efetivar suas diretrizes de proteção a criança e ao adolescente tornam seus dispositivos obsoletos.

Para melhor compreensão da evolução que trouxe o Estatuto para o ordenamento jurídico brasileiro, se faz necessário fazer a análise de alguns dispositivos da lei principalmente no que tange a aplicação da penalidade imposta por ocasião da prática de ato infracional.

Logo no artigo 2 o legislador conceituou de forma objetiva o que seria criança e adolescente, excluindo do texto legal a palavra menor, que possui uma conotação pejorativa e discriminatória, incompatível, portanto, com a nova orientação jurídico-constitucional, que além de alçar crianças e adolescentes à condição de titulares de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, dentre os quais os direitos à dignidade e ao respeito. Para efeito do disposto no Estatuto considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aquela entre doze e dezoito anos de idade.

O Estatuto pautando-se principalmente nos direitos e garantias fundamentais trazidos pela CF/88 inseriu normas e medidas protetivas a criança e ao adolescente, visando sua proteção em face da ação ou omissão do Estado, abuso dos pais ou responsáveis ou mesmo em virtude de sua conduta. Foram assegurados vários direitos e garantias fundamentais, assim o legislador destinou um título inteiro a essa questão, garantindo a criança e o adolescente o direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que

permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Vários outros direitos além do direito a vida e a saúde foram estabelecidos como direitos fundamentais como: os direitos a liberdade ao respeito e a dignidade, direito a convivência familiar e comunitária, direito a educação, cultura e lazer, direito a profissionalização e proteção ao trabalho dentre outros previsto no Estatuto e leis esparsas. Percebe-se que o Estatuto foi muito bem idealizado, é protetivo do menor em desenvolvimento, como deve ser, o que falta é sua implementação pelo poder público, a falta de recursos pra custear os projetos e políticas públicas destinada a dar suporte para por em prática o que está previsto no Estatuto.

Adentrando na parte especial do Estatuto da Criança e do Adolescente a partir do artigo 98 capítulo I, das disposições, são elencadas medidas de proteção visando garantir os direitos assegurados pelo Estatuto, segue abaixo o referido dispositivo legal para melhor compreensão:

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados.

I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado

II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável

III - em razão de sua conduta

Sempre que os direitos atinentes a presente lei forem violados seja pela ação ou omissão do Estado, dos pais ou pelos próprios adolescentes serão aplicadas as medidas do artigo 101 como exposto abaixo, sendo medidas de cunho pedagógico:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;

- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII - acolhimento institucional;
- VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;
- IX - colocação em família substituta.

Cabe salientar que a lei 12.010 de 2009 revogou o acolhimento dos adolescentes a abrigos em entidades, inserindo o acolhimento institucional, medida provisória e excepcional até a reintegração familiar ou colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.

Adentrando no título III, ainda em suas disposições gerais, o legislador define o que é ato infracional. Como já exposto nessa obra o menor de 18 anos não comete crime, comete ato infracional, que é definido como a conduta tipificada como crime ou contravenção na legislação penal. Importante destacar que o ato infracional cometido por criança, ou seja, se uma pessoa cometer um crime com idade inferior a 12 anos completos somente lhe poderá ser aplicado às medidas descritas no artigo 101 do referido diploma legal, medidas de cunho pedagógico, e para todos os efeitos desta lei considera-se a idade na data do fato tipificado como ato infracional.

Para considerável parte da doutrina, considerar ato infracional uma conduta descrita como crime seria no mínimo um eufemismo para atenuar a conduta do infrator. O Estatuto ratificou a inimputabilidade prevista no artigo 228 da CF/88, sendo considerado por muitos doutrinadores como uma das cláusulas pétreas da carta magna. Ainda, o ato infracional, ou seja, a conduta descrita como crime ou contravenção praticado por menor de 12 anos, por mais cruel que seja a conduta, somente poderão ser aplicadas as medidas de cunho pedagógico, sendo vedada a aplicação das medidas sócio-educativas previstas no artigo 112 do referido diploma legal.

2.6.1 Medidas sócio-educativas

As medidas sócio-educativas não podem ser confundidas ou encaradas como penas, pois têm natureza jurídica e finalidade diversas. Enquanto as penas possuem um caráter eminentemente retributivo/punitivo, as medidas socioeducativas

têm um caráter preponderantemente pedagógico, com preocupação única de educar o adolescente acusado da prática de ato infracional, evitando sua reincidência. As medidas sócio-educativas previstas no artigo 112 do Estatuto constituem as únicas formas de reprimir a conduta praticada pelos adolescentes, podendo ainda ser aplicadas segundo o inciso VII, do referido artigo, as medidas do artigo 101, ressalvadas o acolhimento institucional, a inclusão em programa de acolhimento familiar e a colocação em família substituta. Segue abaixo as medidas previstas conforme o 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 semi-liberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

As medidas sócio-educativas previstas no artigo 112 têm sido criticadas por muitos operadores do Direito, pela mídia e por parte considerável da sociedade, que acredita serem medidas brandas que não condizem com os crimes perversos praticados por menores de 18 anos que iriam gerar penas de até 30 anos, uma vez que o referido Estatuto estipula como pena máxima, a internação por um período não superior a 3 anos. A medida aplicada leva em consideração a gravidade da infração, sendo aplicada a advertência para os delitos de contravenção penal e os delitos de menor potencial ofensivo.

A reparação do dano é uma forma de restituir os bens patrimoniais da vítima, claro que se houver violência e grave ameaça na conduta provavelmente a medida não irá se limitar em ressarcir o prejuízo causado. A prestação de serviços a comunidade de forma gratuita em escolas, hospitais, constituem meios eficazes de aplicar uma medida de repreensão ao adolescente infrator, e ao mesmo tempo proporcionar auxílio as referidas entidades que tanto necessitam de apoio para cumprir a atividade a que se destinam.

A liberdade assistida e a semi-liberdade constituem medidas mais severas impostas pelo legislador, devido ao delito praticado ter um maior potencial

ofensivo, a liberdade assistida será fixada por um período mínimo de seis meses, podendo ser prorrogado, revogado ou substituído por outra medida. A inserção em um regime de semi-liberdade pode ser adotado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitando a prática de atividades externas independentes de autorização judicial, constitui foco dessa medida a escolarização e a profissionalização do jovem infrator.

Finalizando o rol de medidas do artigo 112, prevê o inciso VI a internação, que constitui uma medida de caráter excepcional, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, pois se trata de privação de liberdade, somente poderá ser aplicada nos seguintes casos de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa, por reiteração no cometimento de outras infrações graves e por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

A internação constitui medida de exceção, pois como se sabe o ordenamento pátrio estipula como regra a liberdade. O período máximo de internação não poderá em nenhuma hipótese ser superior a 3 anos, após esse período obrigatoriamente o jovem deve ser inserido no regime menos severo, semi-liberdade ou liberdade assistida, sendo compulsoriamente liberado ao completar 21 anos de idade. Apesar de a internação constituir medida de privação de liberdade ela não pode ser confundida com a pena privativa de liberdade que é imposta ao maior de 18 anos, poderá o adolescente em determinadas situações realizar atividade externas desde não proibidas por ordem judicial. Pela brevidade da medida imposta deverá haver a cada 6 meses reavaliação do menor, sendo positivos os resultados, o mesmo poderá passar um a regime menos gravoso como semi-liberdade ou liberdade assistida.

Cabe ressaltar que reiteradas decisões do STJ têm reconhecido que a gravidade genérica da conduta infracional não é motivo suficiente para o decreto da internação sócio-educativa, sendo necessária a demonstração da efetiva necessidade de aplicação da medida, no caso em concreto, após análise criteriosa do fato e das condições pessoais, familiares e sociais do adolescente. Esse posicionamento não é acolhido por muitos operadores do direito, pois além do

adolescente está submetido a uma medida sócio-educativa máxima de 3 anos de internação, a sociedade ainda precisar ter a tolerância de admitir a possibilidade de diante de um crime grave, ainda sim o adolescente não ter sua liberdade privada por pelo menos 3 anos, isso é no mínimo, pensa alguns, um desrespeito a família das vítimas.

3 SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Após uma breve abordagem histórica do tratamento dado ao menor, é importante também fazer uma análise de como o indivíduo maior de 18 anos que comete delitos é tratado à luz do Código Penal Brasileiro. O código da década de 40 sofreu uma reforma em 1984, para muitos doutrinadores ele não reflete a realidade da sociedade brasileira atual, que muito evoluiu da década de promulgação até os dias de hoje, assim sendo, necessário se faz analisar alguns de seus institutos. O Direito Penal é um ramo do Direito, que abrange a tutela do Estado sobre os principais bens jurídicos, punindo quem infringir suas normas, sendo aplicado aos desvios da norma uma pena. Trata-se da única opção legítima de coerção à liberdade, como última opção (NUCCI, 2011).

O Direito Penal é norteado por diversos princípios como o princípio da dignidade da pessoa humana, devido processo legal, legalidade, anterioridade, retroatividade benéfica, personalidade, individualização da pena, humanidade, intervenção mínima, culpabilidade, taxatividade, proporcionalidade, dentre outros. Os princípios atinentes ao ramo do Direito Penal têm por finalidade assegurar os direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição de 1988.

3.1 CRIME E IMPUTABILIDADE PENAL

Para conceituar o crime é necessário fazê-lo sob três enfoques, o prisma material, formal e sob a ótica analítica.

- a) Material: sob o prisma material o crime é uma conduta ilícita, passível de punição por meio da pena, conforme o anseio da sociedade que exige do Estado à punição mais grave possível ao delinqüente, requerendo a privação da liberdade do criminoso.
- b) Formal: sob o prisma formal, crime é uma conduta ilícita, passível de ser punida com pena, desde que expressamente prevista em lei, respeitando assim o princípio maior do Direito Penal, a legalidade. O conceito formal é

uma visão legislativa, pois o legislador prevê no ordenamento quais as condutas serão passíveis de imposição de pena.

- c) Analítico: o conceito analítico facilita o estudo, pois analisa seus elementos isoladamente, a teoria que predomina no conceito analítico de crime é a tripartida, sendo crime o fato típico, ilícito e culpável, parte minoritária da doutrina adota a teoria bipartida, sendo crime o fato típico e ilícito, a culpabilidade para os que adotam essa teoria seria pressuposto de aplicação da pena.

No Código Penal a questão da inimputabilidade é vista sob dois prismas, o fator biológico para os menores de 18 anos, sendo considerados inimputáveis e sujeitos a legislação especial, que é a lei 8.69/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e também isenta de pena o agente por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, com previsão no artigo 26 do CP exposto abaixo:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto 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 esse entendimento.

Assim a imputabilidade seria a possibilidade de se imputar a alguém a prática de determinado fato previsto pela lei como crime ou contravenção, devendo o agente ter a compreensão do caráter ilícito ou determinar de acordo com esse entendimento. O artigo 26 isenta de pena aqueles casos de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, já os menores de 18 anos possuem um tratamento peculiar, sendo considerados como inimputáveis diante do Código Penal remetendo-os para legislação especial. A imputabilidade é apenas um dos três elementos da culpabilidade, pois o agente para ser responsabilizado pelo crime deve ter o potencial conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Analisando a imputabilidade penal Brodt (apud Greco, 2011, p.385) assim dispõe com propriedade:

A imputabilidade penal é construída por dois elementos: um intelectual (capacidade de entender o caráter ilícito do fato), outro volitivo (capacidade

de determinar-se de acordo com esse entendimento). O primeiro é a capacidade (genérica) de compreender as proibições ou determinações jurídicas. Bettiol diz que o agente deve poder „prever as repercussões que a própria ação poderá acarretar no mundo social“, deve ter, pois, „a percepção do significado ético-social do próprio agir“. O segundo, a „capacidade de dirigir a conduta de acordo com o entendimento ético-jurídico. Conforme Bettiol, é preciso que o agente tenha condições de avaliar o valor do motivo que o impede à ação e, pelo outro lado, o valor inibitório da ameaça penal.

Adotando um critério puramente biológico e por questões de política criminal como exposto na exposição de motivos da nova parte geral do CP o legislador entendeu que os menores de 18 anos não possuem a capacidade de entendimento que lhes permita imputar fato tipificado como crime ou contravenção penal. O fato de estar previsto expressamente na CF/88 um artigo específico sobre a maioridade penal, reproduzido pelo Código Penal, seria ainda possível a redução da idade penal para adequar a realidade atual, uma vez que o artigo 228 da CF não figura entre as cláusulas pétreas dos incisos I a IV, do art. 60 da Carta Magna (GRECO, 2011).

3.2 DAS PENAS E SUAS COMINAÇÕES

O homem quando passou a viver em coletividade sentiu a necessidade de aplicar penas toda vez que as regras estabelecidas em coletividade fossem infringidas. Desde a antiguidade aplicar penas nos casos de desvios de condutas, sendo que o corpo do agente é quem pagava pelo delito, parecia ser o meio mais eficaz de se punir o agente e demonstrar para sociedade o poder de repreensão daquele que detinha o poder de julgar e punir.

As idéias de Beccaria, em sua obra “Dos delitos e das penas”, publicada em 1764, começou a mudar os rumos da sociedade, uma indignação dos seres humanos pelo tratamento dado pelos próprios semelhantes, talvez tenha surgido aí o princípio basilar do nosso ordenamento jurídico o princípio da dignidade da pessoa humana.

Vários tratados foram celebrados visando à preservação da dignidade humana, citando, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948 que trouxe inúmeras garantias, principalmente por ter surgido em uma época

de pós guerra, onde inúmeras pessoas perderam suas vidas, devido ao massacre dos nazistas aos milhares de judeus que foram mortos covardemente.

A pena aplicada tem uma finalidade coercitiva visando não apenas punir o infrator, mas sim demonstrar para sociedade que aqueles que infringirem o ordenamento jurídico terão tratamento punitivo. Acerto da finalidade preventiva da pena destaca Rogério Greco:

A prevenção geral pode ser estudada sob dois aspectos. Pela prevenção geral negativa, conhecida também pela expressão prevenção por intimidação, a pena aplicada ao autor da infração penal tende a refletir junto a sociedade, evitando-se, assim, que as pessoas que se encontram com os olhos voltados na condenação de um dos seus pares, reflitam antes de praticar qualquer infração penal. Segundo Hassemer, com a prevenção por intimidação “existe a esperança de que os concidadãos com inclinações para a prática de crimes possam ser persuadidos, através da resposta sancionatória a violação do direito alheio, previamente anunciada, a comportarem-se em conformidade com o direito; esperança, enfim, de que o direito penal ofereça sua contribuição para o aprimoramento da sociedade”. Existe outroassim, outra vertente da prevenção geral todo como positiva. Paulo de Souza Queiroz preleciona que, “para os defensores da prevenção integradora ou positiva, a pena presta-se não a prevenção negativa de delitos, demovendo aqueles que já tenham incorrido na prática de delito; seu propósito vai, além disso: infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito, promovendo, em ultima análise, a integração social (GRECO, 2007, p. 490).

O artigo 59 prevê que as penas devem ser necessárias e suficientes a reprovação e prevenção do crime. Daí surge duas teorias: as absolutas e as relativas, sendo a primeira pautada na retribuição pelo mal injusto causado pelo agente e a segunda têm como principal fundamento a prevenção, ou seja, aplicar uma pena ao agente com intuito de intimidação, de forma que ao retornar ao convívio social não voltaria a delinquir. O referido artigo faz chegar a uma conclusão de que o legislador resolveu por adotar uma teoria mista ou unificadora da pena, segue o artigo para análise:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Pela leitura final do artigo percebe-se com clareza que legislador optou por uma unificação da teoria absoluta e relativa para aplicação das penas previstas no CP.

Nos dias atuais a sociedade amedrontada com a onda de violência que tem tomado grandes proporções pugna por leis mais severas, e pelo encarceramento dos delinquentes, mas conhecendo nosso sistema penitenciário é possível reabilitar? Ou o sistema falido acaba por corromper a personalidade do agente? Cervini (apud GRECO 2011, p. 476), ao tecer sua opinião a respeito da sanção penal e seus resultados efetivos assim preleciona:

A prisão, como sanção penal de imposição generalizada não é uma instituição antiga e que as razões históricas para manter uma pessoa reclusa foram, a princípio, o desejo de que mediante a privação da liberdade retribuísse a sociedade o mal causado por sua conduta inadequada; mais tarde, obrigá-la a frear seus impulsos antissociais e mais recentemente o propósito teórico de reabilitá-la. Atualmente, nenhum especialista entende que as instituições de custódia estejam desenvolvendo as atividades de reabilitação e correção que a sociedade lhes atribui. O fenômeno da priorização ou aculturação do detento, a potencialidade criminalizante do meio carcerário que condiciona futuras carreiras criminais (fenômeno do contágio), os efeitos da estigmatização, a transferência da pena e outras características próprias de toda instituição total inibem qualquer possibilidade de tratamento eficaz e as próprias cifras de reincidência são por si só eloquentes. Ademais, a carência de meios, instalações e pessoal capacitado agravam esse terrível panorama.

Como exposto nessa obra, na aplicação das penas o indivíduo era açoitado, crucificado, esquartejado, enfim todo tipo de barbárie era cometido com respaldo legal. Os sistemas penitenciários datam do século XVIII, e tiveram conforme preleciona Bitencourt (apud Greco, 2011, p.477).

além dos antecedentes inspirados em concepções mais ou menos religiosas, um antecedente importantíssimo nos estabelecimentos de Amsterdam, nos *Bridwells* ingleses, e na Suíça. Estes estabelecimentos não são apenas um antecedente importantíssimo dos primeiros sistemas penitenciários, como também marcam o nascimento da pena privativa de liberdade, superando a utilização da prisão como simples meio de custódia.

No Brasil nos deparamos com três tipos de penas aplicadas: privativa de liberdade, restritivas de direitos e multa, de acordo com o previsto no artigo 32 do Código Penal. As penas privativas de liberdade são as que culminam penas de reclusão e detenção, a primeira faz com que o agente inicie o cumprimento da pena em regime fechado e a segunda faz com que o agente inicie o regime de cumprimento de pena em regime semi-aberto. Lembrando que a regra é a liberdade, a sua privação constitui medida de exceção. As penas restritivas de direitos são aplicadas para crimes de menor potencial ofensivo, medidas alternativas de punição

que ajuda a “desafogar” o sistema carcerário. As penas restritivas de direitos são: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços a comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

Já a pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. Atualmente a pena de multa constitui em mais uma medida do legislador em promover a descarcerização, punindo o autor da infração penal com pagamento em pecúnia em valor arbitrado pelo juiz, sendo a fixação conforme previsto no artigo 60 do CP, ser de acordo com a situação econômica do réu. Prevalece o entendimento que “está revogado o § 2º do art. 60 do CP, que previa a possibilidade de substituição da prisão por multa em relação à pena privativa de liberdade não superior a seis meses. Agora, a pena até um ano pode ser substituída por multa.

A pena é um mal necessário para proteção dos bens jurídicos tutelados, mas que de forma alguma pode atingir a dignidade da pessoa humana. Graças às raízes iluministas trazidas ao longo dos séculos, os princípios da proporcionalidade, o devido processo legal, humanização da pena e tantos outros previstos na legislação faz com que a pena seja o menos cruel para o ser humano (GRECO, 2011).

Com o advento da lei 9.714/98 foram criadas novas espécies de penas restritivas de direitos, assim observa Gomes (apud GRECO, 2011, p. 258):

O artigo 43º do Código Penal foi o primeiro dispositivo alterado pela lei 9.714/98. Quem lê o novo preceito legal tem a superficial e enganosa impressão que teria havido única mudança: de três teriam passado para cinco as penas restritivas de direitos. Nada mais falacioso. Primeiro porque antes não tínhamos apenas três penas restritivas de direitos. Não se pode esquecer que a pena de interdição temporária subdividia-se em três. Logo, tínhamos cinco penas restritivas de direitos. E no art. 60, § 2º, estava prevista a multa substitutiva. Desse modo, contávamos antes com seis penas restritivas de direitos (cinco restritivas mais a multa). Agora após a reforma legislativa temos dez (nove restritivas de direitos mais a multa).

O que se percebe que o legislador começa a dar maior ênfase a penas alternativas do que as que privam a liberdade, claro que delitos que são cometidos com violência e grave ameaça são incompatíveis com esse dispositivo, que são mais bem aplicados aos delitos de menor potencial ofensivo, isso porque conhecendo o sistema carcerário atual e o grau de periculosidade dos que lá se encontram, colocar sujeitos que cometem pequenos delitos de menor potencial ofensivo com sujeitos que cometem crimes de maior gravidade como estupro, latrocínio e roubo, seria um equívoco pois não iria reabilitar mas sim agravar o grau de periculosidade dos que cometem delitos menos grave.

4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos, “controlar a constitucionalidade consiste numa verificação de compatibilidade entre a lei ou qualquer ato normativo e a Constituição Federal, visando a inibir afronta à sua supremacia, operando a sua nulificação e, conseqüentemente, sua expulsão do sistema” (VASCONCELOS, 2012, p. 412).

Assim a discussão acerca da maioria penal não se limita em saber se vai conter o aumento da criminalidade, a questão é mais profunda do que parece, pois além de se analisar a viabilidade da medida, existe ainda a questão legal, pois consoante o que dispõe o artigo 228 da CF/88, os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis e sujeitos às normas da legislação especial.

4.1 FORMAS DE ALTERAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Basicamente podemos dizer que são duas as formas de se alterar a constituição, pela revisão e através de emenda constitucional. A revisão prevista no artigo 3 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias já ocorreu, o referido artigo prevê uma revisão após 5 anos da promulgação, pelo voto da maioria absoluta do Congresso Nacional em sessão unicameral.

A alteração da Constituição por emenda encontra seu fundamento legal no artigo 60, a qual elenca os legitimados para propor emenda, e o quorum necessário para aprovação. Deve a proposta passar pelas duas casas do Congresso Nacional, e será aprovada se obtiver 3/5 dos votos em ambas as casas em dois turnos de votação. Importante destacar que segundo o que prevê o § 4 do artigo 60 do referido diploma legal houve uma limitação ao Poder Constituinte Derivado Reformador, não sendo possível proposta de emenda tendente a abolir qualquer dos seus incisos, pois se trata das cláusulas pétreas, núcleo imutável da Constituição como será exposto mais adiante.

4.2 FORMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Ao poder constituinte derivado reformador cumpre a missão de inovar o ordenamento jurídico. O correto processo legislativo faz surgir no ordenamento emendas, leis, que ao entrar em vigor gozam de presunção relativa de constitucionalidade, sendo possível questionar seu conteúdo perante o judiciário.

Em relação aos efeitos produzidos pelas normas durante sua vigência, o STF posicionou-se no sentido de considerar nulos os efeitos de lei ou ato normativo inconstitucional, podendo haver a modulação dos efeitos, visando promover a segurança jurídica.

Assim o controle de constitucionalidade aparece no ordenamento de várias formas a fim de assegurar a supremacia da lei maior. Quanto ao órgão controlador temos o controle político, jurisdicional e misto. Duas são as formas ou modo de controle, incidental e principal. Quanto ao momento temos controle repressivo, quando a norma passa pelo processo legislativo entrando em vigor, sendo assim necessária sua retirada do ordenamento por ser incompatível com os preceitos constitucionais, e ainda quanto ao momento temos o controle preventivo, que visa evitar que leis, normas e atos do poder público adentrem ao ordenamento jurídico com preceitos incompatíveis com a CF/88.

4.3 ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE

Para melhor entendimento é importante destacar as espécies de inconstitucionalidade previstas pelo Constituinte de 1988.

- a) Por ação: surge quando uma lei ou qualquer outro ato normativo do Poder Público editado vai de encontro aos preceitos estatuídos na Constituição. Da inconstitucionalidade por ação do Poder Público surge a inconstitucionalidade material e formal.
- b) Por omissão: surge quando os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário deixam de editar leis ou atos normativos que dariam cumprimento as

normas de eficácia limitada. Normas de eficácia limitada são normas previstas pelo constituinte originário, mas que para sua fiel execução precisa do rompimento da inércia do Poder Público para editar leis para sua fiel execução.

- c) Formal: ocorre quando a vício de competência para editar lei ou ato normativo do poder público, ou seja, a etapa do processo legislativo foi desrespeitada. Interessante salientar que é pacífico que a sanção pelo Presidente da República não supre vício de iniciativa de lei de competência do chefe do poder executivo.

- d) Material: ou também conhecida como substancial, ocorre a inconstitucionalidade formal quando a lei ou ato editado estiver em desconformidade com os preceitos normativos da constituição. Portanto o vício diz respeito ao próprio conteúdo substancial do ato, havendo conflitos de regras e ou princípios estabelecidos na constituição. Assim na visão de alguns doutrinadores uma proposta de emenda tendente a reduzir a idade penal de 18 anos para 16 anos seria materialmente inconstitucional, pois violaria a cláusula pétrea do artigo 60 § 4º, IV. Essa cláusula diz respeito aos direitos fundamentais, muitos doutrinadores entendem que a idade penal de 18 anos seria um direito fundamental “petrificado”.

4.4 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ADIn

A previsão da Ação Direta de Inconstitucionalidade está no artigo 102 da CF/88, a qual remete competência para o STF processar e julgar, originariamente, a ADIn de lei ou ato normativo federal ou estadual. O ajuizamento da ADIn não está sujeito a prazo prescricional ou decadencial, conforme Súmula 360 do STF.

O objeto principal da ADIn é a obtenção da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, por ser nociva à

supremacia da Constituição Federal. Quanto aos legitimados, abaixo segue o artigo 103 da CF/88 para melhor análise:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

4.5 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE - ADC

A ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal foi instituída pela EC n. 3, de 17-3-1993. O seu processo e julgamento estão previstos na Lei n. 9.868/99. A ADC é cabível quando há comprovado e relevante dissídio jurisprudencial envolvendo constitucionalidade de determinada lei federal ou ato normativo federal, a dissidência entre os órgãos do Poder Judiciário deve atingir dimensões tais que tragam insegurança jurídica e perplexidade social.

Quanto ao processo e julgamento, a ADC guarda similitude com o da ADIn. Iniciar-se-á por meio de petição inicial, que deve atender aos requisitos do artigo 14, I a III. Sob pena de indeferimento, ela indicará o dispositivo da lei ou ato normativo questionado os fundamentos e os pedidos. Será apresentada em duas vias e a instruirá com cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a procedência do pedido. Os legitimados para propor ADC são os mesmo da ADIn, como já visto acima.

4.6 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADPF

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental integra o elenco dos mecanismos de controle abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos. Cuida-se, todavia, de mecanismo subsidiário, pois somente será admitido se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade (Lei n. 9.882/99, art.

4º, § 1º). Conforme previsto no artigo 1 da referida lei, a arguição prevista no § 1 do artigo 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Dispõe o inciso I, do artigo 1, da mesma lei que Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. Os legitimados são os mesmos da ADIn e ADC, a decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, e da decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.

4.7 ADI INTERVENTIVO

Consoante ao que está previsto no artigo 18 da CF/88, a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos. Vale dizer, como regra geral, nenhum ente federativo deverá intervir em qualquer outro, pelo princípio da não intervenção, exceto nos casos elencados nos artigos 34 e 35 da Carta Magna de 1988.

A ADI interventiva Federal tem como objetivo assegurar a observância dos princípios sensíveis indicados na Constituição Federal e a ADI interventiva Estadual assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição Estadual, ou prover a execução da lei, de ordem ou decisão judicial.

Conforme esta previsto no inciso III, do artigo 36 da Constituição Federal de 1988, nos casos de violação aos princípios constitucionais sensíveis previstos na Constituição e recusa à execução de lei federal, a decretação de intervenção dependerá de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal e de representação do Procurador-Geral da República.

4.8 CLÁUSULAS PÉTREAS

Como já exposto nessa obra discutir a questão da maioria penal não se limita a confrontar vantagens e desvantagens dessa medida, a discussão vai além, pois se reconhecido como direito fundamental a maioria penal aos 18 anos, torna-se obsoleto demonstrar a necessidade de se reduzir a idade penal para 16 anos conforme anseio da sociedade e parte considerável da doutrina. Sendo assim segue abaixo o artigo 60 § 4, as chamadas cláusulas pétreas, que constitui o núcleo imutável da CF/88:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.

O Constituinte Originário de 1988 quis reservar um núcleo imutável na Constituição, de forma a preservar o projeto original, esse núcleo é uma limitação ao Poder constituinte Derivado Reformador.

As cláusulas pétreas, portanto, além de assegurarem a imutabilidade de certos valores, além de preservarem a identidade do projeto do constituinte originário, participam, elas próprias, como tais, também da essência inalterável desse projeto. Eliminar a cláusula pétrea já é enfraquecer os princípios básicos do projeto do constituinte originário garantidos por ela (MENDES, 2009, p. 252).

O Poder Constituinte Originário ao estabelecer as cláusulas “petrificadas” do inciso IV, vetou o Poder Constituinte de Reforma a sequer propor emenda tendente a abolir qualquer dos incisos do parágrafo 4 do referido dispositivo legal. Cabe aqui destacar o inciso IV, que trata dos direitos e garantias individuais, visto que o rol de garantias individuais não está explícito em um único artigo, mas sim por toda CF/88.

Muito se discute na doutrina acerca da imutabilidade das cláusulas pétreas, muitos operadores do direito entendem que é possível se alterar as cláusulas protegidas desde que não se altere seu conteúdo essencial, assim a redução da idade penal nessa ótica seria possível, pois haveria apenas uma

redução da idade penal, permaneceria o instituto da inimputabilidade baseado num critério biológico, mas essa idade seria reduzida para se adequar a realidade atual.

5 DIVERGÊNCIA ACERCA DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

A questão acerca da redução da maioridade penal é tema atual de muita relevância e divide opiniões, principalmente por ser tema controverso entre juristas. Em matéria publicada pela Agência Brasil de notícias mostrou que estudo recente do Conselho Nacional do Ministério Público indicou que de 2011 a 2012, o número de perdões concedidos na área da infância e juventude caiu 5%. Essas remissões são adotadas pelo Ministério Público nos crimes de menor potencial ofensivo. Por outro lado, a quantidade de representações judiciais por infrações mais graves envolvendo menores subiu 7%. O procurador-geral da República, Roberto Gurgel, avaliou que esses os números apresentados pela Agência Brasil não são suficientes para embasar a discussão sobre a redução da maioridade penal. Para ele, é necessário um estudo mais aprofundado envolvendo a realidade social do país. Afirmando ainda que redução da maioridade penal não é a panacéia que muitos afirmam que irá resolver o problema da criminalidade no nosso país. (BRASIL, apud ZAMPIER, 2013, não paginado).

Muitos doutrinadores acreditam que o artigo 228 da CF/88, que estabelece a inimputabilidade dos menores de 18 anos remetendo-os a legislação especial, esta inserido entre o rol das cláusulas pétreas do artigo 60, § 4º, inciso IV do mesmo diploma legal. Apesar de o referido artigo estar distante do artigo 5 que trata dos direitos e garantias fundamentais, já é pacífico na doutrina e jurisprudência que o rol de direitos e garantias fundamentais não se trata de um rol taxativo, pois existem ao longo da CF/88 vários dispositivos legais que não estão inseridos no artigo 5 e mesmo assim são consagrados como direitos fundamentais.

Exemplo recente pode-se citar o aumento do imposto sobre produtos industrializados que elevou a alíquota do imposto de veículos importados. O aumento não respeitou os noventa dias previstos na CF/88 e violou o princípio da anterioridade tributária, em que pese o aumento só poderia vigorar a partir do ano seguinte, assim foi reconhecido como cláusula pétrea o referido dispositivo, apesar de não está no do artigo 5 foi considerado como parte do núcleo imutável da CF/88.

Além de esbarrar na questão constitucional da medida muito se questiona se uma alteração tão significativa de se reduzir um patamar de idade mínima de 18 anos para se imputar um crime a um jovem que em muitos dos casos procede das camadas mais humildes da sociedade, oriundo de famílias desestruturadas, arruinadas pelo alcoolismo e pelas drogas. Sabe-se que o fracasso dos genitores na educação dos filhos contribui significativamente para a inserção dos menores no mundo do crime, pois em uma família desestruturada a possibilidade de um indivíduo em formação vir a delinquir aumenta consideravelmente.

Estudo feito pela agência Brasil com dados da UNICEF demonstra que a idade de responsabilização penal em outros países está em um patamar aquém do que se pratica no Brasil. Assim países como Canadá e Rússia para delitos mais graves a responsabilização pela legislação comum é a partir dos 14 anos, na Inglaterra a responsabilidade começa aos 10 anos, com privação de liberdade a partir dos 15 anos, nos Estados Unidos a maioria dos Estados americanos adotam a idade 12 anos, com aplicação de pena de morte e prisão perpétua dependendo do delito. Há países que adotam limite superior ao praticado no Brasil como Japão que adota a idade de 21 anos e Áustria um pouco abaixo, 19 anos. Alguns países adotam, assim como o Brasil, a idade de 18 anos para a imputabilidade penal, como Chile, Holanda, Colômbia e Peru (BRASIL, apud LEITÃO, 2013, não paginado).

A proposta de redução da maioridade penal também já foi criticada pelo Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo. Além de considerar a medida inconstitucional, uma vez que a maioridade aos 18 anos foi consolidada na Carta Magna de 1988, Cardozo acredita que a mudança agravará a situação do sistema carcerário brasileiro, que está 50% além de sua capacidade. Para ele reduzir a maioridade penal significa negar a possibilidade de dar um tratamento melhor para um adolescente. Ministros do Supremo Tribunal Federal, como Gilmar Mendes e Marco Aurélio Mello, também já se manifestaram contra a alteração das regras sobre maioridade penal. Eles defendem, no entanto, uma aplicação mais efetiva do ECA, seja com fornecimento de melhores condições de educação, de saúde e de pleno emprego aos jovens, para evitar infrações, seja com tratamento adequado nas unidades de internação, reduzindo a reincidência e facilitando a ressocialização (BRASIL, apud ZAMPIER, 2013, não paginado).

Outra questão que deve ser considerada é a situação do atual sistema penitenciário brasileiro, pois se aprovado, e passarmos a incriminar a faixa etária a partir dos 16 anos haverá um aumento da população carcerária, assim fica difícil acreditar que um adolescente possa ser ressocializado e ser inserido na sociedade para prosseguir com sua vida com dignidade sem cometer novos delitos.

Acreditar que a diminuição da maioridade penal possa ser uma alternativa viável à segurança pública é, na essência, uma visão deturpada e minimalista da questão. As cadeias são fabricas de crimes, pois a superpopulação carcerária representa um aspecto negativo no que se refere às repercussões na esfera da educação, reabilitação e ressocialização dos presos. Não se pode esquecer que a superlotação é uma realidade que seria fatalmente agravada com a redução da maioridade penal, pois as condições de encarceramento são insuficientes para atender à demanda crescente de presos. Assim, a redução da maioridade vista de forma isolada poderia, em vez de representar uma solução para o problema da segurança pública, acrescentar mais ingredientes na sua piora. Sendo assim, a imputação penal aos menores de 18 anos só poderia vir a ser um benefício à sociedade se o sistema prisional do país adquirir condições materiais que possam vir a suportar o contingente de presos, que atualmente superlotam os presídios. Enquanto o governo não se conscientizar de que o sistema carcerário está falido e sem nenhuma condição de abrigar detentos, a redução do patamar etário como alternativa para minimizar os delitos juvenis, em vez de gerar efeitos positivos à conjuntura da segurança social, propiciará uma situação calcada em ineficiência face ao resultado pretendido, qual seja, enfrentar a problemática do menor infrator. (REBELO 2010, p. 55)

Recentemente por meio de uma parceria pública-privada o Brasil começou a mostrar sinais de mudanças no setor penitenciário, em Minas Gerais cinco empresas que, através de licitação, ganharam o direito de construir uma nova cadeia e administrá-la durante os próximos 27 anos. Para a nova obra, foram gastos cerca de R\$ 280 milhões. Em contrapartida, o Estado vai desembolsar, por presidiário, mais de R\$ 2 mil mensais, um custo de mais de R\$ 6 milhões para os 3.040 presos que devem ocupar as cinco unidades do complexo (BRASIL, apud MADUREIRA, 2013, não paginado).

Importante destacar que para muitos doutrinadores, apesar de defender a manutenção do patamar etário aos 18 anos, concordam que para crimes mais violentos como estupro e homicídio, a internação por um período máximo de três anos se torna demasiada branda. Para o Estatuto da criança e do Adolescente o menor de 18 anos não comete crime, comete infração penal, ao qual será cominada

medida socioeducativa, que pode ser uma simples advertência até a internação em estabelecimento educacional.

Mas a reflexão que proponho é a seguinte: um jovem com 17 anos que adquire uma arma de fogo, e ceifa uma vida de um pai de família causando um mal irreparável para aquela família que vai ter que suportar a ausência daquele que lhe provém o sustento, comete ato infracional e não um crime? Será que a internação por um período máximo de três anos vale aquela vida ceifada? Será que o jovem de hoje carece de desenvolvimento apesar de viver em um novo milênio informatizado, com todo avanço da tecnologia, ciência e internet? São perguntas que carecem de resposta e causam um dos maiores debates na atualidade acerca da questão da maioridade penal no Brasil.

Para os defensores da redução da maioridade o argumento mais citado seria a questão do voto ser possível aos 16 anos, apesar de que nessa idade o voto é facultativo, mas mesmo assim entendem que se o jovem a partir dos 16 anos pode escolher os representantes do povo e ajudar a guiar os destinos do país, podem em contrapartida serem responsabilizados pelos atos que cometem.

No Congresso Nacional tramitam propostas de emenda a Constituição que versam sobre a questão da maioridade penal, segue abaixo três propostas:

PEC 33/2012

Autor: Senador - Aloisio Nunes Ferreira e outro(s)

Alteração: alteração dos artigos 129 e 228 da CF.

Proposta: acrescentar 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. Cabendo ao Ministério Público tal incumbência.

PEC 74/2011

Autor: Senador - Acir Gurgacz e outro(s)

Alteração: Acrescentar um parágrafo único ao art. 228 da Constituição Federal

Proposta: 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.

PEC 83/2011

Autor: Senador - Clésio Andrade e outro(s)

Alteração: Estabelece a maioridade civil e penal aos dezesseis anos, tornando obrigatório o exercício do voto nesta idade.

Proposta: Alterar a redação do art. 14 da Constituição Federal para prever no inciso I do § 1º do mencionado art. que o alistamento eleitoral e o voto serão obrigatórios para os maiores de dezesseis anos; prevê no inciso II do citado § 1º que o alistamento eleitoral e o voto serão facultativos para os analfabetos e para os maiores de setenta anos; altera a redação do art. 228 da Constituição Federal para prever que a maioridade é atingida aos 16 (dezesseis) anos, momento a partir do qual a pessoa é penalmente imputável e capaz para exercer diretamente todos os atos da vida civil (BRASIL, apud GALDINO, 2013, não paginado).

5.1 POSICIONAMENTOS A FAVOR DA MANUTENÇÃO AOS 18 ANOS

Parte considerável da doutrina entende que reduzir o patamar etário da imputação penal para 16 ou mesmo 14 anos seria equivocado, pois nessa faixa etária de idade o jovem ainda não está com pleno desenvolvimento, não possuem o potencial conhecimento da ilicitude devido à imaturidade e desenvolvimento incompleto.

Assim, fica mais difícil recuperá-lo em um estabelecimento penal destinado para adultos. Soma-se a isso o fato de os presídios não possuírem capacidade para abrigar esse aumento da população carcerária, pois o que se tem hoje são presídios superlotados em péssimas condições de higiene e limpeza. Mostrando-se contrário da redução da maioridade penal, de forma esclarecedora Toledo (apud REBELO, 2010, p. 68-69) assim preleciona:

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 cada vez mais crescente

do menor delinqüente. Isso confirma, aliás, o que vimos sustentando. Se a sociedade moderna, bastante influenciada por economistas de puçá visão, não é capaz de empenhar-se verdadeiramente no amparo e na educação do menor carente ou abandonado, por não ser esse 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 esmolos 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.

Até mesmo a cúpula do governo começa a se inclinar contra a redução da maioria penal, o vice-presidente da República, Michel Temer, entende que a redução da maioria penal não reduz a criminalidade entre os jovens. Para ele, são mais eficientes políticas públicas de incentivo e amparo aos adolescentes. O vice-presidente questiona que se um jovem cometer um crime com 15 anos e meio então seria necessário reduzir a maioria para 15 anos? Para ele não seria por aí a solução para redução da criminalidade no Brasil, mas sim o que o governo estaria fazendo, planos de incentivos e amparo para menores (BRASIL, apud OLIVEIRA, 2013, não paginado).

Criminalistas criticam a tentativa de redução da maioria penal. O conselheiro federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Pedro Paulo de Medeiros, posiciona-se de forma contrária à redução da maioria penal, segundo ele:

A redução da maioria penal é um equívoco e não deve ser associada à queda da criminalidade. Se reduzirmos a maioria penal, o jovem perderá a chance de ressocialização pela punição, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Este será levado para a prisão com adultos e, quando sair, a sociedade poderá receber um criminoso perigoso, moldado e forjado para conviver em um mundo onde vale a lei do mais forte (CRIMINALISTAS CRITICAM TENTATIVA DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL, 2013, não paginado).

Já para Alamiro Velludo Salvador, membro da Comissão de Direito Penal do Instituto dos Advogados de São Paulo (Iasp), ao tecer sua opinião sobre a possibilidade de redução da maioria penal, aponta três problemas que dificultariam a redução do patamar atual de 18 anos para imputabilidade de crimes definidos pelo Código penal, os três problemas seriam:

A primeira é a inconstitucionalidade, pois trata-se de cláusula pétrea. A segunda é o sistema criminal, que segundo Salvador não é suficiente para reduzir a criminalidade. Criação de mais penas ou o aumento destas não implica em menos delitos e sim em mais presos. Há estudos no direito penal que apontam pra isso. E o terceiro problema é o foco errado da discussão. Os defensores da redução argumentam que o sujeito com 16, 17 anos tem consciência do que faz, não havendo diferença psicológica para aqueles que são maiores de idade. Sendo assim não deveria haver tratamento diferenciado. Porém o ponto fundamental que deve ser discutido é qual a forma mais adequada que o estado deve reagir diante de um desvio do adolescente. Se com violência, aplicando uma medida penal, excluindo o adolescente que está em fase de formação de caráter e o colocando em uma prisão. O que sabemos que não funciona. Ou um tratamento diferenciado, com política de inclusão, não excluindo o adolescente da sociedade. Propor a redução é propor a exclusão destes jovens (CRIMINALISTAS CRITICAM TENTATIVA DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL, 2013, não paginado).

Interessante de se observar é a análise que o criminalista Fábio Tofic Simantob, vice-presidente do Instituto de Defesa do Direito de Defesa faz ao comparar a relação entre a medida sócio-educativa de internação prevista no estatuto da Criança e do Adolescente a uma pena de prisão prevista para maiores de 18 anos, para ele:

O ECA prevê um período de internação de até três anos. Enquanto isso, o adulto para ficar três anos preso é preciso que condenado a 18 anos de cadeia, uma vez que cumprido um sexto da pena pode progredir para o regime semi-aberto. Se compararmos ambos, o tempo previsto no ECA é bastante alto. Essa busca por redução penal é uma medida paliativa, não é a solução para reduzir a criminalidade (CRIMINALISTAS CRITICAM TENTATIVA DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL, 2013, não paginado).

Os que se mostram contrários a redução da maioridade penal acreditam serem corretos os fundamentos utilizados para manutenção da idade penal aos 18 anos. Por ocasião da reforma do Código Penal ocorrida em 1984, a reforma manteve o patamar de 18 anos para a imputação criminal, a exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal, pautando-se exclusivamente em critérios de política criminal, pois o adolescente ainda não estaria completo para responder criminalmente por seus atos, sendo anti-social. O anteprojeto eliminou de vez com a possibilidade de se avaliar o discernimento para imputar responsabilidade penal ao menor, o critério utilizado foi exclusivamente biológico, uma vez que em desenvolvimento não compreende o caráter ilícito de seus atos.

5.2 MANUTENÇÃO AOS 18 ANOS COM AUMENTO DO PERÍODO DE INTERNANÇÃO

Existe uma corrente doutrinária que defende que para solucionar o problema do aumento da criminalidade não seria necessário reduzir a maioridade penal, mas sim aumentar o período de internação previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que hoje é de 3 anos no máximo, conforme previsto no artigo 121, § 3 do referido diploma legal. Cabe ressaltar que ao elevar esse patamar para 5, 8 ou mesmo 10 anos, ainda ficaria bem aquém do que é aplicado ao adulto, que pode ser recluso por um período de até 30 anos segundo artigo 75 do código Penal.

Várias notícias são veiculadas diariamente tratando de crimes praticados por menores de 18 anos, os crimes de menor potencial ofensivo praticado sem violência ou grave ameaça, como furto simples, apropriação indébita, dentre outros, não causam comoção, mas crimes como estupro, latrocínio, sequestro dentro outros, causam comoção e revolta na sociedade que anseia por penas mais graves aos menores de 18 anos.

Dentre os vários exemplos de desproporção dos atos infracionais que seriam os crimes ou contravenções cometidos por menores de 18 anos pode ser citado a título de exemplo:

A condenação a três anos de internação, para cumprimento de medida socioeducativa, o adolescente I.G.M, acusado de assassinar duas crianças em uma reserva florestal que fica no bairro Boa Sorte, em Cariacica, ocorrido em 2007. O juiz Lisandro Ambós Corrêa da Silva ainda antecipou os efeitos da tutela e negou o direito do jovem, atualmente com 20 anos, de recorrer em liberdade. O objetivo é garantir a ordem pública e a segurança do representado. Outro envolvido no crime, C.A.D. teve o processo declarado extinto de punibilidade porque completou 21 anos, situação que impossibilita a aplicação das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente (JUIZ MANDA INTERNAR ADOLESCENTE ACUSADO DE MATAR CRIANÇAS, 2013, não paginado).

Pressionado pela mídia e pela sociedade que clama por leis mais severas no Estado de São Paulo, recentemente o governador paulista Geraldo Alckmin enviou ao Congresso Nacional uma proposta de alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente, sugerindo internação de até oito anos aos adolescentes que cometerem delitos hediondos.

Entende-se que majorar a medida sócio-educativa de internação seria uma solução intermediária para resolver a polêmica questão, além de que não seria preciso discutir a constitucionalidade da medida, como ocorre com a redução da maioria penal, pois a inimputabilidade para muitos doutrinadores compõem o rol das cláusulas pétreas da Constituição federal. Com a majoração do período de internação para delitos mais graves que causam comoção e revolta na sociedade, o que se espera é uma repreensão maior para que os jovens infratores possam refletir sobre sua conduta criminosa, chegar à conclusão que o crime não compensa, extirpando de vez o sentimento de impunidade que levam parcela da juventude a delinquir.

5.3 POSICIONAMENTOS A FAVOR DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Um dos principais argumentos para os defensores da redução da maioria penal seria devido ao fato de o código Penal ser da década de 40, época em que o jovem tinha pouco acesso à informação, tornando-o imaturo para avaliar a gravidade dos atos cometidos. Para os defensores da redução, essa imaturidade não é mais aceitável, pois vivendo em um novo milênio com uma gama de informações e o advento da internet não se poderia curvar aos delitos cometidos pelos jovens que se amparam na legislação arcaica para aumentar os índices de violência e criminalidade dos centros urbanos.

Fernando Capez ao criticar as medidas adotadas pelo Estatuto da criança e do Adolescente argumenta que as medidas adotadas pelo Estatuto são uma afronta ao sistema jurídico pátrio, pois incentiva a criminalidade através da impunidade dos crimes cometidos e tem o despudor de proibir a divulgação dos nomes e fotos (CAPEZ, 2001).

Corroborando com esse entendimento é de vital importância expor o que Júnior (apud REBELO, 2010, p. 90) pensa a respeito:

Há em tramitação no Congresso Nacional diversas propostas de emenda constitucional, propondo de diversas formas, a redução da menoridade penal. Entendo absolutamente inconveniente a alteração por razão de política criminal, mas não considero as propostas inconstitucionais por ferir regra pétrea da constituição, consoante o artigo 60, IV, da Constituição

Federal, e, por conseguinte insuscetível de ser abolida. Entendo que não constitui regra pétrea não por não estar no artigo 5 da Constituição federal, referente aos direitos e garantias individuais mencionados no artigo 60, IV, da Constituição. Não é regra do artigo 228 da Constituição Federal regra pétrea, pois não se trata de um direito fundamental ser reputado penalmente inimputável até completar dezoito anos. A medida foi adotada pelo Código Penal e depois pela Constituição Federal em face do que avaliou necessário e conveniente, tendo em vista atender aos interesses do adolescente e da sociedade.

Caminhando no mesmo sentido Pedro Lenza posiciona-se a favor da redução da maioria penal de 18 para 16 anos, apesar de muitos autores serem contra, acredita ele ser possível, não iria violar as cláusulas pétreas do artigo 60 § 4º da CF/88, esse posicionamento fica claro em um trecho de sua obra assim transcrito:

Embora parte da doutrina assim entenda, a nossa posição é no sentido de ser perfeitamente possível a redução de 18 para 16 anos, uma vez que apenas não se admite a proposta de emenda (PEC) tendente a abolir direito e garantia individual. Isso não significa, como já interpretou o STF, que a matéria não possa ser modificada. Reduzindo a maioria penal de 18 para 16 anos, o direito à inimputabilidade, visto como garantia fundamental, não deixará de existir. A sociedade evoluiu, e, atualmente, uma pessoa com 16 anos de idade tem total consciência de seus atos, tanto é que exerce os direitos de cidadania, podendo propor a ação popular e votar. Portanto, em nosso entender, eventual PEC que reduza a maioria penal de 18 para 16 anos é totalmente constitucional. O limite de 16 anos já está sendo utilizado e é fundamentado no parâmetro do exercício do direito de votar e à luz da razoabilidade e maturidade do ser humano. (LENZA, 2013, p. 1105-1106).

Para o promotor de justiça da cidade de Sorocaba Estado de São Paulo, Antonio Farto Neto, umas das soluções em curto prazo é a redução da maioria penal, pois este impacto seria capaz de reduzir a quantidade de atos infracionais por parte dos jovens e adolescentes, uma vez que o Brasil não tem condição de continuar protegendo os jovens infratores das penalidades da lei porque corre o risco de vitimar muitas outras pessoas que estão sendo atingidas pelo envolvimento desses jovens com os atos infracionais, segundo o promotor:

Nós precisamos chamar esses adolescentes para a responsabilidade criminal. Você como brasileiro pode votar, o salário mínimo é igual para todo mundo, se você prestar um concurso público você pode ser promotor, por exemplo, então se você for preso em uma cadeia pública ela vai estar superlotada. É um pacto social. A questão é que nós estamos tentando deixar esses adolescentes fora do pacto social para protegê-los. Que acredito que com esse choque nós vamos conseguir no mínimo tirar esses jovens das mãos dos traficantes (PROMOTOR DE SOROCABA É A FAVOR DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL, 2013, não paginado).

Evidente que o jovem não entra no mundo da criminalidade da noite para o dia, implementos de políticas públicas com ênfase na escola, educação e profissionalização seria com certeza um fator “divisor de águas” que faria com que o adolescente mantendo-se ocupado e inserido em um ambiente educador, teria apesar de ser oriunda muitas vezes de uma família desestruturada, uma chance menor de se desvirtuar e voltar-se para a criminalidade.

A pressão da mídia e da sociedade faz com que a discussão tome grandes proporções, a mídia tem divulgado com destaque o aumento de crimes cometidos por menores, com isso a sociedade amedrontada clama por leis mais severas. Em passo contrário os presídios superlotados fazem com que os defensores dos direitos humanos clamem por penas alternativas para reduzir a população carcerária e possibilitar melhores condições de higiene e limpeza para os que lá se encontram.

Os brasileiros em sua quase totalidade querem a redução da maioria penal, é o que aponta uma pesquisa realizada em 2012 sobre segurança pública, feita pelo DataSenado:

Os brasileiros querem tratamento mais rigoroso para os culpados pela prática de crime. É o que aponta pesquisa do DataSenado sobre segurança pública. Segundo o levantamento, 87% dos entrevistados concordam com a tese de que o menor de idade que comete crimes deve ser punido como adulto—11% disseram discordar e 2% não souberam responder (SEGUNDO PESQUISA, 87% DOS ENTREVISTADOS APOIAM REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL, 2013, não paginado).

Em sentido oposto o Ministério Público e a OAB se opõem a redução da maioria penal. Convidados pelo Senado para debater a redução da maioria penal, a Ordem dos Advogados do Brasil e o Ministério Público se posicionaram contra as propostas que tramitam na Casa que permitem prender menores de 18 anos que cometerem crimes. Para o MP a redução da maioria fere a Constituição e para a OAB na pessoa de seu presidente Marcus Vinicius Furtado Coêlho a medida não trará resultados, não sendo adequada aos fins a que se destina, destacando que o sistema carcerário brasileiro não cumpre seu papel de ressocializar o detento (MINISTÉRIO PÚBLICO E OAB SE OPÕEM A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL, 2013).

A questão da redução da maioridade penal não é recente, o decreto-lei n° 1004/69, tinha por finalidade substituir o Código Penal de 1940. Esse decreto não chegou a entrar em vigor. Importante destacar que a redução para 16 anos ficaria condicionada a uma avaliação de discernimento de forma a constatar se ao tempo do crime o jovem teria a capacidade de compreender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. No período da “*vacatio legis*” pela lei n° 6016, de 12/12/1973 se elevou novamente para 18 anos, sensível as ponderações da magistratura de menores e de significativa parcela de estudiosos que destacaram as graves dificuldades para se aferir a capacidade de entendimento na faixa de 16 a 18 anos, mediante perícia sofisticada.

6 REFLEXÕES CONCLUSIVAS

Com tudo que foi exposto no trabalho, após meses de pesquisas na doutrina, jurisprudência, opinião pública, pode-se dizer que o entendimento não é consensual, não consegui identificar uma posição majoritária a favor ou contra a redução da maioria penal, a sociedade deseja penas mais severas para os adolescentes, quanto a isso não restam dúvidas, já na doutrina mais do que se discutir se a redução da maioria iria reduzir à criminalidade, ainda existe a questão da constitucionalidade, o STF tende a inclinar-se pela inconstitucionalidade da medida, pelo posicionamento de alguns ministros.

Pela abordagem histórica que foi feita evidenciou-se que na atual legislação a questão do menor infrator é tratada de uma forma muito diferente do que se praticava nos primórdios da sociedade, pois nessa época prevaleciam as penas corporais, degradantes, humilhantes e até penas de morte eram aplicadas. Esse tratamento desumano é totalmente incompatível com a nova ordem constitucional vigente, pois o que prevalece hoje é os direitos da pessoa humana, voltados para as garantias dos direitos individuais previstas na Constituição e nos tratados e convenções de direitos humanos da qual o Brasil é signatário.

Interessante salientar que por muitos anos, principalmente no século XIX, havia no caso concreto a avaliação do discernimento do menor quando da prática de delitos, essa possibilidade de avaliação de discernimento quase foi admitida novamente no ordenamento por ocasião do projeto de Código de 1969, mas como já exposto nesse trabalho não entrou em vigor. Particularmente acredito que nos dias de hoje temos mais condições de se avaliar o discernimento do jovem, pelos diversos recursos disponíveis, mas por possuir um caráter elevado de subjetividade não creio ser a medida mais eficaz para conter o aumento da criminalidade.

As mudanças mais significativas ocorridas na história do tratamento dado ao menor foi sem dúvida às alterações ocorridas nas primeiras décadas do século XX, havendo legislação específica para o menor, saindo do seara do direito penal, para uma legislação especial de cunho pedagógico, visando a ressocialização pelo trabalho e pelo estudo.

A sociedade muito evolui desde a entrada em vigor do Código Penal em 1940, o avanço da tecnologia, o acesso a informação, o advento da *internet*, redes sociais e tantos outros meios de informação, não cabem nos dias atuais a alegação de desconhecimento da lei para se escusar de deveres e obrigações impostas a todos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é “fruto” de uma evolução da sociedade, muito bem idealizado, prevê medidas protetivas para a criança e o adolescente, as medidas sócio-educativas possuem uma graduação que vai desde advertência, até a medida mais severa a internação, aqui faço uma consideração a respeito, me posiciono favorável a majoração do período de internação, essa medida que é aplicada para delitos mais graves, que derivem de violência ou grave ameaça, o que se tem hoje é a aplicação de um período máximo de 3 anos, pouco para reprimir crimes bárbaros, hediondos e outros que demonstram crueldade e causam comoção e indignação na sociedade, aliás, até mesmo alguns defensores da manutenção da idade penal aos 18 anos acreditam ser uma medida sócio-educativa de internação por um período máximo de 3 anos ser demasiada branda. O adolescente precisa sentir o caráter repressivo da medida, precisa temer o “pulso forte” do Estado, para assim não voltar a delinquir.

Outro ponto do trabalho que merece destaque é o sistema penitenciário brasileiro que se encontra falido, não recupera e não ressocializa, na verdade causa um efeito contrário ao desejado, são escolas da criminalidade, é necessário que o poder público rompa a inércia e faça imediatamente uma reestruturação do sistema, sob pena de aumentar o caos nos presídios, e ter que liberar os detentos para “desafogar” o sistema. Assim se inserirmos adolescentes de 16 a 18 anos nesse sistema falido, unidos aos delinqüentes adultos, teremos como resultado, marginais de alta periculosidade após passarem pela “escola” da criminalidade.

Em relação a ser ou não constitucional reduzir a maioridade penal, penso no mesmo sentido de Pedro Lenza, como já exposto nesse trabalho, a redução não iria abolir o direito a maioridade penal, mas sim reduzir seu patamar pra adequar a realidade social. Apesar de acreditar ser constitucional a redução, creio não ser

viável, devido ao sistema penitenciário não provocar o efeito desejado, que é ao mesmo tempo reprimir e ressocializar o detento.

Por fim, fico muito satisfeito pelos resultados alcançados, o tema é polêmico, divide opiniões, se torna muito importante discutir a questão, fazendo uma análise racional e estimando as conseqüências, creio que seria interessante até mesmo levar à questão a sociedade por meio de plebiscito para manifestar seu posicionamento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em 20 ago. 2013.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 5 ago. 2013.

BRASIL. Código Criminal do Império de 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm> Acesso em 20 jul. 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 23 ago. 2013.

BRASIL. Decreto 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=847&tipo_norma=DEC&data=18901011&link=s>. Acesso em 25 jul. 2013.

BRASIL. Decreto Nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em 2 ago. 2013.

BRASIL. Decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 10 ago. 2013.

CAPEZ, Fernando. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONDURÚ, Marise Teles; PEREIRA, José Almir Rodrigues. Elaboração de Trabalhos Acadêmicos. 4ª. ed. Bélem: 2010.

Criminalistas criticam a tentativa de reduzir a criminalidade. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/>>. Acesso em 24 de ago. 2013.

GALDINO, Milena.; REIS, Marco A. Maioridade penal: 3 propostas aguardam votação no CCJ. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/>>. Acesso em 24 de ago. 2013.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 13ª. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

Juiz manda internar adolescente acusado de matar crianças. Espírito Santo. Disponível em: <<http://www.sintese.com/noticia>>. Acesso em 24 de ago. 2013.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 17^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEITÃO, Thaís. Reduzir a maioria penal é um atestado de falência do sistema de proteção do país, diz especialista. Brasília. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/>>. Acesso em 24 de ago. 2013.

MADUREIRA, Marcellus. MG: 1º Presídio do Brasil promete terapia ocupacional e pudim. Belo Horizonte. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/policia/>>. Acesso em 28 de ago. 2013.

MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Gustavo G. Curso de Direito Constitucional. 4^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Ministério Público e OAB se opõem a redução da maioria penal. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/>>. Acesso em 23 de ago. 2013.

NUCCI, Guilherme de S. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: RT, 2011.

OLIVEIRA, Wagner. Temer diz que redução da maioria penal não reduz criminalidade. Disponível em: <<http://blogs.diariodepernambuco.com.br/segurancapublica/>> Acesso em 25 de ago. 2013.

Promotor da infância de Sorocaba é a favor da redução da maioria penal. Sorocaba. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba-jundiai/noticia/>>. Acesso em 29 de ago. 2013.

REBELO, Carlos Eduardo Barreiros. Maioridade Penal: a polêmica de sua redução. Belo Horizonte: lus, 2010.

Segundo pesquisa, 87% dos entrevistados apóiam a redução da maioria penal. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/>>. Acesso em 26 ago. 2013.

VASCONCELOS, Clever. Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZAMPIER, Débora. Maioridade penal é tema controverso entre juristas. Brasília. 2013. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/>>. Acesso em 24 de ago. 2013.