



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Por

Amanda Ferraz Queiroz

ORIENTADOR: Carlos Raymundo Cardoso

2014.2

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO
RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900
RIO DE JANEIRO - BRASIL**

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Por

Amanda Ferraz Queiroz

Monografia apresentada
ao Departamento de
Direito da Pontifícia
Universidade Católica do
Rio de Janeiro (PUC-Rio)
para a obtenção do Título
de Bacharel em Direito.

Orientador: Carlos
Raymundo Cardoso

2014.2

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado sabedoria, saúde e força para conseguir concluir minha monografia e superar as dificuldades que apareceram ao longo da jornada. Obrigada por ser meu guia, meu amigo e meu socorro sempre presente na hora da angústia.

Aos meus pais Rogério e Andréa que não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa da minha vida. Obrigada pelas orações, pelo incentivo e amor incondicional. Sei que vocês nunca desistiram de mim!

A minha irmã Rogéria por sempre me compreender e me orientar nas tomadas de decisão. Obrigada pelos conselhos e pelo seu amor por mim!

Ao meu professor orientador Carlos Raymundo pela dedicação e esforço em cada momento da elaboração do meu trabalho. Obrigada pela atenção e paciência durante todo o processo de conclusão da minha monografia. Agradeço a Deus por ter e proporcionado um professor como o senhor!

E agradeço a todos que estiveram direta ou indiretamente presentes na minha trajetória acadêmica e, em especial, a minha amiga Amanda que sempre me encorajou e acreditou no meu sucesso.

A todos da minha família que contribuíram para que eu obtivesse êxito na conclusão do meu curso.

Ó profundidade das riquezas, tanto da sabedoria,
como da ciência de Deus! Quão insondáveis são os
seus juízos, e quão inescrutáveis os seus caminhos!
Por que quem compreendeu a mente do Senhor?
Ou quem foi o seu conselheiro?
Ou quem lhe deu primeiro a ele, para que lhe seja
recompensado?
Porque dele e por ele, e para ele, são todas as
coisas; glória, pois, a ele eternamente. Amém.
Romanos 11. 33-36.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo discutir acerca do tão polêmico tema da redução da maioridade penal e seus aspectos mais importantes. De início, haverá uma abordagem da imputabilidade penal no direito brasileiro e no direito comparado com apontamentos nas diferenças e semelhanças no tratamento do menor infrator. Posteriormente, este trabalho relatará os principais documentos nacionais e internacionais de proteção dos direitos e garantias da criança e do adolescente, assim como haverá a abordagem específica dos direitos assegurados pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Ademais, será discutido o tema que trata do adolescente e o ato infracional, os crimes mais comuns praticados pelos menor infrator e as medidas socioeducativas aplicadas diante da prática de uma infração penal. Também será discutida a questão da realidade social do menor de 18 anos, seu ambiente familiar e a importância da inclusão escolar como um relevante instrumento de preparação para o competitivo mercado de trabalho, evitando que o adolescente recorra a meios alternativos de conquistar seu lugar na sociedade e obter um bom salário que o possibilite ter uma vida digna. Ademais, serão estudadas as principais discussões acerca da redução da maioridade penal, onde serão abordados os argumentos mais utilizados por aqueles que defendem ser a redução uma solução para o problema da delinquência-infanto-juvenil. Por fim, serão apresentadas as possíveis medidas que podem ser adotadas para que efetivamente sejam reduzidas as taxas de atos infracionais cometidos por adolescentes.

Palavras-chave: Redução da maioridade penal. Imputabilidade penal. Menor infrator.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

Capítulo 1 - MAIORIDADE PENAL NO DIREITO BRASILEIRO E NO DIREITO COMPARADO

1.1.	Maioridade penal na Constituição da República Federativa do Brasil e no Código penal brasileiro	14
1.2.	Maioridade penal no Direito Comparado	19
1.2.1.	Maioridade penal na Europa	19
1.2.2.	Maioridade penal da América Latina	22
1.2.3.	Maioridade penal nos Estados Unidos	24

Capítulo 2 - LEGISLAÇÕES INTERNACIONAL E NACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

2.1.	Principais documentos internacionais de Proteção dos Direitos da Criança e do adolescente	26
2.1.1.	Declaração Universal dos Direitos Humanos	26
2.1.1.1.	Declaração dos Direitos da Criança	27
2.1.1.2.	Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras de Beijing	29
2.1.1.3.	Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil – Diretrizes de Raid	31
2.1.1.4.	Regras Mínimas das Nações Unidas para Proteção de Jovens Privados de Liberdade	32
2.1.1.5.	Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989.	33
2.1.2.	Legislação Nacional: Constituição da	

República Federativa do Brasil e Estatuto da Criança e do Adolescente	36
2.1.2.1. Constituição da República Federativa do Brasil	36
2.1.2.2. Estatuto da Criança e do Adolescente	40
2.1.2.3. Direitos da Criança e do Adolescente	48
2.1.2.3.1. Direito à vida e à saúde	48
2.1.2.3.2. Direito à liberdade, ao respeito e à dignidade	52
2.1.2.3.3. Direito à convivência familiar e comunitária	53
2.1.2.3.4. Direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer	54
2.1.2.3.5. Direito à profissionalização e à proteção do trabalho	56

Capítulo 3 - A CRIANÇA E O ADOLESCENTE E O ATO INFRACIONAL

3.1. Evolução histórica da proteção social e jurídica à infância e a juventude no Brasil	64
3.1.1. Etapa Penal Indiferenciada	67
3.1.2. Etapa Tutelar	69
3.1.3. Etapa de Caráter Penal Juvenil ou Garantista	80
3.2. Procedimento de apuração de ato infracional praticado por adolescente	85
3.2.1. Fase Policial	86
3.2.2. Fase Ministerial	90
3.2.3. Fase Judicial	93
3.2.4. Garantias processuais do adolescente autor de ato infracional	95
3.2.4.1. Devido Processo Legal	95

3.2.4.2.	Pleno e formal conhecimento de atribuição de ato infracional	97
3.2.4.3.	Igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias a sua defesa	98
3.2.4.4.	Defesa Técnica por Advogado	99
3.2.4.5.	Assistência Judiciária gratuita e Integral aos Necessitados na Forma da Lei	100
3.2.4.6.	Direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente	101
3.2.4.7.	Direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento	101
3.2.4.8.	Direito à celeridade do processo	102
3.3.	Medidas socioeducativas	104
3.3.1.	Natureza Jurídica	104
3.3.2.	Considerações iniciais acerca da aplicação das medidas socioeducativas	109
3.3.3.	Espécies de medidas socioeducativas.....	110
3.3.3.1.	Advertência	110
3.3.3.2.	Obrigação de reparar o dano	111
3.3.3.3.	Prestação de serviços à comunidade ..	112
3.3.3.4.	Liberdade assistida	113
3.3.3.5.	Regime de semiliberdade	114
3.3.3.6.	Internação	116
3.4.	Estatísticas de participação do adolescente no cenário infracional.....	121

Capítulo 4 - QUESTÕES SOCIAIS QUE FOMENTAM A PARTICIPAÇÃO DO ADOLESCENTE NO MUNDO DO CRIME

4.1. Má instrução familiar	135
4.2. Evasão escolar	142
4.3. O trabalho informal infanto-juvenil	149
4.4. Drogas e sociedade de consumo	153

Capítulo 5 - DISCUSSÕES ACERCA DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E PRINCIPAIS POSICIONAMENTOS

5.1. Argumentos utilizados por aqueles que são favoráveis à redução da maioridade penal	161
5.1.1. Maioridade penal não constitui cláusula pétrea	161
5.1.2. A lei garante a impunidade dos menores	165
5.1.3. Capacidade de votar	170
5.1.4. Maiores aliciam menores para a prática de crimes	171
5.1.5. Argumento da discernimento	173
5.2. Os que defendem a alteração do ECA	175
5.3. Não à redução da maioridade penal e as possíveis soluções para a redução da criminalidade infanto-juvenil	176

CONCLUSÃO	182
------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA	184
---------------------------	------------

INTRODUÇÃO

A questão da redução da maioridade penal não é um tema novo no contexto brasileiro e tem sido causa de grandes discussões no plano social, jurídico e político. Diante do elevado índice de criminalidade no meio urbano e da onda de violência de que a sociedade tem se tornado refém, grande parte da população encontra-se indignada com este quadro e busca como solução maior rigidez da legislação penal e um tratamento mais severo aos criminosos, cada vez mais incentivado pela mídia.

O artigo 228 da Constituição da República estabelece que os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, ou seja, não possuem a capacidade de entender o caráter ilícito do fato, nem de se determinar de acordo com este entendimento. O menor infrator não está sujeito às normas do código penal brasileiro e sim às normas estabelecidas na legislação especial conforme se depreende da leitura do artigo 27 do Código Penal. Portanto, os menores de 18 anos estão sujeitos às normas do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No entanto, a mídia impressa e televisiva tem relatado fatos em que cada vez mais se verifica a atuação, ainda que indiretamente, de menores de 18 anos na prática de crimes, algumas vezes crimes bárbaros como homicídio e não apenas pequenos delitos. Tendo em vista tal situação fática, tem entrado em debate a questão da redução da maioridade penal como forma de punir mais severamente um menor que está envolvido na prática criminosa.

Há autores que defendem a redução da maioridade penal para que o menor infrator não seja submetido às medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, mas para que ele esteja sujeito às penas do código penal, principalmente a pena privativa de liberdade, com o

objetivo de gerar intimidação e uma reprimenda mais efetiva da prática do delito. Neste sentido, muitas pessoas entendem que submeter o menor infrator apenas às medidas socioeducativas gera uma sensação de impunidade e contribui para que outros adolescentes não se intimidem quando forem praticar algum delito.

Por outro lado, há argumentos desfavoráveis à redução da maioria penal no sentido de que sujeitar um adolescente ao sistema carcerário brasileiro não trará benefício para sua reintegração na sociedade e sim para sua segregação social, podendo tornar-se um criminoso especializado com a convivência com outros criminosos mais experientes na prisão, além do fato de que há maiores taxas de reincidência nas penitenciárias do que no sistema socioeducativo, conforme será apresentado posteriormente.

É importante ressaltar que, muitas vezes, a sociedade deseja que aquele indivíduo que gera desconforto social e representa uma ameaça aos bens jurídicos protegidos pela legislação seja banido do convívio social e tenha sua liberdade privada para que haja uma punição mais forte e dolorosa, neste caso, o menor que praticou o ato infracional. Contudo, se esquece que este mesmo indivíduo que foi retirado da vida em sociedade e colocado num sistema penitenciário falido poderá retornar ao convívio social ainda mais violento e perigoso.

Ainda neste contexto, o sistema prisional brasileiro não tem capacidade para suportar mais pessoas, a população carcerária tem vivido, muitas vezes, em condições subumanas e não há a reeducação dos agentes criminosos, ao contrário, as pessoas saem mais criminosas do que antes, o último estado é pior do que o primeiro. Os presídios encontram-se superlotados e não têm infraestrutura necessária para uma demanda maior de reclusos.

A atuação do governo com implementação de políticas públicas junto à aplicação da medida socioeducativa quando da prática de um ato infracional pode desempenhar um papel importante no combate das altas taxas de criminalidade. A Constituição brasileira assegura alguns direitos fundamentais direitos como saúde, educação e moradia, no entanto, esses direitos nem sempre são efetivados, contribuindo para a prática criminosa, principalmente entre adolescentes que procuram obter de forma ilícita o que lhe é negado pela sociedade injusta e desigual em que está inserido.

Neste sentido, argumenta o escritor Mario Volpi:

“A aplicação de medidas socioeducativas não pode acontecer isolada do contexto social, político e econômico em que está envolvido o adolescente. Antes de tudo, é preciso que o Estado organize políticas públicas para assegurar, com prioridade absoluta, os direitos infanto-juvenis. Somente com os direitos à convivência familiar e comunitária, à saúde, à educação, à cultura, esporte e lazer, e demais direitos universalizados, será possível diminuir significativamente a prática de atos infracionais cometidos por adolescentes” (VOLPI, Mario, 2011, p. 42).

Deste modo, reduzir a maioria penal seria trazer uma solução mais fácil e rápida frente ao clamor de grande parte da população, porque, na verdade, é mais fácil punir do que reeducar. É através da educação que um indivíduo se torna um cidadão consciente de seus direitos e deveres e a partir do momento em que esse direito básico lhe é negado, o indivíduo fica à margem da sociedade e tem grandes chances de se tornar um criminoso.

O presente trabalho pretende mostrar que o problema do menor que comete um ato infracional não é questão de impunidade, mas sim de graves problemas de cunho social, econômico e político. Faz-se necessário chegar à raiz do problema, tratar o que gera a violência e não somente punir o adolescente que cometeu o ato infracional. Enquanto não for transformada a realidade econômico-social em que se encontra a grande maioria dos adolescentes que cometem atos infracionais e sendo estes somente privados

de sua liberdade sem a devida reeducação, sempre haverá outros adolescentes que vivem no mesmo contexto predispostos a cometer tais atos.

Ainda quanto à possibilidade de redução da maioria penal tem-se a questão constitucional, se o artigo 228 da Constituição Federal seria um direito fundamental mesmo não inserido no art. 5º da Carta Magna brasileira e por isso uma limitação material ao poder constituinte reformador. Se for considerado um direito fundamental estará incluído no artigo 60, §4º, IV, ou seja, será considerado cláusula pétrea, um direito fundamental que não poderá ser abolido por proposta de emenda constitucional. Não obstante a isso, ainda há autores como Pedro Lenza e Miguel Reale Júnior que defendem a tese de que não é inconstitucional a proposta de emenda constitucional que reduza a maioria penal, pois se houver a redução da maioria penal de 18 para 16 anos, o direito à inimizabilidade não será abolido.

Nas palavras de Pedro Lenza:

“Embora parte da doutrina entenda, a nossa posição pessoal 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 inimizabilidade, visto como garantia fundamental, não deixará de existir.”¹

No mesmo sentido é a posição de Miguel Reale Júnior:

“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 razões de política criminal, mas não considero as propostas inconstitucionais por ferir regra pétrea da

¹ REBELO, Carlos Eduardo Barreiros. *Majoridade penal e a polêmica acerca de sua redução*. 1ª edição. Belo Horizonte: Ius Editora, 2010. P. 89. Apud. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12ª ed. rev, atual. e ampli. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 762-763.

Constituição, consoante o art. 60, IV, da Constituição Federal, e por conseguinte insuscetível de ser abolida.”²

Diante de todo o exposto, o presente estudo pretende demonstrar alguns aspectos que possam trazer uma reflexão acerca da questão da maioria penal e a sua redução, apresentando questões sociais, políticas e econômicas, além de apresentar argumentos contrários e favoráveis. Não há a pretensão de acabar com a discussão, tampouco apresentar uma solução milagrosa para toda essa problemática e sim levar o leitor a uma reflexão do tema e mostrar em que condições encontram-se o Brasil e sua população juvenil para que haja a possibilidade de redução da maioria penal.

² REBELO, Carlos Eduardo Barreiros. *Majoridade penal e a polemica acerca de sua redução*. 1ª edição. Belo Horizonte: Ius Editora, 2010. P. 89-90. Apud. REALE JUNIOR, Miguel. P. 212.

Capítulo Primeiro

1. MAIORIDADE PENAL NO DIREITO BRASILEIRO E NO DIREITO COMPARADO

1.1. Maioridade penal na República Federativa do Brasil e no Código Penal Brasileiro.

A fixação da idade em que se atinge a maioridade penal do Brasil está consagrada no artigo 228 da Constituição da República Federativa do Brasil, dispondo que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação penal”.

A imputabilidade penal, nas palavras de Rogério Greco³, é “a possibilidade de se atribuir, de se imputar o fato típico e ilícito ao agente. A imputabilidade é a regra; a inimputabilidade a exceção.”

Na perspectiva de Cezar Roberto Bitencourt⁴ a “imputabilidade é a capacidade ou aptidão para ser culpável, embora convenha destacar, não se confunda com responsabilidade, que é o princípio segundo o qual o imputável deve responder por suas ações.”

Não se pode responsabilizar penalmente um indivíduo menor de dezoito anos pelo cometimento de um fato típico e ilícito por lhe faltar o atributo da culpabilidade. A capacidade para ser culpável possui dois momentos distintos: um intelectual e o outro de vontade, ou seja, a capacidade de entender o ilícito penal e a capacidade de se determinar de acordo com esse entendimento.

³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2010. P.377.

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral*. 16ª edição. São Paulo: editora Saraiva, 2001. P. 412.

Embora o menor não possa ser imputável frente a legislação penal, não é eximido da responsabilidade de responder por suas ações, pois existe uma legislação específica para aplicação de medidas necessárias como resposta do Estado ao ilícito cometido.

Por questões de política criminal estabeleceu-se que os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, pois há uma presunção legal de que a pessoa que ainda não completou os 18 anos não possui capacidade de conhecer o caráter ilícito do fato, tampouco de se comportar de acordo com este entendimento, isto é, não tem capacidade de culpabilidade. É uma presunção absoluta, ou seja, não permite prova em contrário.

De acordo com a doutrina, existem três critérios para a aferição da imputabilidade: o biológico, o psicológico e o biopsicológico. Segundo o critério biológico, é inimputável aquele que possui doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ou seja, a responsabilidade está atrelada à saúde da mente. O método psicológico declara o agente inimputável se ao momento da ação ou omissão ele estava acometido de uma perturbação mental, se no momento do crime ele não tinha uma percepção exata da realidade e, por isso, não pôde entender a criminalidade do fato e nem de se comportar de acordo com esse entendimento. Finalmente, o critério biopsicológico considera o agente inimputável se, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, no momento da infração penal, era incapaz de compreender a ilicitude do fato e de autodeterminar-se de acordo com essa compreensão.

O critério biopsicológico foi adotado pelo Código Penal em seu artigo 26, *in fine*:

“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.”

Através da leitura desse artigo, nota-se que o Código Penal adotou a reunião de dois critérios para se aferir a inimputabilidade do agente, qual seja, a existência de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado e a consequente incapacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se segundo esse entendimento que o transtorno acarretou.

No entanto, foi adotado o critério puramente biológico pelo legislador para fixar a inimputabilidade penal do menor, pois independentemente de inteligência ou desenvolvimento mental do adolescente que praticou o ilícito penal, o menor é considerado como uma pessoa que ainda não tem maturidade mental para adquirir a imputabilidade penal, simplesmente por ser menor de 18 anos.

De acordo com a súmula 74 do STJ, a menoridade penal deve ser provada com documento hábil, como carteira de identidade ou certidão de nascimento.

A favor do critério utilizado pelo legislador, Juarez Cirino diz que:

“O legislador define um critério correto de política criminal: adolescentes menores de 18 anos podem compreender o injusto de alguns crimes graves, como homicídio, lesões corporais, roubo e furto, 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 e tributária, as relações de consumo, o sistema financeiro etc.) e, em todas as hipóteses acima referidas, não são capazes de comportamento conforme eventual compreensão do injusto, por insuficiente desenvolvimento do poder dos instintos, impulsos ou emoções.”⁵

⁵ SANTOS, J. C. dos. *Direito Penal Parte Geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006 p. 287. Apud REBELO, Eduardo Barreiros, C. *Maioridade penal e a polêmica acerca da sua redução*. 1ª Edição. Belo Horizonte: Ius Editora, 2010, p. 32.

De modo semelhante à Constituição, dispõe o atual Código Penal brasileiro, que passou a vigorar em 1940 e, apesar de ter passado por uma revisão em sua parte geral em 1984, a idade mínima para a responsabilização penal continuou fixada aos 18 anos:

“Art. 27. Menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.”

A exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal ao tratar da imputabilidade penal, apontou os seguintes argumentos:

“23. Manteve o Projeto a inimputabilidade penal ao menor de 18 (dezoito) anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de política Criminal. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade recente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente anti-social na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o estatuto dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinquente, menor de 18 (dezoito) anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinquente adulto, expondo-o à contaminação carcerária.”⁶

Apesar de a maioridade penal estar fixada aos 18 anos, muito se discute acerca da possível redução para os 16 anos, tendo em vista a frequência da prática de injustos penais praticados por adolescentes que a sociedade tem presenciado. No entanto, assim como afirma o texto acima, o adolescente com 16 anos ainda é um sujeito em formação e precisa ter todos os recursos necessários para se desenvolver plenamente, a fim de estar devidamente instruído para o convívio social.

A legislação especial de que tratam a Constituição Federal e o Código Penal é a lei 8.069/90, mais popularmente conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. De acordo com essa lei, o ilícito penal

⁶ BRASIL. *Código penal*. Decreto lei 2898 de 7 de dezembro de 1940. Brasília, DF. Senado, 1940. Exposição de motivos.

cometido pelo menor com idade entre 12 e 18 anos denomina-se ato infracional, abarcando tanto o crime como a contravenção penal.

Além de a Constituição Federal e o Código Penal terem tratado da inimputabilidade penal do menor de 18 anos, o Estatuto da Criança e do Adolescente também fixou a idade da menoridade penal no seu artigo 104, *in fine*:

“Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de 18 (dezoito) anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.
Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.”

Ao cometer um ato infracional, o adolescente com idade entre 12 e 18 anos fica sujeito às medidas socioeducativas previstas no art. 112 do e/ou às medidas protetivas previstas no artigo 101, I ao VI, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Para se verificar a inimputabilidade, deve se levar em conta a idade no momento da ação ou da omissão.

Se o adolescente cometeu um delito quando tinha a idade de 17 anos e seis meses e seu delito só foi descoberto somente após ter completado 18 anos, não responderá criminalmente, mas sim perante as regras do Estatuto da Criança e do Adolescente. No entanto, ele estará sujeito às regras do Estudo somente até os 21 anos de idade, conforme dispõe seu artigo 2º, parágrafo único.

O juízo competente para o julgamento de todos os adolescentes que praticam o ato infracional é a Vara de Infância e Juventude, além de ser competente para exercer o controle das medidas socioeducativas impostas a eles, após o devido processo legal de que todo adolescente tem direito quando apreendido.

De modo diverso ocorre com as crianças de idade até doze anos incompletos quando praticam um ato infracional. A essas crianças só é possível a aplicação das medidas protetivas previstas no artigo 101, I a VI do Estatuto da Criança e do Adolescente. Tais medidas serão aplicadas pelo Conselho Tutelar, podendo ser revistas pela autoridade judiciária.

1.2. Maioridade penal no Direito Comparado

1.2.1. Maioridade penal na Europa

Para analisar a tendência legislativa internacional quanto à responsabilização penal de crianças e adolescentes e quanto ao início da imputabilidade penal, começaremos a tratar da responsabilidade penal juvenil e a maioridade penal em alguns países da Europa.

Na Alemanha, a responsabilidade penal juvenil começa aos catorze anos de idade. O Sistema de Justiça Juvenil se aplica aos adolescentes de 14 a 18 anos e aos jovens adultos com idade de 18 a 21 anos em alguns casos, a depender de um estudo de discernimento e da natureza do crime. Ao alcançar a idade de 21 anos, o jovem começa a se submeter à jurisdição penal tradicional.

A legislação da Alemanha sofreu uma revisão parcial em agosto de 1990 e adotou para os adolescentes com idade entre 14 e 18 anos, quando autores de atos infracionais, um conjunto de medidas socioeducativas semelhantes àsquelas introduzidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil.

Aos menores de 14 anos, assim como aos menores de 12 anos no Brasil, se aplicam medidas de proteção quando autores de atos infracionais, ficando sob a orientação dos Tribunais Tutelares.

Na Espanha, houve uma alteração do sistema penal em 1995 ampliando a imputabilidade penal de 16 anos para 18 anos de idade. O novo Estatuto penal em vigor estabelece no seu artigo 19 que os menores de 18 anos não serão responsabilizados criminalmente de acordo com as normas do código, mas quando praticarem um delito serão responsabilizados com base na lei que regula a responsabilidade penal do menor.⁷

Na legislação espanhola, assim como na legislação alemã, há a possibilidade de um agente maior de 18 e menor de 21 anos, dependendo das circunstancias, ser submetido à legislação especial de menores e não às regras penais comuns.

A legislação juvenil traz sanções gerais para os adolescentes autores de atos infracionais com idade entre 14 e 18 anos. Assim, como no Estatuto da Criança e do Adolescente, a legislação espanhola consagra o Princípio da Proteção Integral previsto nas normativas internacionais como a Convenção sobre os Direitos da Criança, Regras de Beijing e Diretrizes de Raid. Diferente da legislação brasileira que prevê o limite máximo de três anos de internação, a legislação espanhola prevê que o tempo de internação dos adolescentes pode chegar a oito anos.

Na Inglaterra, embora o início da responsabilidade penal juvenil seja a partir dos 10 anos de idade, a imposição de medida de privação de liberdade só é permitida a partir dos 15 anos. Existe uma categoria Child

⁷ Art. 19. *Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor.* Disponível em: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/1_20121008_02.pdf.>. Acessado em 20 de outubro de 2014.

para crianças com idade entre 10 e 14 anos e uma categoria chama Yong Person para adolescentes com idade entre 14 e 18 anos, onde há a presunção de plena capacidade e as penas são aplicadas em quantidade inferior das penas que são aplicadas aos adultos na mesma situação.

A imputabilidade penal começa aos 18 anos de idade, mas para pessoas com idade entre 18 e 21 anos há uma atenuação das penas aplicadas.

Na França, a imputabilidade penal começa aos 18 anos de idade e há um sistema de responsabilização juvenil a partir dos 13 anos. Os adolescentes com idade entre 13 e 18 anos gozam de uma presunção relativa de irresponsabilidade penal. Quando é comprovado o discernimento do adolescente na faixa etária de 13 a 16 anos, é fixada uma pena com redução obrigatória. Na faixa etária de 16 a 18 anos, a redução de pena fica à mercê da decisão do juiz.

A Itália fixou um sistema de responsabilidade penal juvenil a partir dos 14 anos de idade que vai até os 18 anos, idade em que começa a responsabilização perante as leis penais comuns. Adolescentes com idade entre 14 e 18 anos são considerados imputáveis desde que comprovada sua total capacidade de entender o ilícito e de se comportar de acordo com esse entendimento, mas mesmo assim terão redução de pena pelo Tribunal de Menores.

Na Itália, assim como na Alemanha, na Inglaterra e na Espanha, há um sistema penal de jovens adultos com idade entre 18 e 21 anos.

Em Portugal, a responsabilidade penal juvenil começa aos 12 anos de idade e vai até os 16 anos, quando se inicia a imputabilidade penal e o indivíduo começa a se submeter às normas do Direitos Penal comum. O

indivíduo maior de 16 anos e menor de 21 fica submetido ao Sistema de Jovens adultos com redução de pena.

Na Irlanda, a responsabilidade penal juvenil inicia a partir dos 12 anos de idade e a imputabilidade penal é fixada aos 18 anos de idade. Apesar de um adolescente poder ser responsabilizado pelo ilícito penal que cometeu a partir dos 12 anos, a privação de liberdade só é permitida a partir dos 15 anos de idade.

Na Grécia, a imputabilidade penal começa aos 18 anos de idade, mas há um sistema de jovens adultos como na Alemanha até os 21 anos de idade. A responsabilidade penal juvenil começa aos 13 anos.

Na Bélgica, há um sistema tutelar que não permite a responsabilização penal às pessoas com idade inferior aos 18 anos. No entanto, aos adolescentes com idade entre 16 e 18 anos pode haver a revisão de presunção de irresponsabilidade para alguns delitos, como os delitos de trânsito, quando então ao adolescente poderá ser imposto um regime de penas.

Como se pode perceber, em todos os países analisados, com exceção de Portugal onde a imputabilidade penal inicia aos 16 anos, a imputabilidade penal começa aos 18 anos de idade como no Brasil. Além disso, em vários deles é adotado um sistema de atenuante de pena para os maiores de 18 e menores de 21 anos. Assim também ocorre na nossa legislação, como se pode perceber na redação do artigo 65, I do Código Penal.⁸

1.2.2. Maioridade penal na América Latina

⁸ Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: I – ser o agente menor de vinte e um, na data do fato, ou maior de setenta anos, na data da sentença.

Por hora, começaremos o estudo da responsabilização penal juvenil e a da imputabilidade penal em alguns países da América Latina para que seja analisada se há semelhança com a legislação brasileira.

Na Colômbia, a imputabilidade penal inicia aos 18 anos de idade e a responsabilidade penal juvenil aos 14 anos. A Lei n. 1098/06 regula o sistema de responsabilização penal juvenil e estabelece que a medida de privação de liberdade só é possível a partir dos 16 anos de idade, salvo nos casos de delito de extorsão, homicídio e sequestro.

No Chile, a imputabilidade penal também começa aos 18 anos de idade. A partir de 2005, o Chile passou a adotar um sistema de responsabilização penal juvenil a partir dos 14 anos de idade. No entanto, há duas formas de responsabilização: ao adolescente com idade de 14 e 15 anos poderá ser aplicada a medida de internação até um período máximo de cinco anos e ao adolescente com idade entre 16 e 17 anos o prazo de internação poderá ser estabelecido até o máximo de dez anos.

No México, existem legislações diferenciadas em cada estado. No entanto, em sua maioria, os estados mexicanos estabelecem a idade de 11 anos para o início da responsabilidade penal juvenil e o sistema ainda é tutelar. A imputabilidade penal começa aos 18 anos de idade.

No Peru, assim como no Equador, na Costa Rica, em El Salvador e no Brasil, a responsabilidade penal juvenil começa aos 12 anos de idade e o início da imputabilidade penal é aos 18 anos. O Uruguai, por sua vez, estabeleceu o início da responsabilidade penal juvenil aos 13 anos de idade e a imputabilidade penal aos 18 anos como a grande parte dos países.

Na Venezuela, a responsabilidade penal infanto-juvenil também começa aos 12 anos de idade como no Brasil. Todavia, a Lei 5266/98 estabelece uma diferença de tratamento para os menores com idade entre 12 e 14 anos e para os menores com idade entre 14 e 18 anos. Para aqueles, a privação de liberdade só poderá ser aplicada pelo prazo máximo de 2 anos e para estes a privação de liberdade não poderá exceder a 5 anos. Quando o adolescente alcança os 18 anos de idade, já é imputável perante a legislação penal comum.

Em Honduras e na República Dominicana, a responsabilidade penal juvenil começa a partir dos 13 anos de idade e a imputabilidade penal aos 18 anos. No Paraguai, a imputabilidade penal também se inicia aos 18 anos, porém, responsabilidade penal juvenil começa aos 14 anos de idade, estando os adolescentes com idade entre 14 e 17 anos submetidos às normas do Livro V do Código de La Niñez.

Na Argentina, a responsabilidade penal juvenil começa aos 16 anos de idade, podendo os adolescentes serem privados de sua liberdade quando praticarem delitos. O sistema argentino ainda é tutelar e imputabilidade penal inicia aos 18 anos de idade. A atual lei de responsabilidade dos menores foi criada primeiramente por um Decreto na ditadura militar em 1980 que estabelecia o início da responsabilização juvenil aos 14 anos. Entretanto, com o advento da democracia em 1983, a idade foi ampliada para os 16 anos.

Mais uma vez, ao analisar o sistema de responsabilização penal dos países da América Latina, nota-se que há uma tendência mundial em fixar a idade de 18 anos para o início da imputabilidade penal.

1.2.3. Maioridade penal na Ásia e nos Estados Unidos

Na China, a responsabilidade penal juvenil começa aos 14 anos de idade para os casos em que o adolescente comete crimes graves e violentos como o estupro, homicídio, roubo e tráfico de drogas. Já para os crimes cometidos sem violência à pessoa, a responsabilidade juvenil começa aos 16 anos. A partir dos 18 anos o indivíduo começa a estar submetido à legislação penal comum.

No Japão, assim como na China, a responsabilidade penal juvenil começa aos 14 anos de idade. Contudo, há uma diferença significativa entre os dois países quanto a idade para o início da imputabilidade penal, pois no Japão uma pessoa pode ser responsabilizada penalmente perante a legislação comum somente quando atingir 21 anos de idade.

Nos Estados Unidos, a responsabilização penal juvenil varia de acordo com a legislação de cada estado. Na maioria dos estados, os adolescentes que contam com idade a partir de 12 anos podem ser submetidos às mesmas penas dos adultos, como a de prisão perpétua e a pena de morte. As crianças com 10 anos de idade podem ser responsabilizadas apenas nos casos de prática de delitos graves.

Como se pode perceber, há uma legislação muito rigorosa nos Estados Unidos quanto às penas que podem ser aplicadas aos adolescentes. O país não ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança para que pudesse aplicar penas de morte e de caráter perpétuo.⁹

⁹ A Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece no seu artigo 37 que: Os Estados Partes zelarão para que: a) nenhuma criança seja submetida a tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não será imposta a pena de morte nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm.> Acessado em 20 de outubro de 2014.

Capítulo Segundo

2. LEGISLAÇÕES INTERNACIONAL E NACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Neste capítulo, serão abordados os principais documentos internacionais de proteção dos direitos da criança e do adolescente, mostrando como foram importantes marcos influenciadores para o avanço desses direitos e para a criação de novas leis de proteção a esse grupo merecedor de atenção especial.

Também serão discutidas as principais legislações brasileiras de proteção à infância e juventude, quais sejam, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, ambos tendo por objetivo nuclear a Doutrina da Proteção Integral Da Pessoa em Desenvolvimento e o Princípio da Prioridade Absoluta. Além disso, serão abordados alguns direitos específicos da criança e do adolescente garantidos pelos referidos diplomas legais.

2.1. Principais Documentos Internacionais de Proteção dos Direitos da Criança e do Adolescente

2.1.1. Declaração Universal dos Direitos Humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi proclamada pela Resolução 217-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, tendo sido ratificada pelo Brasil no mesmo ano. Nas palavras de Wilson

Donizeti Liberati¹⁰ “foi um dos principais marcos legais de garantia dos direitos de todos os cidadãos, inclusive da criança”.

A Declaração foi um tratado de liberdade, justiça e paz no mundo, garantindo o respeito e proteção da dignidade humana em que a ONU viu-se forçada a pactuar com os Estados após as desastrosas violações dos direitos humanos ocorridas na II Guerra Mundial.

Dentre os direitos afiançados na Declaração estão: o nascimento de todas as pessoas como livres e iguais em dignidade e direitos, devendo tratar o próximo com espírito de fraternidade; direito à vida, à liberdade, direito à não ser submetido a tratamento desumano ou degradante; todas as pessoas possuem igual capacidade de gozar dos direitos contidos na Declaração sem distinção ou discriminação de qualquer espécie; todos os indivíduos têm liberdade de pensamento, de expressão, de opinião, direito à propriedade, direito a uma nacionalidade, direito de ir e vir; todos têm direito ao trabalho, repouso, lazer, participar da vida cultural da comunidade, entre outros.

Enfim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é um tratado que fortalece os direitos humanos, ressalta a importância de se considerar o valor que cada pessoa possui e a importância de se respeitar a vida, a igualdade e a liberdade que são atributos de todo homem, como também da criança.

2.1.1.1. Declaração dos Direitos da Criança

¹⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional. Medida socioeducativa é pena?* 2ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2012. P. 20.

A Declaração dos Direitos da Criança foi adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20.11.1959, sendo o Brasil um dos Estados Signatários.

Esta Declaração segue o mesmo objetivo de proteção à dignidade humana e reconhecimento do valor do ser humano da Declaração Universal de Direitos Humanos, fazendo menção a esse documento duas vezes em seu preâmbulo.

Considera a criança como pessoa em desenvolvimento, que não tem maturidade física e mental, merecendo, portanto, atenção e cuidados especiais. A criança é considerada merecedora dos esforços de toda a comunidade internacional, sendo agora sujeito de direitos e não mero objeto de proteção.

A Declaração é composta por dez princípios, todos tendo como núcleo central a proteção da dignidade da criança, que lhe sejam propiciadas boas condições de vida capazes de permitir seu desenvolvimento de maneira saudável. Tais princípios estabelecem direitos fundamentais como: direito ao nome, à nacionalidade, à alimentação, à moradia, ao lazer, direito de crescer sob o amparo dos pais em ambiente familiar de afeto, direito à educação, direito à proteção contra o abandono, direito aos benefícios de Previdência Social, direito à proteção contra a exploração no trabalho e proteção contra toda forma de negligência e discriminação.

Embora esses princípios representem um grande avanço no tratamento destinado à criança, a Declaração carece de coercibilidade, sendo seus princípios apenas normas que representam sugestões para os Estados, dispensável, portanto, seu cumprimento obrigatório.

2.1.1.2. Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras de Beijing

As regras mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude foram fruto do trabalho realizado pelo Comitê Permanente da Assembleia das Nações Unidas que se dedica ao estudo da prevenção de condutas delituosas e o tratamento dos menores infratores. Essas regras foram apresentadas para discussão, pela primeira vez, em 1980 durante o 6º Congresso das Nações Unidas realizado na Venezuela. Contudo, essas regras foram aprovadas no 7º Congresso das Nações Unidas realizado em Milão no ano de 1985, tendo sido adotadas pela Assembleia Geral no mesmo ano.

Em seus princípios gerais, este documento prevê que os Estados Membros devem se preocupar em promover o bem-estar da criança e do adolescente, assim como de sua família. Há uma preocupação de se proporcionar à criança e ao adolescente condições dignas de vida em comunidade, de se fornecer meios de educação e de integração social que os mantenham distantes da delinquência durante a fase da vida em que eles são mais vulneráveis à prática de condutas delituosas.

Wilson Liberati descreveu de forma clara as preocupações das Regras Mínimas:

“Esse documento enuncia os princípios básicos para a proteção aos direitos fundamentais de todo o homem, inclusive do jovem infrator. Essas Regras representam, pois, a consideração das condições mínimas para o tratamento dos jovens infratores em qualquer parte do mundo. Como signatários, os Estados devem respeitá-las e integrá-las em suas leis internas.

A preocupação maior das Regras Mínimas era a proteção dos jovens pelo fato de estarem ainda no estado inicial do desenvolvimento de sua personalidade e necessitarem de assistência particular para se desenvolverem física e intelectualmente e para se integrarem, de maneira satisfatória, na sociedade;

necessitam, ademais, ser protegidos pela lei dentro de condições que garantam a paz, a sua liberdade, sua dignidade e sua segurança.¹¹

Em consonância com as palavras do referido autor, as Regras Mínimas trouxeram uma grande preocupação com a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas que estão em desenvolvimento e que, por isso, precisam de assistência especial. Esta preocupação demonstra claramente a influência desse documento na elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil, pois trouxe em seu artigo 6º essa mesma ideia:

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

Ademais, as Regras Mínimas trazem recomendações direcionadas aos Estados-Membros com o fito de criar meios de proteção e ressocialização dos jovens infratores, além de prever regras de julgamento desses jovens, a fim de garantir um processo imparcial e justo, respeitando seus direitos e garantias.

Importante destacar que as Regras sugerem que as medidas privativas de liberdade somente devem ser aplicadas aos jovens infratores como última alternativa, privilegiando as medidas de meio aberto, com fins pedagógicos, celebrando o *princípio da excepcionalidade*¹² presente no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por fim, apesar de as Regras Mínimas não possuírem força normativa no Brasil, elas exerceram grande influência na elaboração do

¹¹ Ibid. p. 24.

¹² Princípio segundo o qual a medida de internação só deverá ser aplicada nos casos em que forem inviáveis a aplicação das demais medidas, deixando a privação de liberdade somente para os atos infracionais considerados graves e pela reiteração na prática de outros atos infracionais da mesma natureza.

Estatuto da Criança e do Adolescente quanto à política criminal juvenil adotada e ao respeito dos direitos fundamentais de uma parte da sociedade que está em um momento peculiar de desenvolvimento.

2.1.1.3. Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil – diretrizes de Raid

O 8º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente estabeleceu diretrizes para a prevenção da delinquência juvenil que se tornaram conhecidas como Diretrizes de Raid, através da Resolução 45/112, de 14 de dezembro de 1990.

Este documento reconheceu que é necessário estabelecer estratégias no âmbito nacional, estadual e municipal para prevenir a delinquência juvenil, tendo em vista que medidas para tal prevenção irão trazer grandes benefícios para o bem-estar da comunidade.

O princípio 2 deste documento declara que, para se ter êxito na prevenção da delinquência juvenil, é necessário que toda a sociedade atue de forma a garantir à criança e ao adolescente um desenvolvimento harmônico de sua personalidade, já a partir da primeira infância.

Entende-se que se os jovens estiverem envolvidos com atividades legais e socialmente úteis eles têm maior chance de não desenvolverem práticas criminosas. Há a necessidade de se criar programas que reduzam os motivos e oportunidades de o jovem cometer infrações, pois independentemente de um jovem estar ou não em conflito com a lei, muitas vezes, ele encontra-se abandonado, marginalizado ou até exposto à ambiente de uso de drogas.

As Diretrizes dedicam um momento para falar sobre os processos de socialização que se darão dentro da família e da comunidade, através da educação, dos meios de comunicação e da política social. É na família que uma criança tem sua primeira integração e, por isso, deve haver esforços de unidades governamentais e não governamentais no intuito de preservação da unidade familiar, possibilitando que a criança cresça em um ambiente familiar sadio.

Apesar de as Diretrizes de Raid não possuírem força normativa em nosso ordenamento jurídico, constituíram-se em um importante documento norteador na elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente, principalmente ao evidenciar que é na família o principal meio de reintegração e recuperação do jovem. Desta forma, o Estatuto privilegiou a adoção de medidas que preservem o contato da criança ou o adolescente com a família.

2.1.1.4. Regras Mínimas das Nações Unidas para Proteção de Jovens Privados de Liberdade

As Regras Mínimas das Nações Unidas para Proteção de Jovens Privados de Liberdade também foram constituídas no Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre a prevenção do delito e do tratamento do delinquente.

As Regras Mínimas confirmam os princípios já regulamentados pela Assembleia-Geral das Nações Unidas no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais do jovem infrator quando trazem à lembrança a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude de 1985, entre outros.

Esse documento trouxe importantes diretrizes para a aplicação das medidas privativas de liberdade com o objetivo de assegurar o respeito aos direitos humanos dos jovens infratores no cumprimento dessas medidas.

No corpo das regras estão os princípios da brevidade e da excepcionalidade da privação de liberdade, pois deve ser medida de último recurso e em casos excepcionais, além de ser executada por um período mínimo necessário à reabilitação do adolescente e reintegração à sociedade.

De acordo com essas regras, os jovens submetidos à medida de privação de liberdade não devem ser privados de outros direitos como os civis, políticos, sociais, culturais e econômicos compatíveis com a medida, mas apenas o direito de vir e vir, isto é, apenas a sua liberdade de locomoção e, somente ela, deve ser privada.

Ademais, o jovem privado de sua liberdade tem o direito de gozar de momentos de lazer, de professar sua religião, de receber cuidados médicos, de ter contato com o mundo exterior para que sua reintegração à comunidade seja com o mínimo de traumas possível, além de ter direito à um processo disciplinar sem o uso da violência ou força física como meios coercitivos.

Enfim, as Regras propõem que, na realização de suas obrigações, os funcionários das instituições de privação da liberdade respeitem a dignidade humana, assim como todos os direitos e garantias fundamentais dos jovens que estão sob sua supervisão.

2.1.1.5. Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989

A Assembleia-Geral da ONU adotou a Convenção sobre os Direitos da Criança em 1989 pela Resolução 44/25, tendo o Brasil adotado o texto

pelo Decreto 99.710, de 21/09/1990, depois de ter sido ratificado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo 28, de 14/09/1990. Diante disso, a Convenção tornou-se norma cogente no cenário nacional brasileiro, na condição de *norma supralegal*.¹³

A Convenção sobre os Direitos da Criança representou uma visão geral e um resumo de todas as legislações internacionais existentes, até então, de proteção aos direitos da criança e do adolescente, isto é, é um documento que institui todas as normas e princípios de proteção às crianças e aos adolescentes que, cada Estado-Parte, deve seguir e incorporar em seu ordenamento jurídico.

Na perspectiva de Rossato, Lépore e Sanches:

“A convenção acolhe a ‘concepção do desenvolvimento integral da criança’, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito, que exige proteção especial e absoluta prioridade. Os direitos previstos na Convenção incluem: o direito à vida e à proteção contra a pena capital; o direito de ter uma nacionalidade; à proteção ante a separação dos pais; o direito de deixar qualquer país e de entrar em seu próprio país; o direito de entrar em qualquer Estado e sair dele, para fins de reunião familiar; à proteção para não ser levada ilicitamente para o exterior; à proteção de seus interesses no caso de adoção; à liberdade de pensamento, consciência e religião; o direito de acesso a serviços de saúde, devendo o Estado reduzir a mortalidade infantil e abolir práticas tradicionais prejudiciais à saúde; o direito a um nível adequado de vida e segurança social; o direito à educação, devendo os Estados oferecerem educação primária compulsória e gratuita; à proteção contra a exploração econômica, com a fixação de idade mínima para admissão em emprego; à proteção contra o envolvimento na produção, tráfico e uso de drogas e substâncias psicotrópicas; à proteção contra a exploração e o abuso sexual.”¹⁴

¹³ A Emenda Constitucional 45/2004 incorporou o §3º ao artigo 5º da Constituição, estabelecendo que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados no Brasil, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos e com 3/5 dos votos dos respectivos membros, terão força de emenda constitucional. No entanto, a Convenção sobre os Direitos da Criança foi aprovada antes do advento do §3º e, por isso, possui hierarquia de supralegalidade, conforme posicionamento do STF no Recurso Extraordinário nº 349.703-1.

¹⁴ ROSSATO, Luciano Alves, et.al. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado artigo por artigo*. 6ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. P. 61-62.

Este documento proclama o princípio do superior interesse da criança. Liberati afirma que “o princípio fundamental da Convenção é aquele que dispõe que o melhor interesse da criança será sempre o de maior consideração, concluindo que sua opinião será devidamente considerada”.

15

No entanto, esse princípio não é uma novidade trazida pela Convenção sobre os Direitos da Criança, pois a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 já o preconizava em seu Princípio 2:

“A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.”¹⁶

Apesar de os direitos da criança e do adolescente firmados na Convenção já estarem presentes em outros tratados internacionais, foi com seu advento que esses direitos tornaram-se mais tangíveis, haja vista a Convenção ter instituído um mecanismo de controle com o qual cada Estado-Parte deverá enviar um relatório que será examinado por um Comitê sobre os Direitos da Criança. Tal relatório deverá especificar as medidas adotadas para a implementação dos direitos assegurados na Convenção.

A Convenção sobre os Direitos da Criança representou um grande avanço quanto à proteção dos direitos humanos da criança e do adolescente, especialmente quando adota a doutrina da proteção integral, reconhecendo que todas as crianças e todos os adolescentes, independentemente de qual categoria social eles pertençam, carecem de ter assegurados seus direitos mais elementares.

¹⁵ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional. Medida socioeducativa é pena?* 2ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2012, P. 34.

¹⁶ DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. Princípio 2 da Declaração dos Direitos da Criança de 1959. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>>. Acessado em 13 de setembro de 2014.

Por fim, houve uma importante mudança de paradigma, pois a criança e o adolescente deixaram de ser meros objetos de proteção para se tornarem sujeitos plenos de direitos. Não obstante toda essa proteção, é preciso haver um grande avanço na efetivação desses direitos, tendo em vista a quantidade de crianças que ainda são vítimas de todo o tipo de violência.

2.1.2. Legislação Nacional: Constituição da República Federativa do Brasil e Estatuto da Criança e do Adolescente

2.1.2.1. Constituição da República Federativa do Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil é hierarquicamente superior a todas as demais normas do ordenamento jurídico brasileiro. Diante de tal premissa, as normas infraconstitucionais devem encontrar seu fundamento de validade na Constituição, estando em total sintonia com os preceitos constitucionais. Sendo assim, os princípios consagrados nela quanto à proteção da criança e do adolescente devem ser obedecidos pela Lei 8.069/90.

A Constituição Federal de 1988 trouxe grandes avanços quanto aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. Em seu preâmbulo está escrito que o poder constituinte institui através dela um Estado Democrático de Direito que tem por objetivo assegurar os direitos individuais e sociais. Dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito está o princípio da dignidade humana, consubstanciado no art. 1º, III da CRFB.

O referido princípio tem por objetivo assegurar condições de vida digna a todas as pessoas que estão sob o território brasileiro e em consonância com o artigo 3º, IV da Constituição Federal, constitui objetivo

fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem-estar de todos, independentemente de raça, cor, *idade*, sexo ou qualquer outra forma de discriminação.

A criança e o adolescente passaram a ser considerados sujeitos de direitos e não meros objetos de tutela específica, tornando-se titulares dos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Além de terem os mesmos direitos que os adultos, eles possuem direitos especiais, devido à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

À criança e ao adolescente devem ser disponibilizadas todas as oportunidades existentes para que possam potencializar seu desenvolvimento físico, moral, espiritual e social, a fim de se tornarem pessoas sem traumas ou complicações quanto à sua inserção no convívio social.

Ademais, a Constituição Federal estabelece como direito social em seu artigo 6º a proteção à infância, mostrando a preocupação da Carta Magna brasileira com a tutela dos direitos da criança e do adolescente.

Antes da promulgação da Constituição de 1988, existiram duas fases no mundo jurídico quanto ao tratamento dispensado à criança e ao adolescente. Primeiramente, a doutrina do direito penal do menor, onde as leis tinham por objetivo coibir a prática de ilícitos penais por parte de criança e adolescentes, tendo como base os Códigos Penais de 1830 e 1890, e o Código Mello Mattos de 1927. Em um segundo momento, a fase da situação irregular do menor, iniciada com o Código de Menores, em 1979.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foi inaugurada a Doutrina da Proteção Integral da criança e do adolescente. Agora crianças e

adolescentes são sujeitos de direitos que estão em fase de desenvolvimento, isto é, são protagonistas de seus direitos, independentemente de sua condição na sociedade.

A Doutrina da Proteção Integral foi solenizada no artigo 227 da Constituição Federal:

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

A proteção é integral, pois assegura os direitos fundamentais à todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de qualquer espécie, tais indivíduos possuem direitos que lhes são próprios devido a sua condição de pessoa em desenvolvimento e, por isso, necessitam de proteção integral e especial. O ordenamento jurídico brasileiro deve garantir a proteção de todos os direitos de todas as crianças e adolescentes.

Além da Doutrina da Proteção Integral, o artigo 227 da Constituição Federal celebrou o Princípio da Prioridade Absoluta dos Direitos da Criança e do Adolescente. O Estado, a família e a sociedade são destinatários desta norma e devem assegurar com absoluta prioridade os direitos listados neste artigo.

É interessante o que afirmam Rossato, Léopre e Sanches:

“Em verdade, o art. 227 representa o *metaprincípio da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente*, tendo como destinatário da norma a família, a sociedade e o Estado. Pretende, pois que a família se responsabilize pela manutenção da integridade física e psíquica, a sociedade pela convivência harmônica, e o Estado pelo constante incentivo à criação de políticas públicas. Trata-se de uma responsabilidade que, para ser realizada necessita de uma integração, de um conjunto devidamente articulado de políticas públicas. Essa competência difusa, que responsabiliza uma diversidade de agentes pela

promoção da política de atendimento à criança e ao adolescente, tem por objetivo ampliar o próprio alcance da proteção dos direitos infanto-juvenis.”¹⁷

A prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente não fere o princípio da igualdade de todos perante a lei, consubstanciado no caput do artigo 5º da Constituição Federal, pois a igualdade material pressupõe tratamento igualitário aos iguais e o tratamento desigual aos desiguais na medida da sua desigualdade. Como a criança e o adolescente estão numa fase de desenvolvimento e, por isso, estando mais frágeis e vulneráveis que os adultos, a eles são dispensados direitos especiais.

Conforme expõe Wilson Liberati:

“Por absoluta prioridade entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveriam asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos, etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante.”¹⁸

Os interesses da criança e do adolescente devem ser preponderantes na formulação de políticas públicas sociais e os recursos públicos devem ser utilizados para a proteção à infância e juventude. Dessa forma, a destinação de verbas públicas para a satisfação das necessidades dessa parcela da população tem maior importância que para o asfaltamento de ruas, por exemplo.

Apesar de já ter sido discutida no presente trabalho a Convenção sobre os Direitos da Criança, é importante destacar que este documento foi uma fonte normativa importantíssima para a formulação do princípio da absoluta prioridade dos direitos da criança e do adolescente contidos na Constituição Federal, pois preconiza em seu artigo 3º que:

¹⁷ ROSSATO, Luciano Alves, et.al. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado artigo por artigo*. 6ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. P. 74.

¹⁸ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 11ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2010. P. 19.

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

¹⁹

Por fim, o art. 24, inciso XV da Constituição estabeleceu a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal de legislar sobre proteção à infância e à juventude. Atendendo ao disposto neste artigo, foi editada a Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecendo regras gerais de proteção aos direitos da infância e da juventude.

2.1.2.2. **Estatuto da criança e do adolescente**

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi promulgado no dia 13 de julho de 1990 com o objetivo de regulamentar os direitos de todas as crianças e de todos os adolescentes, independentemente da condição em que estejam, revogando o Código de Menores de 1979 que se destinava à crianças e adolescentes em “situação irregular”, isto é, destinava-se à mendigos, infratores, abandonados, crianças e adolescentes vítimas de maus-tratos e todas as outras hipóteses elencadas no art. 2º do referido Código.

Conforme apontamento de Wilson Liberati:

“O Código revogado não passava de um Código Penal do “Menor”, disfarçado em sistema tutelar; suas medidas não passavam de verdadeiras sanções, ou seja, penas, disfarçadas de medidas de proteção. Não relacionava nenhum direito, a não ser aquele sobre assistência religiosa; não trazia nenhuma medida de apoio à família; tratava da situação irregular da criança e do jovem, que, na realidade, eram seres privados de seus direitos.”²⁰

¹⁹ PLANALTO. *Convenção Sobre os Direitos da Criança*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acessado em 19 de setembro de 2014.

²⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti. Op. Cit. P. 15.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por outro lado, é uma lei de proteção à infância e à juventude e inicia, em seu artigo 1º, consagrando a Doutrina da Proteção Integral, restando claro que o legislador inspirou-se nos preceitos constitucionais ao adotar tal teoria, o que elevou as normas de proteção às crianças e aos adolescentes a um plano elevado de validade e eficácia.

O Estatuto ratificou a mudança de paradigma quanto à posição da criança e do adolescente no cenário jurídico brasileiro, instituída pela Constituição Federal de 1988. A criança e o adolescente deixaram de ser considerados objetos de proteção, de medidas judiciais e assistenciais e passaram a ser titulares de seus próprios direitos, devendo ser respeitados por possuírem condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

O Estatuto faz uma diferenciação no seu artigo 2º do que venha ser criança e adolescente. Criança é a pessoa de até 12 (doze) anos de idade incompletos e adolescente é aquela pessoa que possui idade entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos.

Via de regra, o Estatuto da criança e do Adolescente se aplica às pessoas com até 18 anos de idade e, em casos expressos em lei, de forma excepcional se aplica às pessoas entre 18 e 21 anos de idade. Isso ocorre porque as vezes a resposta do Estado frente à prática de um ato infracional pode ser imputada à pessoa após ter atingido à maioridade penal, haja vista o Estatuto considerar a idade à época do fato.

A proteção integral garante às crianças e aos adolescentes todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e lhes devem ser proporcionadas todas as oportunidades necessárias ao pleno desenvolvimento, físico, mental, espiritual, moral e social, em condições de

liberdade e dignidade, conforme se depreende da leitura do artigo 3º do Estatuto.

Nas palavras de Wilson Liberati:

“A novel ideologia da proteção integral – fundamento do Estatuto da Criança e do Adolescente – está assentada no princípio de que todas as crianças e todos os adolescentes, sem distinção, desfrutam dos mesmos direitos e se sujeitam a obrigações compatíveis com a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.”²¹

Além da Doutrina da Proteção Integral, o Estatuto da Criança e do Adolescente reproduziu praticamente de forma integral o disposto no artigo 227 da Constituição Federal em seu artigo 4º, celebrando o Princípio da Prioridade Absoluta:

“Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.”

No entanto, especificou em seu parágrafo único o que vem a ser a forma de efetivação desses direitos com absoluta prioridade:

“Parágrafo único. A garantia da prioridade compreende:

- a) Primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) Precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) Preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas;
- d) Destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.”

A criança e o adolescente devem ser tratados com absoluta prioridade nesses quatro aspectos. O governo não pode alegar a *cláusula da*

²¹ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional. Medida socioeducativa é pena?* 2ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2012. P. 57.

*reserva do possível*²² para se eximir de efetivar os direitos e garantias da criança e do adolescente, ou seja, não pode alegar ausência de verbas para a construção de escolas, por exemplo, pois é direito fundamental assegurado pelo artigo 208, IV da CRFB, às crianças de até 5 anos de idade o atendimento em creche e pré-escola, como primeira fase do processo de educação infantil.

Salienta Mário Ramidoff que:

“O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição da República de 1988 constituem-se, por assim dizer, nas “*Leis de Regência*” que se fundamentam teórico-pragmática e ideologicamente na doutrina da proteção integral (superior e de melhor interesse da criança e do adolescente), determinantes jurídico, social e politicamente para priorização absoluta do atendimento das questões inerentes à infância e à juventude. Desse modo, delimitando, a atuação do Poder Público, em todos os níveis, na formulação de políticas sociais públicas que se destinem ao atendimento de tais demandas – como, por exemplo, a destinação privilegiada de recursos públicos.”²³

Por sua vez, o artigo 5º do Estatuto estabelece que:

“Art. 5º. Nenhuma criança será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.”

Como se pode perceber, o artigo 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta a parte final do artigo 227 da Constituição da República, protegendo a criança e o adolescente de toda forma de violação de seus direitos. Tais mandamentos encontram sua fonte de criação no 9º Princípio da Declaração dos Direitos da Criança de 1959: “A criança gozará

²² A cláusula da reserva do possível é utilizada pelo Estado como forma de eximir de suas obrigações no âmbito dos direitos sociais, através dela o Estado alega insuficiência de recursos efetivar direitos e garantias da pessoa que dele necessita.

²³ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de Direito da Criança e do Adolescente. Ato infracional e medidas socioeducativas*. 3ª Edição. Curitiba: Editora Juruá. 2011. P. 27.

de proteção contra quaisquer formas de negligência, crueldade e exploração. Não será jamais objeto de tráfico, sob qualquer forma...”.

Outro artigo que evidencia a Doutrina da Proteção integral é o artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Tal artigo protege as crianças e os adolescentes que se encontram em situação de ameaça ou violação de seus direitos, podendo ser por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável ou em razão de sua conduta.

Importante lembrar que as crianças que praticam ato infracional não são submetidas às medidas socioeducativas previstas no artigo 112 do Estatuto, mas somente receberão a imposição das medidas de proteção elencadas no seu artigo 101, I a VI. Já o adolescente, pode ser submetido tanto à medida socioeducativa quanto à medida de proteção.

O adolescente, quando cometer um ato infracional, receberá isolada ou cumulativamente com as medidas socioeducativas, as medidas de proteção dispostas nos incisos de I a VI do artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Quando tiver seus direitos ameaçados ou violados, ou seja, quando ele estiver inserido dentro das hipóteses do referido artigo 98, será submetido à qualquer das medidas de proteção.

As medidas protetivas que poderão ser determinadas pela autoridade competente estão listadas no artigo 101 do Estatuto, não constituindo rol taxativo, podendo o magistrado aplicar outras medidas que achar necessário:

“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.”

Na definição de Rossato, Lépore e Sanches “por medidas protetivas entendem-se as ações ou programas de caráter assistencial, aplicadas isolada ou cumulativamente, quando a criança ou adolescente estiver em situação de risco, ou quando da prática de ato infracional”.²⁴

O encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade permite que a criança ou o adolescente permaneçam no convívio familiar, pois é o ambiente mais propício para a sua integração na comunidade. No entanto, é necessário que a equipe de profissionais da Justiça de Infância e Juventude, assim como o Conselho Tutelar, realize um estudo de cada caso concreto para se verificar se a família possui condições positivas para que a criança ou o adolescente permaneça em seu lar.

A orientação, apoio e acompanhamento temporários são semelhantes ao encaminhamento aos pais ou responsável, na medida em que é realizado um estudo social do caso particular para que se possa decidir se a criança ou o adolescente será acompanhado na sua própria família ou em estabelecimento de educação ou aprendizagem profissional.

Matrícula e frequência obrigatória em estabelecimento oficial de ensino fundamental é uma forma de manter a criança integrada na

²⁴ ROSSATO, Luciano Alves, et.al. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado artigo por artigo*. 6ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 315.

sociedade, pois toda criança tem direito de estar matriculada em entidade de ensino fundamental, devendo os professores, pais ou responsável atestarem sua frequência.

A Inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente permite que a sociedade e o Estado reúnam esforços para a execução de políticas sociais de proteção à criança e ao adolescente, pois o programa comunitário tem por objetivo promover o bem-estar desses indivíduos, contribuindo para a solução do problema existente. Os pais ou responsável podem procurar recursos na comunidade, tais como aconselhamento familiar e atividades recreativas.

A requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial é uma medida que procura evitar que os direitos da criança e do adolescente sejam ameaçados ou violados. A entidade de atendimento específica para a execução desta medida deverá analisar as condições do serviço médico para que haja êxito na execução da medida.

Por sua vez, a inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos é muito importante para a reabilitação da criança e do adolescente e para a prevenção de futuras práticas criminosas, pois a dependência de tóxicos está ligada, muitas vezes, a desvios de conduta e comportamentos antissociais.

O acolhimento institucional e a inclusão em programa de acolhimento familiar são medidas provisórias e excepcionais, pois têm como escopo preparar a criança e o adolescente para a sua reinserção na sua família de origem, e quando isso não for possível, a sua colocação em família substituta.

Quando é constatada uma situação de risco ou um déficit familiar, deve-se tentar suprir esse déficit e eliminar a situação de risco para que a criança e o adolescente sejam mantidos em seu grupo familiar. No entanto, quando isso não for possível a criança e o adolescente serão retirados de sua família de origem e serão submetidos às medidas protetivas de acolhimento institucional e acolhimento familiar.

Após o acolhimento da criança ou do adolescente em programa de acolhimento institucional ou familiar, a entidade responsável pelo programa irá elaborar um plano individual de atendimento que levará em conta a opinião da criança ou do adolescente e será realizada a oitiva dos pais ou responsável.

O Juiz de cada comarca ou foro regional manterá um cadastro contendo todas as informações das crianças e adolescentes que estão submetidos às medidas de acolhimento familiar ou institucional, bem como as providências tomadas para o seu retorno à sua família natural ou colocação em família substituta.

O Conselho Tutelar tem competência para, de ofício, aplicar as medidas protetivas constantes nos incisos de I a VI do artigo 101 do ECA. Poderá fazê-lo quando da existência de criança ou adolescente em situação de risco ou quando da prática de ato infracional por criança, pois quando o adolescente comete ato infracional a competência é da autoridade judiciária. A decisão do Conselho Tutelar poderá ser revista pelo Juiz da Vara de Infância e Juventude a pedido de pessoa interessada, conforme dispõe o artigo 137 do Estatuto.

A competência para a aplicação das medidas constantes nos incisos VII, VIII, e IX do artigo 101 em crianças é exclusiva do Juiz da Vara de Infância e Juventude.

No caso de situação de risco, o Juiz poderá aplicar as medidas dos incisos I a VI do artigo 101 de ofício ou através de procedimento judicial, com a garantia do princípio do devido processo legal, nos incisos VII, VIII ou IX, casos de acolhimento institucional, inclusão em programa de acolhimento familiar ou colocação em família substituta.

Apesar de ter competência para aplicar as medidas protetivas acima mencionadas, assim como fiscalizar o seu cumprimento, o Conselho Tutelar não tem atribuição de executá-las, pois a execução dessas medidas está sob responsabilidade de entidades de atendimento específicas, podendo ser governamentais ou não governamentais.

Em consonância com o parágrafo único do artigo 100 do Estatuto, incisos II e IV, os princípios da proteção integral, da prioridade absoluta e do interesse superior da criança também regem a aplicação das medidas de proteção.

2.1.2.3. Direitos da Criança e do Adolescente

2.1.2.3.1. Direito à vida e à saúde

A nova posição de sujeitos de direitos que gozam a criança e ao adolescente, incorporada pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, permite que os mesmo sejam titulares dos direitos humanos que foram reconhecidos internamente e que, positivados, passaram a ter o “status” de fundamentais.

O direito à vida é um direito fundamental que está positivado no artigo 5º da Constituição Federal e precisa ser respeitado por todo o ordenamento jurídico, merecendo total proteção. Por isso, o artigo 7º do

Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu a necessidade de garantir o direito a proteção à vida de toda criança e todo adolescente.

O direito à vida da criança já começa a ser protegido quando o Estatuto determina que à gestante é assegurado o atendimento pré e perinatal através do Sistema Único de Saúde, devendo a mesma ser encaminhada aos diferentes níveis de atendimento, segundo critérios médicos específicos, conforme disposto no artigo 8º, caput e §1º do Estatuto.

O Estatuto também assegura à mãe o direito de ter assistência psicológica no período pré e pós natal, o direito de ter apoio alimentar do Poder Público, além de ter direito de amamentar seu filho na instituição onde trabalha ou até mesmo onde estiver cumprindo medida privativa de liberdade. Resta claro que toda essa preocupação com a mulher antes e após o nascimento do neném é uma tentativa de proteção à vida da criança.

Além da preocupação em assegurar os direitos da gestante, há algumas medidas que precisam ser adotadas quanto à proteção do recém-nascido, estando arroladas no artigo 10 do Estatuto da Criança e do Adolescente, configurando, inclusive, crime dos artigos 228 e 229 do mesmo diploma legal, a omissão de tais medidas por parte da pessoa responsável pela atenção à saúde desses sujeitos.

As obrigações dos hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde das gestantes e do recém-nascido arroladas no artigo 10, do ECA são: I - manter registro das atividades desenvolvidas, através de prontuários individuais, pelo prazo de 18 (dezoito) anos; II – identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente; III – proceder exames visando ao

diagnóstico e terapêutica de anormalidades no metabolismo do recém-nascido, bem como prestar orientação aos pais; IV – fornecer declaração de nascimento onde constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato; V – manter alojamento conjunto, possibilitando ao neonato a permanência junto à mãe.

Quando o encarregado do serviço ou o dirigente do estabelecimento de atenção à gestante deixar de manter o registro das atividades desenvolvidas, como preleciona o artigo supracitado, assim como deixar de fornecer à parturiente ou seu responsável, no momento da concessão de alta médica, declaração de nascimento, onde estejam declaradas as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato incorrerá na tipificação do crime do artigo 228, do ECA, estando sujeito à pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Também cometerá crime o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à gestante que deixar de identificar corretamente a parturiente e o neonato, por ocasião do parto, assim como deixar de realizar os exames do artigo 10, do ECA, conforme dispõe o artigo 229 dessa mesma lei. O sujeito ativo do delito estará sujeito à pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

O direito à saúde é um direito social consubstanciado no artigo 6º da Constituição Federal e possibilita que o indivíduo exija do Estado prestações positivas, devendo o mesmo implementar políticas públicas para que o cidadão tenha condições dignas de vida e acesso aos meios que o possibilite cuidar da sua saúde, quando necessário. Além disso, o artigo 227, §1º da Constituição afirma que o Estado promoverá programas de assistência.

O artigo 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente assegura aos infantes o atendimento integral à saúde por meio do Sistema Único de Saúde, garantindo-lhes o acesso aos serviços de proteção e recuperação da saúde, além de o Estatuto garantir-lhes o recebimento de medicamentos necessários à sua reabilitação ou recuperação.

Este é o ideário do Estatuto, porém o que se vê na realidade são crianças e adolescentes recebendo atendimentos precários em hospitais públicos, seja pela falta de médicos, seja pela falta de medicamentos. Infelizmente, a saúde no Brasil precisa dar um salto de qualidade muito elevado para que haja efetiva proteção do direito à saúde de crianças e adolescentes.

Importante frisar que a criança e o adolescente estão em fase de desenvolvimento e precisam de especial atenção do Estado, da sociedade e da família para que possam alcançar seu pleno desenvolvimento físico, através de programas específicos que permitam este desenvolvimento de forma sadia.

2.1.2.3.2. Direito à liberdade, ao respeito e à dignidade

Os direitos à liberdade, ao respeito e à dignidade são direitos fundamentais assegurados à criança e ao adolescente pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. De acordo com a lição de José Afonso da Silva existem formas de liberdades que estão divididas em cinco grandes grupos:

- (1) “Liberdade da pessoa física (liberdades de locomoção, de circulação);
- (2) Liberdade de pensamento, com todas as suas liberdades (opinião, religião, informação, artística, comunicação do conhecimento);
- (3) Liberdade de expressão coletiva em suas várias formas (de reunião, de associação);
- (4) Liberdade de ação profissional (livre escolha e de exercício de trabalho, ofício e profissão);

(5) Liberdade de conteúdo econômico e social (liberdade econômica, livre iniciativa, liberdade de comércio, liberdade ou autonomia contratual, liberdade de ensino e liberdade de trabalho), de que trataremos entre os direitos econômicos e sociais, porque não integram o campo dos direitos individuais, mas o daqueles.”

25

O legislador, ao tratar da liberdade no artigo 16 do Estatuto, cuidou de proteger as várias formas de liberdade da criança e do adolescente: liberdade de ir e vir; liberdade de opinião e expressão; liberdade de brincar, praticar esportes e divertir-se; liberdade de participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação; liberdade de participar da vida política, na forma da lei e liberdade de buscar refúgio, auxílio e orientação.

É certo que o Estatuto da Criança e do Adolescente buscou o fundamento de validade de suas normas nas normas da Constituição Federal, pois são nos incisos do artigo 5º que estão asseguradas as várias formas de liberdade garantidas a todas as pessoas que estão no território brasileiro, como a liberdade de pensamento, liberdade de crença e consciência, liberdade de expressão, liberdade de locomoção, entre outras.

O respeito e a dignidade também devem ser direitos garantidos à criança e ao adolescente para que os mesmos possam desenvolver sua personalidade de forma saudável, tornando-se adultos fortes e úteis à sociedade.

A garantia desses direitos se dá através da inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, assegurando-os a preservação da sua identidade, dos seus valores, das suas crenças e dos seus objetos pessoais. Ademais, a criança e o adolescente devem ser privados de qualquer tratamento desumano, constrangedor,

²⁵ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2011. P. 235.

violento, degradante ou vexatório, conforme dispõem os artigos 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.1.2.3.3. Direito à convivência familiar e comunitária

A convivência familiar é a forma mais importante de se socializar o ser humano. A criança e o adolescente, como pessoas em desenvolvimento, precisam ser instruídos pelos componentes de sua família de forma a absorverem todos os valores éticos, morais e cívicos necessários se tornarem bons cidadãos.

É imprescindível que a criança e o adolescente recebam todo o amor e afeto da sua família para que possam se desenvolver emocionalmente e construir bons relacionamentos na sua vida em comunidade. A comunidade também é muito importante na formação da dessas pessoas em desenvolvimento, pois propicia o conhecimento de valores sociais indispensáveis na vida de um ser humano como respeito ao próximo em todas as suas individualidades.

Importante mencionar o Princípio VI da Declaração Universal dos Direitos da Criança:

“A criança necessita de amor e compreensão, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade; sempre que possível, deverá crescer com o amparo e sob a responsabilidade de seus pais, mas, em qualquer caso, em um ambiente de afeto e segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, não se deverá separar a criança de tenra idade de sua mãe. A sociedade e as autoridades públicas terão a obrigação de cuidar especialmente do menor abandonado ou daqueles que careçam de meios adequados de subsistência. Convém que se concedam subsídios governamentais, ou de outra espécie, para a manutenção dos filhos de famílias numerosas.”²⁶

²⁶ UNICEF. *Declaração Universal dos Direitos da Criança*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm>. Acessado em 18 de setembro de 2014.

É interessante a preocupação do Estatuto em assegurar a convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. Essa preocupação está certamente ligada ao fato de cada vez mais cedo criança e adolescente estão se infiltrando ao crime organizado de tráfico de drogas, além de pessoas com dependência química não proporcionarem um ambiente sólido à uma pessoa em desenvolvimento.

2.1.2.3.4. Direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer

A educação e o lazer são direitos sociais assegurados pelo artigo 6º da Constituição Federal e nos artigos 205 e seguintes, acrescentando os direitos à cultura e ao esporte. Enfatiza-se no artigo 53 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente a educação como direito fundamental dessas pessoas em desenvolvimento.

A educação é dever do Estado e da família, ambos agindo de forma integrada com a sociedade para que a criança e o adolescente tenham pleno desenvolvimento de sua pessoa, estando preparados para o exercício da sua cidadania e qualificados para o enfrentamento do mercado de trabalho.

Conforme dispõe o artigo 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é dever dos pais matricular seus filhos na rede regular de ensino, além do dever zelar pela frequência dos mesmos à escola, de acordo com o artigo 54, §3º da referida lei.

A Constituição estabeleceu em seu artigo 208, inciso I que é dever do Estado garantir a educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade à criança e ao adolescente. Através da leitura dos incisos do artigo supracitado, a educação básica engloba a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio. Ademais, é dever

do Poder Público garantir acesso à creche e pré-escola às crianças de até 5 (cinco) anos de idade.

De acordo com os §§1º e 2º do artigo 208 da Constituição Federal e com os §§1º e 2º do artigo 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo e por isso, o não oferecimento pelo poder público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

A efetivação dos direitos fundamentais não é mera opção do administrador público, mas deve ser a sua primeira opção ao decidir qual será a destinação das verbas públicas. Nesse sentido, o STJ no REsp 1.185.474/SC²⁷, afirmou não ser aceitável o Estado alegar a reserva do possível para a não efetivação dos direitos fundamentais.

²⁷ ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS – DIREITO SUBJETIVO – RESERVA DO POSSÍVEL – TEORIZAÇÃO E CABIMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA – ESCASSEZ DE RECURSO COMO RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA – PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO – PRECEDENTES DO STF E STJ.

1. A tese da reserva do possível assenta-se em ideia de que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* Celso, D.50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia.

2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida com "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo.

3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não fôsse contemplada. A título de exemplo, gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade.

4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterir-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos com secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia.

Dentre os direitos prioritários está o direito à educação da criança e do adolescente, devendo ser alvo de destinação dos recursos públicos, não sendo aceitável o gasto com propagandas governamentais, por exemplo, gerando escassez para o oferecimento de educação de qualidade, em consonância com a decisão do Superior Tribunal de Justiça.

2.1.2.3.5. Direito à profissionalização e à proteção no trabalho

A condição da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento faz com que haja uma especial atenção da legislação

5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarda com tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.

6. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo da inserção na "vida" social.

7. Sendo assim, não fica difícil perceber que dentre os direitos considerados prioritários encontra-se o direito à educação. O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social, mas sim de ser um animal político. É a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, através da ação e do discurso, programar a vida em sociedade.

8. A consciência de que é da essência do ser humano, inclusive sendo seu traço característico, o relacionamento com os demais em um espaço público - onde todos são, in abstracto, iguais, e cuja diferenciação se dá mais em razão da capacidade para a ação e o discurso do que em virtude atributos biológicos - é o que torna a educação um valor ímpar. No espaço público - onde se travam as relações comerciais, profissionais, trabalhistas, bem com onde se exerce a cidadania - ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, o torna dependente das forças físicas para continuar a sobreviver e, ainda assim, em condições precárias.

9. Eis razão pela qual o art. 27 da CF e o art. 4º da Lei n.8069/90 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. No mesmo sentido, o art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola. Portanto, o pleito do Ministério Público encontra respaldo legal e jurisprudencial. Precedentes: REsp 51.645/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.209, DJe 27.8209; RE 410.715 AgR /SP -Rel. Min. Celso de Melo, julgado em 2.1205, DJ3.206, p.76.

10. Porém é preciso fazer uma ressalva no sentido de que mesmo com alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial persista a carência orçamentária para atender a todas demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável.

11. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada com uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: REsp764.085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.209, DJe 10.12.2009.

internacional e nacional quanto às relações de trabalho envolvendo esses atores, de onde se extraem normas e princípios de proteção.

Nesse diapasão, a Convenção 182 da OIT – Convenção sobre Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para a sua Eliminação – constitui instrumento fundamental na luta contra o trabalho infantil. Em seu artigo 1º, a Convenção determina que “Todo Estado-membro que ratificar a presente Convenção deverá adotar medidas imediatas e eficazes que garantam a proibição e a eliminação das piores formas de trabalho infantil em regime de urgência”.²⁸

Uma dessas piores formas de trabalho infantil está na letra (d) do artigo 3º da Convenção, consistindo em “trabalhos que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executados, são susceptíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança”.²⁹

A Convenção determinou que a idade mínima para a admissão em emprego não pode ser inferior a quinze anos. Contudo, ficou ressalvada a hipótese da possibilidade dos Estados-membros definirem a idade mínima para o trabalho como sendo aos catorze anos. De qualquer forma, o trabalho que prejudique a segurança, a saúde e a moral do jovem restou proibido.

Aderindo à Convenção, a Constituição Federal determinou em seu artigo 7º, XXXIII, em sua redação originária, que é proibido o trabalho noturno, perigo ou insalubre aos menores de 18 (dezoito) anos e o trabalho de menores de 14 (catorze) anos, a menos que seja na condição de aprendiz.

²⁸ OIT. *Convenção sobre proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação*. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/all/ipecc/download/conv_182.pdf>. Acessado em 18 de setembro de 2014.

²⁹ Ibid.

A Emenda Constitucional 20/1998 alterou a redação do inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal, passando a ser proibido o trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz.

Diante disso, o artigo 60 do Estatuto da Criança e do Adolescente está em desconformidade com a norma constitucional, pois ainda proíbe o trabalho realizado por menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz.

Um princípio muito importante na formação técnico profissional do adolescente é a garantia de acesso e frequência à escola, segundo disposição do artigo 63, I do Estatuto da Criança e do Adolescente. Deve haver total incentivo ao adolescente frequentar a escola, pois é o principal meio de qualificação para o mercado de trabalho.

Cumpram acrescentar que, conforme dispõem os artigos 227, §3º, II da Constituição Federal e 65 do Estatuto da Criança e do Adolescente, são assegurados os direitos previdenciários e trabalhistas a todos os adolescentes que estão inseridos no meio laboral, mesmo que estejam na condição de aprendiz.

Por fim, insta enfatizar que toda a normativa internacional aqui citada, assim como a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, elevaram os infantes a condição de titulares de direitos e prerrogativas inerentes aos adultos, além de outras garantias especiais por estarem em peculiar condição de pessoas em desenvolvimento, consagrando, portanto, a Doutrina da Proteção Integral e o Princípio da Prioridade Absoluta.

Capítulo Terceiro

3. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE E O ATO INFRACIONAL

Como já salientado, a Constituição Federal estabelece no seu artigo 228 a inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos, assim como o artigo 27 do Código Penal e o artigo 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente. No entanto, isso não significa que esse grupo de pessoas não pratiquem ilícitos penais que atingem bens juridicamente tutelados.

Além disso, tal inimputabilidade não significa impunidade, devendo a criança (pessoa com até doze anos incompletos) e o adolescente (pessoa com idade entre doze e dezoito anos) serem responsabilizados perante as normas da legislação especial, qual seja, a Lei 8.069/90, quando da prática de uma infração penal. Mesmo que esses indivíduos não sejam responsabilizados perante a Lei Penal, eles estarão submetidos aos procedimentos de responsabilização da referida legislação especial.

Em razão disso, o ECA estabeleceu que a conduta delituosa praticada por esses sujeitos denomina-se ato infracional. Portanto, quando as crianças e os adolescentes praticam condutas previstas na legislação como crime ou contravenção penal, estão dando causa ao que o legislador denomina de ato infracional.

Não há qualquer dificuldade em conceituar o ato infracional, pois o artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente preleciona que “considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”. Ao colocar, de forma expressa, essa definição no ECA, o legislador consagrou o princípio da legalidade ou da anterioridade

da lei disposto no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”), na medida em que só existirá a prática de ato infracional se houver uma conduta típica descrita anteriormente em lei como crime ou contravenção penal, assim como só haverá a aplicação de medida socioeducativa se a mesma já estiver prevista previamente ao fato delituoso.

Neste sentido, dispõe Karina Sposato:

“A conduta praticada pelo adolescente somente se afigurará como ato infracional se, e somente se, contiver os mesmos aspectos definitórios da infração penal. Por conseguinte, o critério de identificação dos fatos de relevância infracional é a própria pena criminal, o que implica que a definição de ato infracional está inteiramente condicionada ao Princípio da Legalidade.”³⁰

A diferença entre crime e contravenção penal se extrai da leitura do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941) que assim dispõe:

“Art.1º: Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, a pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”

Tanto o crime como a contravenção penal são espécies do gênero infração penal e diferem quanto ao grau de reprovabilidade da conduta, assim como quanto a resposta estatal imposta ao autor da conduta. Portanto, a diferença não é ontológica, situando-se no âmbito da pena.

O atual Código penal não traz uma definição do que venha a ser crime, deixando tal tarefa a cargo dos doutrinadores. Existem os conceitos formal, material e analítico do crime. Nas lições de Rogério Greco³¹, de

³⁰ SPOSATO, Karyna Batista. *Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. P. 59.

³¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2010, P. 136.

acordo com o conceito formal, “crime seria toda conduta que atentasse, que colidisse frontalmente contra a lei penal editada pelo Estado.” Quanto ao aspecto material, crime seria “aquela conduta que viola os bens jurídicos mais importantes.”

No entanto, os aspectos formal e material não são suficientes para definir com precisão o crime, fazendo-se necessária a construção do conceito analítico do crime, ou seja, analisar os elementos que compõem a infração penal. Na construção desse conceito há duas teorias, a saber, a teoria bipartite e a teoria tripartite.

Segundo a teoria bipartite, o crime é fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade apenas pressuposto para a aplicação da pena. Na lição de Danielle Barbosa e Thiago de Souza³² a “culpabilidade, neste sentido, corresponde ao nexos causal entre sujeito e conduta necessário à incidência da pena.”

Conforme a teoria tripartite, o crime seria fato típico, antijurídico e culpável, ou seja, a culpabilidade é o terceiro elemento do crime. Seguindo essa teoria, o ato infracional seria a conduta típica, antijurídica e culpável praticada por criança ou adolescente.

De acordo com o entendimento de Paulo Afonso Garrido de Paula:

“O ato do adolescente que pode ser qualificado de ato infracional e assim determinar a incidência de medidas jurídicas é somente aquele que, no mundo adulto, corresponde a uma ação típica, antijurídica e culpável, compreendendo-se esse elemento como o conjunto de condições do sujeito, desprezada a idade, que determinam a reprovabilidade da conduta.”³³

³² BARBOSA, Danielle Rinaldi; DE SOUZA, Thiago Santos. *Direito da criança e do adolescente: Proteção, punição e garantismo*. Curitiba: Editora Juruá, 2013. P. 76.

³³ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização*. In: *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: Editora ILANUD, 2006. P. 43.

A criança e o adolescente só irão praticar um ato infracional se a conduta praticada estiver tipificada como crime ou contravenção penal, isto é, deve haver uma subsunção do ato praticado com alguma conduta descrita em lei como crime ou contravenção legal, pois não há no Estatuto da Criança e do Adolescente um rol de atos infracionais que podem ser praticados por esses indivíduos.

Esclarece Karina Sposato que a tipicidade do ato infracional é delegada:

“Adotou-se, portanto, técnica de tipificação delegada, pois tudo o que é considerado crime para o adulto também é em igual medida considerado para o adolescente. Ao adolescente, contudo, imputa-se a mesma responsabilidade em face do crime ou da contravenção penal, em que pesem as diferenças substantivas entre essas duas espécies de delito.”³⁴

Além de a conduta dever ser necessariamente típica, deverá ser também antijurídica, isto é, além de estar a conduta do agente contrariando o ordenamento jurídico, não pode ter sido praticada em nenhuma das hipóteses do artigo 23 do Código Penal, ou seja, mediante nenhuma causa de exclusão da ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito).

Além dessas hipóteses legais de exclusão da ilicitude, a doutrina considera o consentimento do ofendido como causa supralegal de exclusão da ilicitude. No entanto, para que haja efetivamente força de excluir a antijuridicidade, o consentimento deve preencher três requisitos: ser prestado por pessoa capaz de consentir, o bem jurídico tutelado sobre o qual a conduta recai deve ser um bem disponível e o consentimento deve ocorrer anteriormente, ou pelo menos, simultaneamente à conduta do agente.

³⁴ SPOSATO, Karyna Batista. *Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 59.

Além desses dois aspectos, tipicidade e antijuridicidade, a conduta deverá ser culpável. Os elementos da culpabilidade são a imputabilidade (capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento), a potencial consciência da ilicitude da conduta e a exigibilidade de conduta diversa.

Retirando o elemento imputabilidade quanto à criança e ao adolescente, por serem penalmente inimputáveis, não de ser considerados os elementos potencial consciência da ilicitude da conduta e a exigibilidade de conduta diversa, elementos estes que acarretam a reprovabilidade da conduta.

Neste sentido, quando a conduta é praticada mediante erro sobre a ilicitude do fato (artigo 21 do Código Penal), bem como na hipótese de discriminante putativa como erro inevitável a respeito do fato (artigo 20, §1º do Código Penal), haverá inexistência do elemento potencial consciência da ilicitude da conduta.

Ainda nesse diapasão, quando o ato é praticado mediante coação moral irresistível ou no caso de obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico (artigo 22 do Código Penal), não será exigível do agente comportamento diverso.

Sobre este tema, assim escreve Martha de Toledo Machado:

“(...) num modelo garantidor da dignidade da pessoa humana de tratamento do crime praticado por criança ou adolescente, devem ter plena validade as grandes linhas dos pressupostos teóricos, filosóficos e normativos da culpabilidade, cristalizados naquelas noções ligadas à potencial consciência da ilicitude e à exigibilidade de conduta diversa, que condensam e pormenorizam juridicamente os pressupostos de reprovabilidade de conduta, apoiados nas noções de voluntariedade e de livre-arbítrio.

Pode parecer um paradoxo que se sustente a utilização dessas noções quando se trata de autor de crime que é criança e adolescente: se lhes falta justamente o reconhecimento jurídico da capacidade penal, ou seja, da imputabilidade, a

condição psíquico-física do agente, consistente na sua capacidade, em abstrato, de entender e querer, como teriam pertinência as noções de potencial consciência da ilicitude e exigibilidade conduta diversa?

Mas se não trabalharmos com o ferramental teórico de potencial consciência de ilicitude e exigibilidade de conduta diversa sobre quais pressupostos iríamos assentar a reprovabilidade da conduta de crianças e adolescentes?

Por outras palavras, se ficassem afastadas essas duas noções, hipoteticamente poderíamos chegar apenas a duas conclusões: ou a conduta não é reprovável e, por isso, não demanda nenhuma resposta ao Estado, ou a resposta do Estado independe da reprovabilidade da conduta: ou seja, o Estado, por definição, não deveria responder a conduta humana reprovável, mas meramente a um resultado danoso.”³⁵

Nosso ordenamento jurídico não admite a responsabilidade objetiva da criança e do adolescente, ou seja, ao praticarem um ato infracional devem ser observados os elementos da culpabilidade. Ainda que a conduta seja típica e antijurídica, mas se não for reprovável por faltar os elementos da culpabilidade não caberá ao Estado impor-lhes resposta alguma. Portanto, a responsabilidade é subjetiva, devendo o sujeito agir com dolo ou culpa.

Não obstante a inimputabilidade penal da criança e do adolescente, o ECA fixou a responsabilidade penal juvenil a partir dos doze anos de idade. Portanto, ao praticar um ato infracional foi estabelecido tratamento diferenciado entre crianças e adolescentes.

Antes de ser detalhado o atual modelo de responsabilização especial destinado aos menores de dezoito anos, considera-se importante relatar o avanço histórico dos modelos de responsabilização já existentes no Brasil.

3.1. Evolução história da proteção social e jurídica à infância e a juventude no Brasil

³⁵ MACHADO, Martha de Toledo. *A Proteção Constitucional de Criança e Adolescentes e Direitos Humanos*. Barueri-SP: Manole, 2003. P. 251 a 262. Apud SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2013. P. 109-110.

O debate acerca da responsabilidade penal dos menores de dezoito anos não é novo e, portanto, houve um longo caminho percorrido na normativa nacional para que hoje houvesse um sistema de responsabilização juvenil. Abordando essa trajetória, Emílio Garcia Mendez³⁶ enumera três grandes etapas: a de caráter penal indiferenciado, a de caráter tutelar e a de caráter penal juvenil ou garantista.

A primeira etapa, de caráter penal indiferenciado, começa desde o nascimento dos códigos penais do século XIX até a primeira década do século XX. Nesta etapa, considera-se os menores de idade quase da mesma forma que os adultos, submetendo-os às mesmas normas de privação de liberdade que os adultos, diferenciando-se somente na duração, pois os menores eram privados de sua liberdade por um período de tempo menor, normalmente com redução de 1/3 da pena.

A segunda etapa, de caráter tutelar, teve sua origem nos Estados Unidos e se difunde pelo mundo todo, no início do século XX. Esta etapa é liderada pelo Movimento dos Reformadores e representa uma reação contra a situação de promiscuidade dos locais de recolhimento de maiores e menores, ambos no mesmo espaço. Diante da experiência de especialização do direito e a administração da justiça de menores, os países da América Latina adotaram o mesmo modelo, que perdurou de 1919 até 1989.

Não obstante a luta dos Reformadores contra o antigo sistema, Emílio Garcia faz uma crítica:

“Porém uma análise crítica permite pôr em evidência que o projeto dos reformadores, mais que uma vitória sobre o velho sistema, consistiu num compromisso profundo com aquele. As novas leis e a nova administração da

³⁶ MENDEZ, Emílio Gracia. *Adolescentes e Responsabilidade Penal: um debate latino-americano*. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id114.htm>>. Acessado em 15 de outubro de 2014

justiça de menores nasceram e se desenvolveram no marco da ideologia nesse momento dominante: o positivismo filosófico. A cultura dominante de sequestro dos conflitos sociais, quer dizer, a cultura segundo a qual, a cada patologia social devia corresponder uma arquitetura especializada de reclusão, somente foi alterada num único aspecto: a promiscuidade. A separação de adultos e menores foi a bandeira vitoriosa dos reformadores norte-americanos, em menor medida de seus seguidores europeus e até há muito pouco, muito mais uma expressão de desejos de seus emuladores latino-americanos. Neste último caso, onde ainda hoje a colocação de menores de idade nas prisões de adultos persiste como um problema não pouco importante em muitos países da região - somente desentender-se das consequências reais das decisões da administração de justiça, assim como, o predomínio dos eufemismos permitiram "resolver" esta situação, mantendo "limpa" a consciência.”³⁷

A terceira e última etapa, denominada por Emílio Garcia de etapa da separação, participação e responsabilidade, é um modelo de proteção integral à criança e ao adolescente. Esta nova etapa representa uma ruptura tanto com o modelo de caráter penal indiferenciado quanto com o modelo tutelar e é inaugurada no plano internacional com o advento da Convenção Internacional dos Direitos da Criança em 1989. No Brasil, começa com a promulgação da Constituição de 1988 e com a entrada em vigor da lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Diferenciando os conceitos de separação, participação e responsabilidade, diz Emílio Garcia:

“O conceito de separação refere-se aqui à clara e necessária distinção, para começar no plano normativo, dos problemas de natureza social daqueles conflitos com as leis penais. O conceito de participação (admiravelmente sintetizado no art.12 da CIDN) refere-se ao direito da criança formar uma opinião e expressá-la livremente em forma progressiva, de acordo com seu grau de maturidade. Porém o caráter progressivo do conceito de participação contém e exige o conceito de responsabilidade, que a partir de determinado momento de maturidade se converte não somente em responsabilidade social pelo contrário, além disso e progressivamente numa responsabilidade de tipo especificamente pena, tal como o estabelecem os arts. 37 e 40 da CIDN.”³⁸

Diante da diferenciação das três etapas da evolução histórica do tratamento destinado aos menores no Brasil diante do contexto internacional, faz-se necessária uma abordagem pormenorizada de cada um

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

desses momentos históricos para que se possa chegar a atual conquista da criança e do adolescente como sujeitos de direitos e obrigações de acordo com sua peculiar condição de desenvolvimento, fruto de lutas e debates.

3.1.1. Etapa penal indiferenciada

Desde o início do século XIX já havia uma preocupação com a delinquência juvenil, pois desde quando D. João VI e toda sua corte chegaram ao Brasil, em 1808, já vigorava no Brasil as Ordenações Filipinas. Tais ordenações permaneceram vigentes até o advento do Código Criminal do Império de 1830.

Neste período, a imputabilidade penal começava aos sete anos de idade, estando os menores de dezessete anos livres da pena de morte e beneficiados com a redução de pena. Já as pessoas com idade entre dezessete e 21 anos poderiam ser condenadas à pena de morte, e, dependendo das circunstâncias, poderia ter sua pena diminuída. Portanto, havia um sistema de aplicação de pena de acordo com o arbítrio do julgador conforme redação do Livro V, Título CXXXV das Ordenações Filipinas.

Com a Proclamação da Independência em 1822 houve uma mudança na legislação penal brasileira, sendo criado, em 1830, o Código Criminal do Império. Este Código fixou a idade para o início da imputabilidade penal aos catorze anos no seu artigo 10, além de abolir as penas cruéis como pena de morte, amputação de membros e açoites, conforme determinação do artigo 179, n. 19, da Constituição de 1824.

Se os menores de catorze anos tivessem agido com discernimento, eram considerados relativamente imputáveis e eram recolhidos às casas de correção por um período de tempo em que o juiz achasse necessário, desde que não ultrapassasse a idade de dezessete anos.

A utilização da teoria do discernimento (capacidade de compreender a natureza ilícita da conduta e de agir conforme essa compreensão) com a previsão do recolhimento aos locais de correção ao invés de punição representou uma preocupação com a educação, pois esta sobrepunha-se a aplicação de pena. Além disso, a lei previa atenuante de pena para os menores de 21 (vinte e um) anos no artigo 18, parágrafo 10.

Em 1890, adveio um novo Código Penal no Brasil substituindo o Código Penal do Império, através do Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, denominado Código Republicano. Este Código determinou a irresponsabilidade penal ao menor com até nove anos de idade em seu artigo 27, §1º, adquirindo imputabilidade plena quando atingisse catorze anos, assim como no Código Criminal do Império. Este Código declarou como absolutamente inimputáveis os menores de nove anos.

O sujeito com idade entre nove a catorze anos seria responsabilizado se fosse capaz de discernir entre o bem e o mal, entre o justo e o injusto, devendo ser submetido à avaliação do magistrado para a análise do seu grau de discernimento, conforme dispunha o artigo 27, §2º do Código Republicano. Assim, a ideia de discernimento continuava presente como no Código anterior.

Os menores com idade entre nove e catorze anos que agissem com discernimento na prática de um ilícito penal eram recolhidos a estabelecimento disciplinar industrial, também pelo tempo que o juiz achasse necessário, sem exceder o limite de dezessete anos. Foi mantida no Código Penal de 1890 a atenuante de menoridade para as pessoas com até vinte e um anos de idade.

No final do século XIX estava nascendo o Direito dos Menores e surgindo a etapa tutelar. A criança, que antes era tratada como “coisa”, passa a ser objeto de proteção do Estado. Neste clima de transição, surge em 1899 o primeiro Tribunal de Menores no mundo no Estado Americano de Illinois. Neste mesmo ano, foi criado no Brasil o Instituto de Proteção e Assistência à Infância na cidade do Rio de Janeiro e, pouco depois, no ano de 1903, foi criada a Escola Correccional XV de Novembro, destinada a acolher menores abandonados com o intuito de prevenir a delinquência infanto-juvenil.

3.1.2. Etapa Tutelar

Nesta etapa, foi-se construindo o Direito do Menor com base no binômio carência / delinquência e teve como marco inicial a entrada em vigor da Lei 4.242, de 5 de janeiro de 1921, que abandonou o critério biopsicológico adotado pelo Código de 1890 e determinando a exclusão de qualquer processo penal os menores que não tivessem completado catorze anos de idade. Estava adotando, portanto, o critério objetivo da imputabilidade penal, fixada aos 14 anos. Dois anos passados da entrada em vigor dessa lei, foi criado o Juizado de Menores no Brasil, no Distrito Federal, através do Decreto nº. 16.727, de 20 de dezembro de 1923, tendo como titular do Juizado o magistrado José Cândido Albuquerque Mello Mattos.

Para recolher os menores infratores ou menores abandonados, foi criado um abrigo para funcionar junto ao Juizado de Menores. Pelo menos na teoria, esse abrigo seria destinado a reformar os menores infratores e preservar os abandonados, pois ficariam em ambientes distintos. No entanto, esse abrigo não foi suficiente para receber todos os menores que o Juizado entregava. No fim, havia um amontoado de crianças e adolescentes num sistema sem espaço físico e sem profissionais com capacidade de

realizar o trabalho de reforma e preservação. Diante dessa situação, nas décadas de 20 e 30 foram realizados convênios com instituições particulares e feitas construções de pavilhões anexos às instituições de abrigo.

João Saraiva afirma que:

“A política era de supressão de garantias (como o princípio da legalidade) para assegurar a “proteção” dos menores. Para combater um mal, a indistinção de tratamento entre adultos e crianças, criava-se, em nome do amor à infância, aquilo que resultou no monstro: o caráter tutelar da justiça de menores, igualando desiguais.”³⁹

Entende João Saraiva que estavam sendo consagrados os fundamentos da Doutrina da Situação Irregular e, em nome do amor, o juiz poderia suprimir todas as garantias da criança e do adolescente, como o princípio da legalidade, pois ele saberia o que seria melhor para esses indivíduos, na medida em que seria uma figura investida das prerrogativas de um bom pai de família.

Pelo fato de não haver, de fato, um tratamento direcionado aos adolescentes que cometessem ato definido como crime, as duas primeiras décadas do século XX foram marcadas por intensos debates acerca da delinquência de crianças e adolescentes. Como fruto desses debates, surgiu o Código de Menores através do Decreto nº. 17.943, de 12 de outubro de 1927, mais conhecido como Código Mello Mattos, em homenagem aos primeiro juiz de menores no Brasil.

O Código Mello Mattos estabeleceu em seu artigo 68 que os menores de catorze anos não poderiam ser submetidos a nenhum tipo de processo,

³⁹ SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2013. P. 40.

sendo, portanto, plenamente irresponsáveis. O menor com idade entre catorze e dezoito anos era submetido às medidas de assistência e proteção, sendo ele abandonado ou delinquente, estariam submetidos ao regime estabelecido no Código.

O novo código também tratou do trabalho de crianças e adolescentes, proibindo o trabalho de menores de doze anos, estabelecendo jornada máxima de seis horas e repouso obrigatório para os menores com idade entre doze e dezoito anos e a proibição de trabalho noturno para menores de dezoito anos. Ainda quanto ao trabalho do menor de dezoito anos, estes estavam proibidos de desempenhar funções nas ruas ou nos locais públicos, pois se estivessem nesses lugares seria apreendido e considerado abandonado.

Além da inovação quanto ao trabalho do menor, o Código Mello Mattos trouxe a possibilidade de suspensão do pátrio poder quando os pais deixavam a desejar no cumprimento de seus deveres com negligência, abuso de autoridade, incapacidade ou impossibilidade.

Sobre o Código de Menores de 1927, Maurício Neves de Jesus afirma que:

“A abrangência e o protecionismo do Código de Menores, talvez motivados pela ânsia de resolver o problema do menor no país, acabaram gerando situações marcadas pela invasão de privacidade, em um sistema quase inquisitivo. O menor pertencente a uma classe social mais humilde estava, por força de lei, sujeito ao arbítrio da autoridade – quase sempre o policial encarregados das rondas.”⁴⁰

A forma de punição dos menores infratores fixada pelo Código de Menores foi um tanto controvertida, pois estabelecia o artigo 69, §2º que o menor infrator que não estivesse em condição de abandono ou perversão ou

⁴⁰ JESUS, Maurício Neves de. *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*. Campinas, SP: Servanda Editora, 2006. P. 45.

que não estivesse em perigo de estar nessa condição, deveria ser acolhido em um reformatório durante um período que podia variar entre um e cinco anos. Diante essa afirmação é importante constatar que se o menor não fosse abandonado ou pervertido, por que ele seria internado? Ou então, se ele não estivesse nem em risco de estar nessas condições, porque colocá-lo junto com os pervertidos?

Além disso, o artigo 69, §3º estabelecia que o menor infrator abandonado ou pervertido ou então que estivesse em risco de o ser, deveria ser colocado em uma escola de reforma por um período de no mínimo três anos e de no máximo sete anos. Dessa forma, o menor vítima de abandono era punido pela prática do delito, além de sua situação de abandono ser agravante de pena.

Esclarece Francisco Pereira de Bulhões Carvalho:

“Se é abandono, deve ter proteção correspondente ao seu estado de abandono e não deve ser essa a razão para que a penalidade a lhe ser imposta seja acrescida do mínimo de um ano para o mínimo de três anos, e do máximo de cinco anos para o máximo de sete anos de reformatório, pelo simples fato de ser um menor abandonado.”⁴¹

O Código Mello Mattos foi ainda mais rígido no seu artigo 71 quando estabeleceu a hipótese de menores com idade entre dezesseis e dezoito anos que cometessem infrações graves, dependendo da circunstancia do fato e das condições do agente, e se ficasse comprovada a sua perversão moral, seria punido de acordo com a regra do artigo 65 do Código Penal.

De acordo com este artigo, o adolescente poderia sofrer pena de autoria reduzida de um terço e deveria ser encaminhado a um

⁴¹ CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões de. *Menores e adultos desajustados e em perigo: direito recuperativo e preventivo do menor e do adulto*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1974. P. 31.

estabelecimento de menores de idade, ou, na falta deste, a um estabelecimento prisional comum, mantido, todavia, separado de adultos condenados, até que fosse comprovada sua regeneração. O menor infrator poderia ser submetido, portanto, a uma pena privativa de liberdade e ainda por prazo indeterminado, não excedendo a pena máxima cominada.

Cinco anos após a entrada em vigor do Código Mello Mattos, surgiu o Decreto 22.213, de 14 dezembro de 1932 que intitulado de Consolidação das Leis Penais e reafirmou a inimputabilidade penal dos menores de 14 anos no artigo 27, §1º. No entanto, chocou-se com o Código Mello Mattos quando estabeleceu que os menores com idade entre catorze e dezoito anos estariam submetidos ao mesmo sistema penal que os adultos.

O problema do menor, seja ele abandonado ou delinquente, passou a ser considerado de cunho social a partir de 1930 e, após várias discussões entre especialistas e legisladores, foi reservado no texto Constitucional de 1937 um espaço para a valorização da família, do trabalhador, da infância e da juventude no seu artigo 127. Assim, as crianças e os adolescentes carentes passaram a serem alvos de assistência social.

A ideia de que a criança e o adolescente careciam de amparo e de terem asseguradas as suas garantias constitucionais refletiu no aumento da idade da imputabilidade penal. Assim, tornaram-se penalmente imputáveis os maiores de dezoito anos, conforme disposição do artigo 23 do Código Penal de 1940 (Decreto 2.848, de 7 dezembro de 1940). Os menores de dezoito anos estariam sujeito às normas da legislação especial da época, ou seja, estariam submetidos à pedagogia corretiva do Código de Menores de 1927.

Para o atendimento de menores de dezoito anos sujeitos às imposições corretivas da legislação especial que agregava tanto menores

delinquentes quanto menores abandonas, foi criado, em 1941, o SAM (Serviço de Assistência aos Menores). Segundo o artigo 2º do Decreto-Lei n.º 3.799, de 5 de novembro de 1941, decreto que criou o SAM, este serviço teria por finalidades principais orientar o serviço de assistência aos menores abandonados e delinquentes, abrigando aqueles enviados pelo juizado, realizar o exame médico-psico-pegagógico, proceder à investigação social e realizar estudos sobre as causas da delinquência e do abandono.

O SAM foi criado para amparar os menores, fossem eles abandonados, infratores ou carentes, através de uma política de atendimento orientada pelas funções de corrigir, reprimir e dar assistência. No entanto, a realidade do SAM foi diversa do que se estabeleceu no momento da sua criação, pois suas atividades caracterizaram-se pelas internações dos menores de dezoito anos, onde não se sabia exatamente o que fazer com os menores infratores internados em casas de correção ou internatos e com os menores abandonados e carentes internados em patronatos agrícolas e em estabelecimento de aprendizagem de ofícios. Ademais, não foram encontradas as causas da delinquência juvenil, tampouco aplicadas medidas preventivas.

Wilson Donizeti Liberati faz algumas ponderações sobre o SAM, sendo, portanto, importante descrever:

“As ações de atendimento, baseadas na privação total de liberdade dos menores, sem distinção entre infratores e carentes, objetivavam a sua “proteção”: estariam mais protegidos aqueles que estivesse, afastados do ambiente que os levasse para uma situação de delinquência e marginalidade social. O objetivo desejado pelo SAM era concretizar medidas punitivas, aplicadas pelo juiz, mesmo que os menores não tivessem praticado qualquer ato ilícito.”⁴²

Segue o mesmo autor dizendo:

⁴² LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional. Medida socioeducativa é pena?* 2ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. P. 76.

“O que mais chamava a atenção nas atividades do SAM era a naturalidade com que se “internavam” crianças e adolescentes. O indicador da institucionalização estava na classe social, na pobreza, na miséria, na falta de condições psicológicas e carência assistencial dos pais. O abandono, a vadiagem, a mendicância, eram motivos suficientes para a intervenção judicial, que determinava a internação como forma de “ressocialização” ou de “recuperação” de jovens.”⁴³

Diante da dificuldade de efetivação dos reais objetivos do SAM, esse sistema foi perdendo espaço, sobretudo por não ter autonomia financeira, por não contar com uma infraestrutura adequada para o atendimento dos menores de dezoito anos em situação de delinquência ou abandono e por aplicar métodos rígidos de atendimento, provocando grandes tumultos entre os menores internados.

Em substituição ao SAM, foi criada a Fundação de Bem-Estar do Menor/FUNABEM pela Lei 4.513, de 01 de dezembro de 1964, ainda sob a vigência do Código Mello Mattos. Essa fundação tinha por objetivo integrar o menor à sua comunidade, criando programas que aproximassem o menor de sua família, ou seja, valorizava a família e as relações do menor, tentando restituir-lhes tudo aquilo que lhes foi negado nas relações sociais.

A FUNABEM foi criada para atuar sem contato direto com menor, ela assistiria financeiramente e com pessoal as instituições dos Estados, Municípios e as entidades particulares que se responsabilizassem com o atendimento do menor marginalizado. No entanto, por ter recebido do SAM os estabelecimentos de atendimento e as suas atribuições, a FUNABEM passou a exercer as políticas que ela mesma planejava, pois não conseguiu transferir a tarefa completamente aos Estados.

A FUNABEM foi criada no mesmo ano em que começou o modelo político de Ditadura Militar e, através de seus princípios rígidos e estratégias militares, começou a se preocupar com o problema do menor,

⁴³ Ibid. P. 78.

transformando-o em problema social. Para resolver o problema infanto-juvenil, o governo revolucionário instituiu a Política do Bem-estar do Menor (PNEBEM). Essa política seria aplicada através da atuação da FUNABEM.

A criança e do adolescente que fossem achados com problemas familiares eram internados em entidades que, em tese, seriam educacionais, para recompor o dano sofrido. Mais uma vez a internação era colocada como solução de todos os problemas que envolviam o menor, tanto os de natureza social quanto os de natureza penal.

Além dos programas destinados a solucionar e tratar os problemas relacionados aos menores, existiam programas de prevenção que visavam ocupar o menor nas horas livres para que ele tivesse uma educação profissional. Esses programas de prevenção eram direcionados principalmente às camadas da sociedade onde a condição financeira das famílias propiciava o abandono do menor.

A FUNABEM exercia uma política de atendimento verticalizada, isto é, era desenvolvida na esfera federal e implantada em todos os estados do país. Diante disso, as particularidades de cada região não eram levadas em conta, sendo todo o atendimento determinado pela fundação.

A política de atendimento era centralizada e não levava em consideração a vontade do menor infrator. A medida era simplesmente imposta pelo juiz sem assegurar ao menor o direito ao contraditório e ampla defesa, ou seja, não era observado o devido processo legal. As medidas eram aplicadas aos menores, independentemente se ele fosse carente ou delinquente e, apesar de ser revestida de proteção assistencial tinha, na verdade, natureza punitiva.

Existiam diversas situações, tais como o menor que foi internado porque os pais não tinham condições financeiras, órfão por não ter pais ou responsáveis e o infrator porque estava na condição de situação irregular devido a sua conduta desviante.

Na visão de Maurício Neves de Jesus:

“A Funabem, na prática, aumentou o problemas que deveria remediar. A história da instituição é repleta de notícias de desmando, castigos cruéis e motins. Ao contrário do que pretendia, a Funabem ficou conhecida como um instrumento de ameaça e escola do crime.”⁴⁴

Para atuar junto com a FUNABEM, mas no âmbito estadual, foram criadas as FEBEMs (Fundações Estaduais de Bem-Estar do Menor). No entanto, essas fundações não obtiveram êxito na recuperação dos menores e foram marcadas por violências contra os internos, rebeliões e fungas, tornando-se referência negativa na política de tratamento do menor infrator.

O caráter tutelar da legislação em vigor e das políticas de atendimento do menor alcançou seu ápice e desencadeou na criação da Lei 6.697, de 10 de outubro de 1979, tornando-se o novo Código de Menores da legislação brasileira e expressão máxima da Doutrina da Situação Irregular. Neste mesmo ano, a Organização das Nações Unidas estabelecia que o ano de 1979 seria o Ano Internacional da Criança e muitos acusaram o legislador do Código de Menores de ter elaborado a lei apressadamente para homenagear a data, deixando a desejar na técnica legislativa.

A Doutrina da Situação Irregular passou a considerar os menores como sendo objeto de proteção da norma quando estivessem em estado de patologia social. O menor para se encontrar em situação irregular deveria estar numa das condições previstas no artigo 2º do Código de 1979.

⁴⁴ JESUS, Maurício Neves de. *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*. Campinas, SP: Servanda Editora, 2006. P. 54.

O menor poderia estar em situação irregular devido a sua conduta (no caso de cometimento de infrações penais) da conduta de sua família (maus-tratos, pais que não tinham condições financeiras) ou da conduta da própria sociedade (colocando o menor em situação de abandono). Portanto, colocava-se numa mesma situação o menor vitimizado por abandono e maus-tratos e o menor vitimizador, autor de ato infracional, em ambos os casos ele estaria numa “situação irregular”.

O artigo 8º do Código conferia ao juiz poderes que transcendiam normas objetivas, pois com base no critério de prudente arbítrio o magistrado poderia determinar outras medidas que não estavam previstas na lei, através de portaria ou provimento, que ele considerasse necessárias para a garantir a proteção e a vigilância do menor.

O menor era submetido a um processo no qual lhe eram suprimidas todas as garantias de um devido processo legal, como a defesa técnica de um advogado, contraditório, ampla defesa, pleno e formal conhecimento da acusação, igualdade na relação processual, instalando-se um processo inquisitorial onde a verdade material sobrepunha-se aos direitos humanos, onde o menor encontrava-se como objeto de investigação.

Além de suprimir o menor de todas as garantias processuais supracitadas, o artigo 99 do Código estabelecia que o menor de dezoito anos que praticasse infração penal poderia ser privado de sua liberdade sem estar em flagrante delito ou por decisão fundamentada da autoridade judiciária.

Afirma João Batista que:

“Neste tempo de vigência do Código de Menores, a grande maioria da população infanto-juvenil recolhida às entidades de internação do sistema FEBEM no Brasil, na ordem de 80%, era formada por crianças e adolescentes, “menores”, que não eram autores de fatos definidos como crime na legislação penal brasileira. Estava consagrado um sistema de controle da pobreza (...).”⁴⁵

O Código de Menores de 1979 previa, no seu artigo 14, seis medidas que poderiam ser aplicadas a todos os menores considerados em situação irregular, sendo elas: advertência; entrega do menor aos pais ou responsável ou a pessoa idônea mediante termo de responsabilidade; instalação do menor em lar substituto; submissão do menor ao regime de liberdade assistida; colocação no regime de semiliberdade; e internação em estabelecimento educacional, hospitalar, psiquiátrico, ocupacional, pedagógico ou outro que o juiz considerasse adequado.

Os critérios de aplicação da lei estabelecidos pelo Código de Menores de 1979 não foram capazes de prevenir e tratar a delinquência e o abandono infanto-juvenil, por isso, a sociedade reclamava por novas políticas sociais, pois a Política Nacional de Bem-Estar do Menor encontrava-se falida, e sua efetiva participação na questão do menor, na medida em que o problema começava no meio social e sua solução não deveria tarefa exercida exclusivamente pelo Estado.

Em 1985 foi fundada a ONG Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua em Brasília. Tal movimento objetivava integrar a sociedade e a criança na construção de políticas que efetivassem plenamente seus direitos. Esse movimento possibilitou a construção de uma norma constitucional (artigo 227 da Constituição Federal) que traduziu as concepções da Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989.

⁴⁵ SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2013. P. 58.

Deste modo, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil em 5 de outubro de 1988 e criado o Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, inaugurando a terceira etapa de responsabilização da criança e do adolescente, qual seja, a etapa de caráter penal juvenil ou garantista.

3.1.3. Etapa de caráter penal juvenil ou garantista

Nesta última etapa, os direitos da criança e do adolescente passaram a ter prioridade absoluta e a Doutrina da Situação Irregular deu lugar à Doutrina da Proteção Integral. Crianças e adolescentes passaram a ser considerados sujeitos de direitos e receber tratamento e proteção especial por estarem em peculiar condição de sujeito em desenvolvimento.

Martha de Toledo Machado faz algumas ponderações sobre essa nova etapa:

“A ideia central da nova concepção, no meu ver, é a de que crianças e adolescentes vivem a peculiar situação de seres humanos em processo de desenvolvimento (físico, psíquico, cognitivo, social, etc) e que esta condição demanda respeito e especial proteção jurídica, também pela maior *vulnerabilidade* deles na fruição, reivindicação e defesa de seus direitos, quando comparados aos adultos. Condição especial, que demanda o reconhecimento de direitos especiais, que lhes permita construir suas potencialidades humanas em sua plenitude, para que a *dignidade humana* da criança e do adolescente seja efetivamente resguardada. E condição que impõe a construção de mecanismos específicos de tutela, de defesa desses direitos fundamentais, para que seja assegurada proteção integral e prioritária a crianças e adolescentes.”⁴⁶

A legislação não será mais uma forma de controlar ou reprimir crianças e adolescentes que se encontravam em condição de delinquência ou abandono, mas assegurar a esses sujeitos todos os direitos necessários ao seu pleno desenvolvimento, sem privilégios ou discriminações.

⁴⁶ MACHADO, Martha de Toledo. *Sistema especial de proteção da liberdade do adolescente na constituição brasileira de 1988 e no estatuto da criança e do adolescente*. In: *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2013. P. 100.

Para João Batista Saraiva:

“O Estatuto da Criança e do Adolescente se assenta no princípio de que todas as crianças e adolescentes, sem distinção, desfrutam dos mesmos direitos e sujeitam-se a obrigações compatíveis com a peculiar condição de desenvolvimento que desfrutam, rompendo, definitivamente, com a ideia até então vigente de que os Juizados de Menores seriam uma justiça para pobres, na medida em que na doutrina da situação irregular se constatava que para os bem nascidos, a legislação baseada naquele primado lhes era absolutamente indiferente.”⁴⁷

Esta nova etapa começou a reconhecer a importância família e da comunidade como personagens do controle social de crianças e adolescentes, pois a comunidade não cria uma relação vertical com o menor, havendo uma relação autodisciplinar, onde a própria sociedade previne os desvios sociais, na medida em que verifica se o adolescente está integrado de acordo com seus direitos e obrigações.

Carlos Nicodemos⁴⁸ afirma haver um sistema de responsabilização dos adolescentes autores de ato infracional e o Estado, quando busca controlar o delito na sociedade, vai trabalhar com dois tipos de agentes: os agentes informais e os agentes formais. Para ele os agentes formais devem sempre atuar de forma subsidiária a atuação dos agentes informais.

Os agentes informais seriam a família, a comunidade, a educação, a religião, o trabalho, a saúde, etc. Esses agentes não utilizam meios punitivos e sancionatórios como meios de controle do menor na sociedade. Já os agentes formais de controle social do delito seriam o processo, o Ministério Público, o juiz, o advogado, etc. Esses agentes sim teriam na sanção prevista na norma sua natureza, ou seja, a efetivação do controle do

⁴⁷ Ibid P. 91.

⁴⁸ NICODEMOS, Carlos. *A natureza do sistema de responsabilização do adolescente autor de ato infracional*. In: *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do advogado editora. 2013, P. 71.

delito se daria através da sanção aplicada mediante um procedimento de apuração da infração.

Neste diapasão, ele entende que o Estatuto da Criança e do Adolescente optou em trabalhar com esses dois tipos de instrumentos no controle da prática do ato infracional por parte de dois grupos socialmente diferentes: a criança e o adolescente.

Dispõe o Estatuto que às crianças e aos adolescentes que estiverem em alguma das situações do artigo 98, incisos I e II, serão aplicadas as medidas socioeducativas descritas no artigo 101. Portanto, a finalidade das medidas é de cunho compensatório em relação aos direitos da criança que foram negados ou violados.

No entanto, em se tratando da prática de ato infracional, isto é, de condutas antissociais, que são análogas ao crime e contravenção penal, o legislador do Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu um duplo conjunto de medidas.

Quando é uma criança, considerada pelo Estatuto pessoa com até doze anos incompletos, que pratica ato infracional, aplica-se o artigo 98, III e o artigo 105. Optou-se em utilizar o controle informal de condutas antissociais praticadas por criança, pois o Estado usará os agentes de controle informal como a família, a comunidade e a escola para que sejam afastados o processo e a sanção.

Há de se perceber que a referida opção de controle informal é aprimorada quando o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece em seu artigo 136 que é da competência do Conselho Tutelar, órgão autônomo e não jurisdicional, aplicar as medidas protetivas às crianças que estão na condição de autoras de ato infracional.

Quando é o adolescente, pessoa com idade entre doze e dezoito anos, que pratica um ato infracional, o tratamento será outro. Neste caso, o Estatuto da Criança e do Adolescente desenvolveu outro conjunto de medidas, a saber, as medidas socioeducativas estabelecidas no artigo 112. O adolescente será submetido a um processo de apuração do ato infracional com todas as garantias processuais asseguradas para, ao final, ser imposta a medida socioeducativa mais adequada ao caso concreto.

Conclui Nicodemos que:

“Enquanto para a criança autora de ato infracional, o procedimento estatal desencadeado está conduzido pela máxima informalidade, gerando inclusive, em determinadas situações, vulnerabilidade e integridade física e moral da criança, no caso do adolescente autor de ato infracional, verificamos que o procedimento está baseado num aprofundamento das bases institucionais do Estado, o que levou a imperiosa necessidade de prever um conjunto de medidas assecuratórias de base constitucional.”⁴⁹

Portanto, conforme a lição do referido autor, o legislador do ECA estabeleceu estratégias informais para crianças, que estão livres de qualquer formalidade ou intenção sancionatória, enquanto que para os adolescentes, fixou um controle formal, com base em um conjunto de normas, procedimento e sanções específicas.

De fato, o Estatuto da Criança e do Adolescente apresenta uma distinção da resposta estatal em relação à criança e ao adolescente autor de ato infracional. Para crianças, o ECA estabelece um sistema de irresponsabilidade por atos infracionais, pois por mais grave que seja a conduta, as crianças nunca serão submetidas às medidas socioeducativas, mas penas às medidas de proteção que não possuem natureza de sanção.

⁴⁹ Ibid. P. 77.

Ocorrendo ato infracional praticado por criança, esta será encaminhada para o Conselho Tutelar, órgão não jurisdicional, para que lhe seja aplicada uma das medidas de proteção elencadas no artigo 101, I a VI do ECA, evidenciando o caráter de desjudicialização das medidas protetivas, ou seja, possuem natureza administrativa. No caso dos incisos VII, VIII e IX, tais medidas só podem ser determinadas pela autoridade judiciária.

Sobre as medidas protetivas, Wilson Donizeti afirma:

“Como o próprio nome consagra, as medidas protetivas têm caráter educativo e se destinam a fazer cumprir os direitos da criança e do adolescente por aqueles que os estão violando, sejam eles os pais ou responsáveis, a sociedade e o Estado. É por isso que os operadores da medida devem utilizar todos os recursos necessários para o restabelecimento do papel da família, da sociedade e do Estado.”⁵⁰

A ocorrência do ato infracional deverá ser registrada na Delegacia de Polícia, não sendo necessária a presença da criança. Além disso, as decisões do Conselho Tutelar poderão ser revistas pela autoridade judiciária a pedido de quem tenha legítimo interesse (artigo 137, do ECA). Tal possibilidade é reflexo do princípio da inafastabilidade da jurisdição consubstanciado no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal.

Para os adolescentes, foi criado um sistema de responsabilização especial, estando sujeitos a medidas socioeducativas e a medidas de proteção. Como inimputabilidade não se confunde com irresponsabilidade, há um sistema jurídico especializado para que sejam apuradas a autoria e a materialidade do ato infracional e a para que seja prescrita a sua consequência.

⁵⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional. Medida socioeducativa é pena?* 2ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. P. 114.

João Batista Saraiva⁵¹, por sua vez, afirma haver um tríptico sistema de garantias no Estatuto da Criança e do Adolescente que atua de forma harmônica entre si: I – Sistema Primário de Garantias; II – Sistema Secundário de Garantias; III – Sistema Terciário de Garantias.

O Sistema Primário de Garantias tem como foco a universalidade, não havendo distinções no tratamento destinado a população infanto-juvenil brasileira e estabelece os fundamentos da política pública a ser executada que estariam nos artigos 4º e 85 a 87 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Sistema Secundário de Garantias tem como foco a criança e o adolescente que estão tendo seus direitos violados ou ameaçados de violação, isto é, tem por foco a criança e do adolescente enquanto vitimizados. Neste sistema, o ECA também prevê a aplicação de medidas protetivas à criança autora de ato infracional e de forma subsidiária ao adolescente na mesma condição.

O Sistema Terciário de Garantias tem por foco o adolescente em conflito com a lei, isto é, o adolescente na condição de vitimizador. A Lei prevê medidas socioeducativas que serão aplicadas após apurada a responsabilidade do adolescente respeitando o devido processo legal.

3.2. Procedimento de apuração de ato infracional praticado por adolescente

Como já salientado, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu um sistema especial de responsabilização aos adolescentes autores de ato infracional compatível com sua condição peculiar de pessoa

⁵¹ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e Ato Infracional*. 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 64.

em desenvolvimento, haja vista que não se pode imputar a um adolescente responsabilidade frente à legislação penal comum que se imputa a um adulto.

Paulo Henrique Fuller, Guilherme Dezem e Flávio Martins dividem o procedimento de apuração de ato infracional praticado por adolescente em três fases:

1. “Fase policial (arts. 171 a 178 do ECA): compreende a apuração preliminar do ato infracional e se encerra com o encaminhamento do auto de apreensão em flagrante, boletim de ocorrência circunstanciado ou relatório das investigações e demais documentos ao Ministério Público (arts. 175, *caput*, 176 e 177 do ECA);
2. Fase ministerial (arts. 179 a 182 do ECA): consiste na oitiva informal do adolescente, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas pelo Ministério Público (art. 179, *caput*, do ECA), que então delibera sobre as possibilidades contidas no art. 180 do ECA: (a) requerer o arquivamento dos autos (art. 181 do ECA); (b) conceder a remissão pré-processual (arts. 126, *caput* e 181 do ECA); (c) oferecer representação (a denúncia do processo penal) para aplicação de medida socioeducativa (art. 182 do ECA);
3. Fase judicial (arts. 183 a 190 do ECA): pressupõe o recebimento da representação oferecida pelo Ministério Público (art. 184, *caput*, do ECA) e se desmembra em:
 - a) *Audiência de apresentação* (art. 186, *caput* e §§1º e 2º, do ECA), com oitiva do adolescente, seus pais ou responsável, bem como possibilidade de remissão processual (arts. 126, parágrafo único e 188 do ECA);
 - b) *Defesa prévia* (art. 186, §3º, do ECA);
 - c) *Audiência em continuação* (art. 186, §4º, do ECA), com oitiva das testemunhas, debates orais e sentença sancionatória ou absolutória (arts. 189 e 190 do ECA).”⁵²

3.2.1. Fase policial

O adolescente só poderá ser apreendido mediante ordem judicial ou em flagrante de ato infracional conforme redação do artigo 106, *caput*, do ECA. Se for apreendido por ordem judicial, o adolescente deverá ser encaminhado ao Juiz da Vara de Infância e Juventude (art.171, do ECA) e

⁵² FULLER, Paulo Henrique Aranda; DEZEM, Guilherme Madeira; JÚNIOR, Flávio Martins Alves Nunes. *Estatuto da Criança e do Adolescente: difusos e coletivos*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 201 e 202.

no caso de apreensão em flagrante de ato infracional ele deverá ser encaminhado à autoridade policial (art. 172, *caput*, do ECA).

Importante destacar que a apreensão de adolescente que não se encontra em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita de autoridade judiciária tipifica o crime do artigo 230, *caput*, do ECA, estando o autor sujeito à pena de detenção de seis meses a dois anos.

No caso de o adolescente ser apreendido em flagrante de ato infracional em concurso com maior de dezoito anos e havendo repartição especializada para atendimento do adolescente, prevalecerá a competência da repartição especializa que, depois de tomadas todas providencia necessárias, encaminhará o maior à repartição policial própria conforme dispõe o artigo 172, parágrafo único do ECA.

Para que o adolescente se encontre em situação de flagrante de ato infracional é necessário que ele se enquadre em uma das situações previstas nos artigos 302 e 303 do Código de Processo Penal, pois conforme dispõe o artigo 152, *caput*, do ECA se aplicam subsidiariamente as normas do Código de Processo Penal ao procedimento de apuração de ato infracional praticado por adolescente.

Se a autoridade policial entender que não se trata de ato infracional ou se perceber que o adolescente não foi apreendido em flagrante de ato infracional ou por ordem judicial, deve ordenar a sua liberação imediata (art. 107, parágrafo único, do ECA), independentemente da presença de qualquer dos pais ou responsável, sob pena de incorrer no crime do artigo 234 do mesmo diploma legal.

No caso de apreensão, o adolescente goza de alguns direitos individuais, entre eles a identificação dos responsáveis pela sua apreensão,

devendo ser informado de seus direitos (art. 106, parágrafo único, do ECA). Tal determinação está de acordo com o art. 5º, incisos LXIII e LXIV da Constituição Federal, dispondo tais incisos que o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão e direito de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado.

Além disso, no artigo 107, caput, do ECA c/c o artigo 5º, LXII da Constituição Federal, determina que a apreensão do adolescente e o local onde ele se encontra recolhido deverão ser incontinenti comunicados à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada.

Se o adolescente for apreendido em flagrante de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, a autoridade policial deverá lavrar auto de apreensão, ouvindo as testemunhas e o adolescente (artigo 173, I, do ECA). Tratando-se de flagrante de ato infracional sem violência ou grave ameaça à pessoa, a lavratura do auto de apreensão poderá ser substituída por boletim de ocorrência circunstanciado, conforme o artigo 173, parágrafo único, do ECA.

Em qualquer uma das duas situações, a autoridade policial deverá apreender o produto e os instrumentos da infração e requisitar os exames ou perícias necessários à comprovação da materialidade e autoria da infração (art. 173, II e III, do ECA), pois para a aplicação das medidas socioeducativas do artigo 112, incisos II a VI, será necessária a existência de provas suficientes de autoria e materialidade da infração (art. 114, *caput*, do ECA).

A autoridade policial poderá liberar ou não o adolescente apreendido. Comparecendo qualquer dos pais ou responsável do adolescente, ele será prontamente liberado sob termo de compromisso e

responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público no mesmo dia ou, sendo impossível, no primeiro dia útil imediato (art. 174, primeira parte, do ECA). Sendo liberado o adolescente, o artigo 176 do ECA determina que a autoridade policial deverá encaminhar imediatamente ao representante do Ministério Público cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência. A liberação também ocorrerá no caso de prisão ilegal, como já explicitado anteriormente.

Poderá ocorrer a não liberação do adolescente pela autoridade policial quando não houver o comparecimento de qualquer dos pais ou responsável (art. 174, primeira parte, do ECA) ou quando pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública (art. 174, segunda parte, do ECA).

De acordo com o artigo 175 do ECA, não havendo liberação, a autoridade policial encaminhará o adolescente ao representante do Ministério Público, juntamente com cópia de apreensão ou boletim de ocorrência.

Se não houver hipótese de flagrante, mas indícios de que o adolescente tenha praticado ato infracional, o artigo 177 do ECA determina que a autoridade policial encaminhará ao representante do Ministério Público relatório das investigações e demais documentos.

Respeitando a peculiar condição do adolescente de pessoa em desenvolvimento e em consonância com a Doutrina da Proteção Integral, determina o artigo 178 do ECA que o adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional não poderá ser levado ou transportado em compartimento fechado de veículo policial, ou seja, não poderá ser transportado nos denominados “camburões”, em condições atentatórias à

sua dignidade, ou que impliquem risco à sua integridade física ou mental, sob pena de quem descumprir tal mandamento incorrer na prática do crime do artigo 232 do ECA.

Quanto ao uso de algemas, o STF tem admitido, desde que respeitadas as regras constantes no enunciado da Súmula Vinculante 11: em casos de resistência ou de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia. Caso contrário, o uso de algemas poderá levar à responsabilização do agente ou autoridade.

Determinam o artigo 109 do Estatuto da Criança e do Adolescente e o artigo 5º, LVIII da Constituição Federal que a identificação compulsória do adolescente, pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, constitui medida excepcional, para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada.

3.2.2. Fase Ministerial

Tendo sido apresentado o adolescente ao representante do Ministério Público, este, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, deverá proceder a imediatamente a sua oitiva informal e, sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas, conforme dispõe o artigo 179, *caput*, do ECA.

O parágrafo único do artigo 179 dispõe que se o adolescente não for apresentado o representante do Ministério Público notificará os pais ou responsável para a apresentação do adolescente, podendo solicitar a atuação das Polícias Civil e Militar.

Após a oitiva informal, o representante do Ministério Público poderá promover o arquivamento dos autos, conceder remissão como forma de exclusão do processo (artigo 126, *caput*, do ECA) ou representar à autoridade judiciária para aplicação de medida socioeducativa, de acordo com redação do artigo 180, incisos I, II e III, do ECA.

A remissão de que fala o inciso II do artigo 180 é a chamada remissão pré-processual concedida pelo Ministério Público. Essa espécie de remissão consagra o princípio da oportunidade, na medida em que o Ministério Público não tem obrigação de oferecer representação e, portanto, não propor a ação socioeducativa.

Tendo sido concedida a remissão pelo Ministério Público, mediante termo fundamentado contendo o resumo dos fatos, os autos serão conclusos à autoridade judiciária para homologação (artigo 181, *caput*, do ECA). Discordando a autoridade judiciária da remissão, fará remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, mediante despacho fundamentado. O Procurador-Geral de Justiça poderá oferecer representação, designar outro membro do Ministério Público para oferecê-la, ou ratificar o arquivamento ou a remissão, devendo a autoridade judiciária homologar (artigo 181, §2º, do ECA).

No caso da remissão pré-processual, há uma discussão sobre a possibilidade de o Ministério Público, no momento da concessão, aplicar medida socioeducativa não privativa de liberdade. Há duas posições: a primeira defende a possibilidade de aplicação, na medida em que o artigo 127 do ECA ao falar que na remissão pode ser incluída a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e internação, não faz distinção entre a remissão ministerial ou judicial; a segunda posição opta pela impossibilidade, pois a autoridade

competente para aplicar medida socioeducativa é o Juiz da Infância e da Juventude, tendo em vista ser uma atividade tipicamente jurisdicional.

Essa segunda posição está de acordo com o entendimento do STJ, sedimentado na sua Súmula 108 que diz: “A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz”. Já o STF tem um entendimento conciliador entre as duas posições ao afirmar que o Ministério Público, ao conceder remissão, não poderia aplicar a medida diretamente, mas poderia propor à autoridade judiciária a inclusão de medida socioeducativa no momento da homologação da remissão.

No que diz respeito a oitiva informal, mesmo com ausência de previsão legal, há quem entenda que é necessária a presença de advogado, tanto constituído como nomeado, haja vista que a oitiva informal pode influenciar na decisão do Ministério Público quanto ao arquivamento, remissão ou representação.

Se o representante do Ministério Público não promover o arquivamento, nem conceder a remissão, deverá oferecer a representação ao Juiz da Infância e da Juventude, propondo a instauração de procedimento para que seja aplicada a medida socioeducativa mais adequada ao adolescente autor de ato infracional.

Importante salientar que a ação socioeducativa é de iniciativa pública incondicionada, não havendo possibilidade de ser de iniciativa privada ou condicionada à representação do ofendido como no processo penal. O Estatuto da Criança e do Adolescente conferiu titularidade exclusiva ao Ministério Público para propor a instauração de procedimento para aplicação de medida socioeducativa (artigo 201, II, do ECA).

A representação será oferecida por petição contendo breve resumo dos fatos e a classificação do ato infracional e, quando necessário, o rol de testemunhas, assim como independe de prova pré-constituída da autoria e materialidade (artigo 182, §§1º e 2º, do ECA).

3.2.3. Fase Judicial

Ao receber a representação, o juiz poderá rejeitá-la liminarmente quando ela desatender aos requisitos do artigo 182, §1º, do ECA, quando a representação for oferecida devido a ato infracional praticado por criança (artigo 105, do ECA), quando o autor do ato infracional tiver a idade de 21 anos não podendo mais se sujeitar à legislação infanto-juvenil (artigos 2º, parágrafo único, 120, §2º e 121, §5º, do ECA), quando a conduta praticada não configurar ato infracional (artigo 103 do ECA) ou quando o sujeito autor da infração for imputável penalmente no momento da prática da conduta (artigo 104 do ECA).

O artigo 184 do ECA estabelece que oferecida a representação e recebida pela autoridade judiciária, esta deverá designar audiência de apresentação do adolescente, decidindo, desde logo, sobre a decretação ou manutenção da internação provisória.

O adolescente e seus pais deverão ser cientificados do teor da representação e notificados para comparecer à audiência de apresentação, devendo estar acompanhados por advogado (artigo 184, §1º, do ECA). Caso o adolescente não seja localizado, o Juiz da Infância e da Juventude expedirá mandado de busca e apreensão, sobrestando o feito até que haja a efetiva apresentação (artigo 182, §3º, do ECA).

Diante do comparecimento do adolescente, dos pais ou responsável, a autoridade judiciária irá proceder a oitiva dos mesmos, podendo requisitar

a opinião de profissional qualificado. Em obediência ao artigo 152, *caput*, do ECA, a oitiva do adolescente deverá seguir as mesmas regras para o interrogatório do processo penal, consubstanciadas nos artigos 185 a 196 do CPP.

Se a autoridade judiciária entender adequada a concessão da remissão, como forma de suspensão ou exclusão do processo, deverá ouvir o representante do Ministério Público, proferindo decisão a respeito (artigos 186, §1º e 188, *caput*, do ECA).

A remissão processual concedida pelo Juiz da Infância e da Juventude ensejará a extinção do processo quando for constituir perdão simples sem aplicação de qualquer medida, ou quando incluir aplicação de medida que se esgote em si mesma, como a medida socioeducativa de advertência (artigo 115 do ECA). No entanto, a remissão ensejará a suspensão do processo quando incluir medida socioeducativa de obrigação de reparar o dano, de prestação de serviços à comunidade ou de liberdade assistida, previstas nos artigos 116 a 119 do ECA.

Caso haja descumprimento da medida socioeducativa transacionada com o adolescente em sede de remissão, o procedimento será reiniciado, isto é, a persecução socioeducativa poderá ser retomada, com a possibilidade de aplicação da medida de semiliberdade e de internação.

Sendo grave o fato cometido pelo adolescente, passível de aplicação de medida privativa de liberdade, a autoridade judiciária, percebendo que o adolescente não tem advogado constituído, nomeará um defensor e designará audiência de continuação (artigo 186, §2º, do ECA). Nesta audiência serão ouvidas as testemunhas, o Ministério Público e o defensor, proferindo a autoridade judiciária a decisão (artigo 186, §4º, do ECA).

Se a autoridade judiciária reconhecer na sentença que está provada a inexistência do fato, que o fato não constitui ato infracional ou que não existe prova de que o adolescente concorreu para o ato infracional, não aplicará medida socioeducativa e estando o adolescente internado, será colocado em liberdade imediatamente (artigo 189, parágrafo único, do ECA).

Se a autoridade judiciária aplicar na sentença medida privativa de liberdade, a intimação da sentença deverá ser feita ao adolescente e ao defensor. Se o adolescente não for encontrado, a intimação será feita a seus pais ou responsável, sem prejuízo do defensor. Sendo qualquer uma das outras medidas aplicadas, a intimação será feita unicamente ao defensor (artigo 190 do ECA).

3.2.4. Garantias processuais do adolescente autor de ato infracional

O Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe em seus artigos 110 e 111 uma série de garantias processuais em favor do adolescente a quem se atribui a prática de ato infracional. Além das garantias elencadas no Estatuto, ao adolescente infrator são asseguradas as mesmas garantias que fazem jus os adultos no processo penal.

Não há intenção de se esgotar todas as garantias processuais asseguradas ao adolescente autor de ato infracional neste tópico, mas apenas discutir um pouco algumas delas.

3.2.4.1. Devido Processo Legal

O Princípio do Devido Processo Legal está consubstanciado do artigo 110 do Estatuto da Criança e do Adolescente e no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal, garantindo que nenhum adolescente será

privado de sua liberdade sem a estrita observância de todo o procedimento especial criado pelo Estatuto, além de outras garantias penais e processuais penais de nosso sistema jurídico.

Ao adolescente é assegurada uma gama de direitos legais e constitucionais. Todavia, não lhe é assegurada a obediência apenas às regras procedimentais, tendo direito também a um processo justo e razoável, no qual se verifique, entre outros direitos, o contraditório, a ampla defesa, a obrigatoriedade de defesa técnica por advogado, a igualdade das partes no processo, a anterioridade, a individualização da pena e a presunção de inocência.

Neste sentido, ensina João Batista Saraiva:

“Nesta garantia ao devido processo legal, constitui-se, em resumo, o direito a todas as prerrogativas processuais asseguradas pela própria ordem constitucional e pela lei, notadamente aqueles mandamentos constitucionais relativos ao princípio do juiz natural, pois não haverá juízo ou tribunal de exceção, devendo cada um responder perante o juiz competente (art. 5º, XXXVII e LII), a garantia aos privados de liberdade do respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX), o asseguramento dos acusados em geral do contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV), o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII), a obrigatoriedade do relaxamento da prisão ilegal (art. 5º, LXV), enfim, todos os direitos decorrentes da ordem constitucional, se tendo presente que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, LXXVII e §1º).”⁵³

Murilo Digácomo também contribui para o entendimento do Princípio do Devido Processo Legal:

“Com efeito, o **princípio constitucional do devido processo legal**, insculpido no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, constitui-se num dos pilares do chamado “*Estado Democrático de Direito*”, visando colocar o cidadão a salvo de todas as formas de **arbítrio Estatal**, pelo que compreende não apenas a estrita (e indispensável) observância dos **preceitos legais específicos** aplicáveis a um procedimento instaurado com vista à responsabilização do indivíduo acusado da prática de um ilícito qualquer (notadamente quando isto possa resultar sua privação de liberdade), mas também – e fundamentalmente – **dos princípios** que

⁵³ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional*. 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 107.

norteiam a matéria, na medida em que sua subversão impede (ao menos nesse sentido milita uma **presunção absoluta**) que se atinja uma decisão adequada – e acima de tudo justa.”⁵⁴

Com a garantia do Devido Processo Legal não há mais a figura do Juiz de Menores que com a finalidade de “curar” o menor presumia sua delinquência e privava sua liberdade sem respeitar um processo justo e razoável. Desta forma, desaparece um julgador com poderes ilimitados exercendo função não estritamente jurisdicional, como forma de controle social, para dar lugar a um juiz limitado pelos princípios e garantias processuais.

3.2.4.2. Pleno e formal conhecimento de atribuição de ato infracional

A representação realizada pelo representante do Ministério Público, como peça inaugural da ação socioeducativa, deverá conter a descrição do fato que é atribuído ao adolescente, com todas as suas circunstâncias. Se não houver especificação do ato infracional e a qualificação do adolescente deverá ser rejeitada liminarmente pelo Juiz da Infância e Juventude. Esses requisitos necessários à petição da representação previstos no artigo 182, §1º, do ECA se correlacionam com os requisitos da denúncia previstos no artigo 41 do Código de Processo Penal.

A pretensão do Ministério Público na representação deve ser de conhecimento do adolescente a quem se imputa a prática de ato infracional por meio de citação ou meio equivalente, pois tendo conhecimento de toda a acusação que lhe é feita reunirá meios para se defender. Desta forma,

⁵⁴ DIGÁCOMO, Murilo. Garantias processuais do adolescente autor de ato infracional – O procedimento para apuração de ato infracional à luz do direito da criança e do adolescente. In: Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização. 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2013. P. 230.

determina o artigo 184, §1º, do ECA que o adolescente será cientificado do teor da representação.

A garantia de pleno e formal conhecimento de atribuição de ato infracional constitui-se garantia constitucional insculpida no artigo 227, §3º, IV da Constituição Federal.

3.2.4.3. Igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias a sua defesa

A igualdade na relação processual decorre dos princípios do contraditório e da ampla defesa consubstanciados no art. 5º, LV da Constituição Federal, bem como no artigo 227, §3º, IV. Trata-se, portanto, de expressa garantia constitucional assegurada a todos os adolescentes, visando possibilitar paridade de armas entre as partes, isto é, iguais possibilidades de defesa entre as partes.

O adolescente poderá requerer a realização de perícias e a oitiva de testemunhas arroladas na defesa no prazo de três dias contados da audiência de apresentação (art. 186, §3º, do ECA). No entanto, é possível que seja requerida na própria audiência de apresentação, bem como em alegações finais, quando se pleiteará a que o julgamento se converta em diligência.

O princípio da igualdade na relação processual está consagrado na parte final da regra 7.1 de Beijing:

“7.1 Respeitar-se-ão as garantias processuais básicas em todas as etapas do processo, como a presunção de inocência, o direito de ser informado das acusações, o direito de não responder, o direito à assistência judiciária, o direito à

presença dos pais ou tutores, o direito à confrontação com testemunhas e a interrogá-las e o direito de apelação ante uma autoridade superior.”⁵⁵

3.2.4.4. Defesa Técnica por Advogado

A indispensabilidade do advogado à administração da justiça está consagrada no artigo 133 da Constituição Federal, constituindo-se em primado de ordem constitucional. Se um adolescente está sendo submetido a uma ação socioeducativa que respeita o princípio do devido processo legal, faz-se indubitável seu direito à defesa técnica por advogado.

Tal direito vem expresso nos artigos 227, §3º, IV e 5º, LXIII, ambos da Carta Magna e repetido nos artigos 111, III e 207 do Estatuto da Criança e do Adolescente, impondo a necessidade da defesa do adolescente por advogado sempre que lhe for atribuída a prática de ato infracional em processo judicial.

O artigo 207 do Estatuto não se conforma com o artigo 186, §2º que estabelece que haverá necessidade de nomeação de um defensor, caso o adolescente esteja desacompanhado de advogado, apenas quando se tratar de fato grave. Ora, se há oitiva no adolescente na audiência de apresentação conforme dispõe o artigo 186, caput, do ECA, torna-se imperiosa a presença de seu advogado, sob pena de violação dos princípios do contraditório e ampla defesa. (artigo 5º, LV, da CF).

O advogado deve atuar efetivamente no processo, exercendo uma postura ativa de forma a combater os argumentos do Ministério Público presentes na representação conforme decidiu o STF⁵⁶. Desta forma,

⁵⁵ DHNET. *Regras de Beijing*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex47.htm> Acessado em 16 de outubro de 2014.

⁵⁶ Defesa e due process: aplicação das garantias ao processo por atos infracionais atribuídos a adolescente.1. Nulidade do processo por ato infracional imputado a adolescentes, no qual o

competete ao advogado combater a medida socioeducativa de internação, haja vista que a imposição de tal medida é de caráter excepcional.

3.2.4.5. Assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados na forma da lei

A assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei está consagrada no artigo. 5º, LXXIV, da CF, constituindo-se em garantia constitucional e tem por objetivo possibilitar a defesa técnica por advogado àqueles que não possuem condições econômicas de constituir um. Assim, é possível dar efetividade à garantia constitucional da defesa técnica por profissional habilitado.

Além de garantia constitucional, a assistência judiciária gratuita é também garantia legal consubstanciada nos artigos 111, IV e 141, §1º, do ECA, sendo prestada a todos que dela necessitarem, sob responsabilidade do Estado. O fundamento desta garantia é o acesso à justiça, pois se uma pessoa pobre ficasse sem defesa técnica, restaria claro o desequilíbrio entre as partes na relação processual.

defensor dativo aceita a versão de fato a eles mais desfavorável e pugna por que se aplique aos menores medida de internação, a mais grave admitida pelo Estatuto legal pertinente.² As garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo penal - como corretamente disposto no ECA (art. 106- 111) - não podem ser subtraídas ao adolescente acusado de ato infracional, de cuja sentença podem decorrer graves restrições a direitos individuais, básicos, incluída a privação da liberdade.³ A escusa do defensor dativo de que a aplicação da medida socioeducativa mais grave, que pleiteou, seria um benefício para o adolescente que lhe incumbia defender - além do toque de humor sádico que lhe emprestam as condições reais do internamento do menor infrator no Brasil - é revivescência de excêntrica construção de Carnellutti - a do processo penal como de jurisdição voluntária por ser a pena um bem para o criminoso - da qual o mestre teve tempo para retratar-se e que, de qualquer sorte, à luz da Constituição não passa de uma curiosidade. (RE 185.571, 1ª. T., j. 13.02.2001, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 06.04.2001).

3.2.4.6. Direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente

Esta garantia processual de ser ouvido pessoal pela autoridade competente também tem por fundamento o acesso à justiça insculpido nos artigos 5º, XXXV, da CF e 141 do ECA. Constitui-se, ainda, reconhecimento dos princípios do contraditório e ampla defesa, assegurando o direito do adolescente a quem se imputa autoria de ato infracional o direito de ser ouvido.

Tal direito assegura ao adolescente ser ouvido não apenas pela autoridade judiciária, como também pela autoridade policial, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública. Desta forma, será possível que o adolescente apresente sua defesa pessoal, contando a sua versão do fato a quem possui competência para ouvi-lo.

Apesar de gozar desta prerrogativa de ser ouvido pela autoridade competente, o adolescente poderá optar pelo silêncio, na medida em que constitui-se direito constitucional permanecer calado (art. 5º, LXIII, da CF).

3.2.4.7. Direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento

Em respeito à condição peculiar de desenvolvimento em que se encontra o adolescente, o estatuto garante ao adolescente a quem se imputa autoria de ato infracional o direito de solicitar a presença dos pais ou responsável em qualquer fase do procedimento no seu artigo 111, VI.

Se ao adulto é assegurado o direito de comunicar-se com familiar em caso de imputação de fato criminoso com a imediata comunicação da prisão à família ou alguém indicado por ele (artigo 5º, LXII, da CF), tal direito é

também assegurado ao adolescente e se estende para qualquer fase do procedimento, haja vista a imperativa notificação dos pais ou responsável do teor da representação (artigo 184, §1º, do ECA), notificação no caso de requisição da apresentação do adolescente internado (artigo 184, §4º, do ECA) e a notificação para a realização de oitiva pela autoridade judiciária (artigo 186, *caput*, do ECA).

Entre as garantias processuais enumeradas no artigo 7.1 da Regras de Beijing está o direito à presença dos pais ou tutores como garantia processual básica em todas as etapas do processo, tendo sido transportada ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

3.2.4.8. Direito à celeridade do processo

Em consonância ao princípio da prioridade absoluta consubstanciado no artigo 227 da Constituição Federal, faz-se necessária a resposta rápida do Estado quando do processo da ação socioeducativa tendo por objetivo a recuperação do adolescente autor de ato infracional, haja vista ser a adolescência uma fase em que há mais facilidade de se ajustar condutas antissociais se comparada a fase adulta.

Sobre o tema, Danielle Barbosa e Thiago Souza fazem a seguinte observação:

“Fala-se, nesse diapasão, que a adolescência corresponde ao período da vida mais receptivo à intervenção no processo de formação da identidade humana. De fato, somam-se, nessa etapa, a capacidade do homem de compreender as regras da vida e a possibilidade de alteração de sua identidade, que ainda não se encontra definitivamente acabada, deve-se, por isso, conferir augusta atenção ao tratamento que se destina especificamente a educar o adolescente infrator.”⁵⁷

⁵⁷ BARBOSA, Danielli Rinaldi; SOUZA, Thiago Santos de. *Direito da criança e do adolescente: proteção, punição e garantismo*. Curitiba: Editora Juruá, 2013. P. 134.

Assim, se ao adolescente for destinada a orientação e educação adequadas no início de práticas infracionais, há grandes chances de se obter a sua reeducação de modo a manter comportamentos socialmente aceitáveis pelo resto de sua vida. No entanto, se houver falhas na socialização, condutas socialmente censuráveis serão reiteradamente praticadas como integração da sua personalidade, tornando-se quase impossível sua ressocialização no futuro.

O adolescente deve ter prioridade de julgamento nos processos nos quais configura como autor de ato infracional, de forma a possibilitar que a medida socioeducativa seja aplicada de modo célere para que não venha se distanciar temporalmente da conduta praticada, haja vista as constantes transformações nesta etapa da vida do indivíduo.

Se houver demora na aplicação da medida, pode acontecer de o adolescente ter revisto suas atitudes sozinho e alterado seus comportamentos e a medida caracterizar-se como punição, pois não haverá mais finalidade pedagógica a ser perseguida.

Apesar de o procedimento exigir prioridade absoluta e presteza na sua resolução, não poderá haver atropelo das garantias processuais asseguradas ao adolescente, de modo que, nas palavras de João Batista⁵⁸, “a justiça célere não venha a produzir injustiça rápida”.

O Estatuto da Criança e do adolescente fixou alguns prazos em favor do adolescente como o prazo máximo de 45 dias para a internação provisória (artigo 108), prazo máximo de seis meses para avaliações no caso medida de internação (artigo 121, §2º) e, no caso de apreensão, o

⁵⁸ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente a ato infracional*. 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 130.

prazo máximo de 24 horas para a Autoridade Policial apresentar o adolescente ao Ministério Público (artigo 175, §1º).

Caso a autoridade descumpra injustificadamente os prazos fixados no Estatuto, estará configurado o crime disposto no seu artigo 235 que impõe pena de seis meses a dois anos para a autoridade que descumprir injustificadamente o prazo estabelecido na Lei em favor do adolescente privado de liberdade.

3.3. Medidas socioeducativas

3.3.1. Natureza jurídica

As medidas socioeducativas são medidas aplicadas ao adolescente autor de ato infracional depois de observado o devido processo legal e estão elencadas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente. No entanto, o Estatuto não definiu a natureza jurídica das medidas socioeducativas, gerando grandes discussões entre os estudiosos do direito da criança e do adolescente sobre esse tema.

Parte da doutrina afirma o caráter pedagógico e não-sancionatório da medida socioeducativa, ao passo que outra parte defende sua natureza sancionatória, punitiva e retributiva, apesar de possuir finalidades pedagógicas. Parte da doutrina defende, portanto, a dupla face da medida socioeducativa: a sancionadora e a educativa.

A doutrina que afirma o caráter pedagógico da medida socioeducativa é defensora do Direito Infracional, de caráter extrapenal, contrapondo-se a doutrina que afirma ser o direito da criança e do adolescente um Direito Penal Juvenil.

Os defensores do Direito Infracional de caráter extrapenal afirmam que o Poder Constituinte, ao consagrar a Doutrina da Proteção Integral, pretendeu destinar ao adolescente autor de ato infracional um tratamento diferenciado daquele destinado ao adulto a quem se imputa a prática de algum crime, tratamento de natureza extrapenal, sem, contudo, deixar de assegurar-lhe garantias processuais penais que visam coibir as arbitrariedades do Estado. Essas garantias seriam asseguradas não pela natureza sancionatória das medidas, e sim porque os adolescentes são considerados sujeitos de direito pela novel legislação.

Tal doutrina entende que o direito da criança e do adolescente está totalmente desvinculado do direito penal e que a única forma de efetivar os direitos e garantias da população infanto-juvenil, mais especificamente aos adolescentes acusados da prática de infracional, seria negar que haja uma responsabilização penal desses menores infratores, recaindo sobre tais indivíduos medidas apenas de cunho pedagógico, pois se fosse de natureza retributiva seria impossível a reeducação e ressocialização do adolescente.

Dentre os que se posicionam contra o Direito Penal Juvenil e a natureza sancionatória-retributiva da medida socioeducativa, está o doutrinador Mário Luiz Ramidoff, esclarecendo que:

“(...) Logo, não se pode legitimamente admitir que a medida socioeducativa represente uma punição (dever ser), em que pese, não raras vezes, ser aplicada e cumprida como se pena fosse (ser) – a sua constatação fática de ser uma mera retribuição. Entretanto, não é o Direito Penal Juvenil (Mínimo) que dará conta de impedir ou mesmo alterar essa situação fática, pois, caso isso fosse possível, certamente já teria sido há muito tempo utilizado para a jurisdição penitenciária aplicável aos adultos que se encontram nos presídios, nas cadeias públicas e nos demais estabelecimentos penais. A medida socioeducativa enquanto punição é a impossibilidade material da (re)socialização/(re)educação, enfim, do próprio cunho sócio-pedagógico, quando não, a possibilidade material da repressão-punição (caráter sancionatório), isto é, da punição do jovem, proporcionalmente ao “mal” praticado (penitencialização). Não é possível (res)socializar quem ainda se encontra no estágio existencial da constituição de sua própria subjetividade, no

fundo, o que se deve evitar agora é sinceramente a sua dessocialização que se opera através da institucionalização prematura e duradoura.”⁵⁹

Compartilhando da mesma posição, diz Murilo Digácomo:

“Assim sendo, por mais nobres que sejam os fins almejados pelos defensores do “Direito Penal Juvenil”, a adoção deste como meio para evitar os abusos cometidos seguramente não é a melhor opção, máxime ante a elementar constatação de que **não é a falta de regulamentação, mas sim a falta de aplicação** das normas processuais já previstas no ordenamento jurídico e dos **princípios** que regem a aplicação e a execução das medidas socioeducativas a **causa determinante** das distorções e arbitrariedades acima referidas.

A **verdadeira – e definitiva** – solução do problema, portanto, exige uma abordagem **diametralmente oposta** à proposta pelos defensores do “Direito Penal Juvenil”, pois somente se dará por intermédio do **fortalecimento** do Direito da Criança e do Adolescente e seus institutos, com a correta compreensão e integral aplicação das normas e, acima de tudo, dos **princípios** estatutários que regem a matéria, o que além de trazer um benefício direto ao adolescente atendido pela Justiça da Infância e da Juventude (que como veremos melhor adiante não estará preocupada apenas com a sua “punição”, mas sim **comprometida** com a sua **proteção integral**, tal qual preconizado pelo art. 1º estatutário), seguramente irá também trazer reflexos positivos a todo “**Sistema de Garantias dos Direitos da Criança e do Adolescente**” e à população em geral.”⁶⁰

Por outro lado, os defensores do Direito Penal Juvenil acreditam que não há problema algum de se reconhecer a natureza penal da medida socioeducativa, pois ao invés de representar um retrocesso à Doutrina da Situação Irregular e as arbitrariedades estatais, proporciona vários benefícios ao adolescente autor de ato infracional, na medida em que salvaguarda os princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente e impede a atuação discricionária do Estado, limitado às diretrizes do devido processo legal.

Tal posição entende que quando o Legislador Constituinte afirmou que os menores de dezoito anos estariam sujeitos às normas da legislação

⁵⁹ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas*. 3ª Edição. Curitiba: Editora Juruá. 2011. P. 107.

⁶⁰ DIGÁCOMO, Murilo. *Garantias processuais do adolescente autor de ato infracional – O procedimento para apuração de ato infracional – a luz do direito da criança e do adolescente*. In: *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2013. P. 209.

especial quis dizer que, quando da prática de ato infracional, o adolescente estaria sujeito às sanções da legislação especial (diferentes, é claro, das penas destinadas aos imputáveis), levando em conta sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, de forma que não se pode confundir a inimputabilidade com irresponsabilidade. Embora sejam os adolescentes inimputáveis frente a legislação penal comum, são responsabilizados pelas normas da legislação especial.

A medida socioeducativa tem natureza retributiva porque só é aplicada ao adolescente autor de ato infracional. Tal medida é uma resposta Estatal mediante a prática de uma conduta infracional, afirmando sua reprovabilidade. Por melhor finalidade educacional que a medida possa ter, tem forte caráter punitivo.

Apesar de sua natureza punitiva, os defensores do Direito Penal Juvenil afirmam que a medida socioeducativa é executada por meio de ações que visam a convivência familiar e comunitária do adolescente, buscando atingir fins pedagógicos e educacionais.

Dentre os defensores do Direito Penal Juvenil e da natureza punitiva da medida socioeducativa, encontra-se Mario Volpi:

“As medidas socioeducativas comportam aspectos de natureza coercitiva, uma vez que são punitivas aos infratores, e aspectos educativos no sentido da proteção integral e oportunização, e do acesso à formação e informação. Sendo que em cada medida esses elementos apresentam graduação de acordo com a gravidade do delito cometido e/ou sua reiteração.”⁶¹

Em concordância com a natureza sancionatória da medida socioeducativa, comenta Karyna Sposato que:

⁶¹ VOLPI, Mário. *O adolescente e o ato infracional*. 9ª edição. São Paulo: Editora Cortez, 2011. P. 20.

“É importante frisar que o reconhecimento do caráter penal e sancionatório da medida socioeducativa não retira a tarefa e o desafio pedagógico que se colocam para a Justiça da Infância e Juventude e para os programas de atendimento socioeducativo. Este aspecto relaciona-se em primeiro lugar com a identificação das finalidades a que se destinam as sanções e sua interface com as demais políticas, e em segundo com a concepção de adolescente, enquanto sujeito de direitos.”⁶²

Kayna Sposato⁶³ esclarece, ainda, que o Direito Penal Juvenil, assim como o Direito Penal comum, possui as características de subsidiariedade e fragmentariedade, relevando-se como *ultima ratio* no sistema de direitos inaugurado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A sua incidência será restrita à prática de ato infracional por adolescente e quando falharem as políticas sociais básicas e protetivas, entrando em cena a política socioeducativa.

Finalizando a tese defensiva do Direito Penal Juvenil, afirma João Batista Saraiva:

“Por fim, cumpre dizer que a “autonomia” do Direito da Criança, sustentada por alguns operadores do Direito da Infância para afastar a ideia de um Direito Penal Juvenil, acaba produzindo e contribuindo para reeditar, de forma travestida, o festival de eufemismos e de desrespeito ao direito de cidadania que marcou o Código de Menores, fazendo a operação do Estatuto da Criança e do Adolescente com a lógica da Doutrina da Situação Irregular, fazendo das medidas socioeducativas instrumentos de política “de bem-estar de menores”, de triste experiência nestes brasis.

Esta autonomia resultaria basicamente de Princípio da Prioridade Absoluta e do sempre invocado Princípio do Superior Interesse da Criança. Ambos os argumentos não têm o condão de desfazer o sentido da afirmativa de o Estatuto da Criança e do Adolescente haver consagrado um sistema de responsabilidade penal juvenil, integrado a um sistema de justiça, em um sistema normativo, cuja validade e eficácia somente pode ser reconhecida a partir de seu assento constitucional. Em verdade o afirma.”⁶⁴

⁶² SPOSATO, Karyna Batista. *Princípios e garantias para um direito penal juvenil*. In: *Justiça, adolescente a ato infracional: socioeducação e responsabilização*. 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2013. P. 254.

⁶³ Ibid. P. 255-256.

⁶⁴ SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença a proteção integral. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2013. P. 132.

Consideramos mais adequada a posição que defende existir um Direito Infracional, de caráter extrapenal, na medida em que são impostas medidas protetivas e/ou socioeducativas aos adolescentes autores de atos infracionais com o fito de educa-los e ressocializa-los. A maior preocupação do legislador foi a proteção dessas pessoas em desenvolvimento, mesmo quando suas práticas estão em desacordo com a lei. A medida socioeducativa não tem, portanto caráter retributivo ou punitivo, mas sim pedagógico, buscando sempre respostas positivas por parte do adolescente que está sendo submetido ao sistema socioeducativo para que ele seja plenamente reintegrado ao convívio social.

3.3.2. Considerações iniciais acerca da aplicação das medidas socioeducativas

O artigo 112 do Estatuto da Criança e do adolescente enumera um rol taxativo de medidas socioeducativas que poderão ser aplicadas ao adolescente autor de ato infracional, sendo divididas em medidas de meio aberto e medidas privativas de liberdade. Entre as medidas de meio aberto estão a de advertência, reparação do dano, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida. Já as medidas privativas de liberdade são a de semiliberdade e internação.

Ao aplicar a medida socioeducativa ao adolescente a quem se imputa a prática de ato infracional, autoridade judiciário deve levar em conta a sua capacidade de cumpri-la, assim como as circunstancias e a gravidade da infração, conforme disposição do artigo 112, §1º, do ECA.

Além disso, o artigo 100 do mesmo diploma legal determina que na aplicação das medidas socioeducativas, devem ser consideradas as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Com o fito de dar efetividade as normas do Estatuto no que concerne a execução medidas socioeducativas, foi criada a Lei 12.594/2012 (Lei de Execução das Medidas Socioeducativas) instituindo juridicamente o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE)

Em concordância com o artigo 100 do Estatuto, o artigo 35, inciso IX da Lei 12.594/2012 estabelece que a execução da medida socioeducativa reger-se-á pelo princípio do fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários do processo socioeducativo.

3.3.3. Espécies de medidas socioeducativas

3.3.3.1. Advertência

Trata-se da mais branda de todas as medidas e recomendada para atos infracionais de menor gravidade. Tal medida está insculpida no artigo 112, I e 115 do Estatuto da Criança e do Adolescente, constituindo-se em admoestação verbal, que deverá ser reduzida a termo e assinada pelo adolescente e seus pais ou responsável, pelo Ministério Público e pelo Juiz da Infância e da Juventude numa audiência admonitória marcada para esse fim, pois será uma medida aplicada de forma solene.

A autoridade judiciária lavará o adolescente a refletir sobre o ato infracional cometido, conscientizando-o, de forma educativa e coercitiva, das consequências do ato praticado a fim de o adolescente não venha a cometê-lo novamente.

O artigo 114, parágrafo único do estudo indica que para a aplicação da medida socioeducativa de advertência será necessária a prova da materialidade do ato infracional e apenas indícios de autoria.

João Saraiva entende ser inconstitucional o parágrafo único do artigo 144 do ECA, pois “não é possível advertir quem nada admite, ou aquele de quem não se prova que tenha participado do fato. Se nada admite, não há do que ser advertido. Poderá ser processado”.⁶⁵

A medida de advertência pode ser aplicada em sede de remissão (artigos 127 e 180, II, do ECA) concedida pelo Ministério Público, resultando na extinção do processo quando da apresentação do adolescente para oitiva informal. Pode ser também aplicada ao final do procedimento, quando se revelar a medida mais adequada.

Paulo Fuller, Guilherme Dezem e Flávio Martins entendem que:

“(...) a advertência não deveria ser aplicada em sentença sancionatória sem a comprovação de autoria, em face da regra probatória derivada do princípio da presunção de inocência (art.5º, LVII, da CF e art. 156, *caput*, do CPP) e dos efeitos secundários da medida socioeducativa – possibilidade de internação em atos infracionais posteriores, por “reiteração no cometimento de outras infrações graves” (art. 122, II, do ECA).”⁶⁶

3.3.3.2. Obrigação de reparar o dano

A medida socioeducativa de reparar o dano disposta nos artigos 112, II e 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente traduz a hipótese de a autoridade judiciária determinar que o adolescente autor de ato infracional restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano ou compense o prejuízo da vítima quando seu ato tiver reflexos patrimoniais.

⁶⁵ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 181.

⁶⁶ FULLER, Paulo Henrique Aranda; DEZEM, Guilherme Madeira; JÚNIOR, Flávio Martins Alves Nunes. *Estatuto da Criança e do Adolescente: difusos e coletivos*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 124.

O objetivo desta medida socioeducativa é fazer com que o adolescente se sinta responsável pelo dano que causou e venha repará-lo, como também tomar os cuidados necessários para que não venha dar azo ao prejuízo de outrem novamente.

A reparação do ano deve permitir que o adolescente tenha capacidade de praticá-la, restaurando, através de seus próprios meios, o prejuízo que a vítima sofreu. Desta forma, entende Wilson Donizete que “essa medida tem caráter personalíssimo e intransferível, devendo o adolescente ser o responsável exclusivo pela reparação do dano.”⁶⁷

Havendo, no entanto, manifesta impossibilidade de reparação do ano, a medida poderá ser substituída por outra medida socioeducativa mais adequada, de acordo com o parágrafo único do artigo 116 do estatuto.

3.3.3.3. Prestação de serviços à comunidade

A medida de prestação de serviços à comunidade está prevista nos artigos 112, III e 117 do Estatuto da Criança e do Adolescente e consiste na realização de tarefas de interesses geral de forma gratuita nas entidades assistenciais, nas escolas, nos hospitais, podendo ser também em programas comunitários ou governamentais. A execução da medida não pode ser por um período superior a seis meses.

A prestação de serviços deve ser gratuita objetivando causar um ônus ao adolescente autor do ato infracional, constituindo-se em uma obrigação personalíssima, de modo que ninguém pode prestar no lugar dele. Tal premissa respeita o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLV, da CF).

⁶⁷ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional. Medida socioeducativa é pena?* 2ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. P. 121.

Esta medida traz benefícios tanto para o adolescente quanto para a comunidade, na medida em que o adolescente aprenderá valores comunitários e seus compromissos na sociedade, desenvolvendo sua cidadania e a comunidade poderá se responsabilizar pelo desenvolvimento educacional do adolescente.

A entidade responsável pela execução do programa de atendimento socioeducativo deverá enviar relatórios ao Juiz da Infância e da Juventude declarando se o adolescente está cumprindo o não a medida. Tal entidade poderá ter natureza governamental, como também pode ser uma organização não governamental.

Em nenhum momento será admitida a prestação de trabalho forçado, a medida deve ser determinada de acordo com a disponibilidade do adolescente que em nenhum momento pode ser submetido a situações de vexame e constrangimento (artigo 5º, XLVII, c, da CF e artigo 112, §1º, do ECA).

3.3.3.4. Liberdade assistida

A medida socioeducativa de liberdade assistida será sempre adotada quando se mostrar a medida mais adequada a alcançar o fim de auxiliar, orientar e acompanhar o adolescente. Para tanto, a autoridade judiciária irá designar uma pessoa com capacidade para acompanhar a execução da medida que será fixada por um período mínimo de seis meses, podendo ser revogada, alterada ou substituída por outra medida a qualquer tempo, desde que ouvidos o Ministério Público, o defensor e o orientador (artigo 118 do ECA).

Esta medida permite o acompanhamento do adolescente em suas atividades sociais como sua frequência na escola, seu desenvolvimento no trabalho e suas atitudes no âmbito familiar. É uma medida alternativa à privação da liberdade do adolescente e pode-se mostrar muito eficiente na medida em que há um envolvimento no cotidiano do adolescente assistido.

O artigo 119 do Estatuto indicou a realização de alguns encargos pelo orientador que beneficiarão o adolescente e sua família:

“Art. 119. Incumbe ao orientador, com o apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros:

- I- Promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social;
- II- Supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula;
- III- Diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho;
- IV- Apresentar relatório do caso.”

Entende-se que por analogia ao prazo máximo de três anos da medida de internação, a medida de liberdade assistida também teria o limite máximo de três anos de duração, bem como quando o adolescente completar 21 anos de idade (artigos 2º, parágrafo único e 121, §3º, do ECA).

3.3.3.5. Regime de semiliberdade

A medida socioeducativa de semiliberdade é uma privação parcial da liberdade do adolescente autor de ato infracional, pois durante o dia ele fará atividades externas, independentemente de autorização judicial, e à noite será recolhido em estabelecimento de atendimento socioeducativo (artigo 120, *caput*, do ECA).

A redação do artigo 120, *caput*, do Estatuto indica que nenhuma decisão judicial poderia restringir a realização de atividades externas no cumprimento da medida de semiliberdade. De igual modo entende o Supremo Tribunal Federal.⁶⁸

No cumprimento da medida de semiliberdade é obrigatória a escolarização e a profissionalização, usando, sempre que possível, os recursos existentes na comunidade, não comportando a medida prazo determinado (artigo 120, §§1º e 2º do ECA).

A medida de semiliberdade pode ser aplicada desde o início quando da decisão do Juiz da Infância e da Juventude na ação socioeducativa ou como forma de progressão de medida de internação imposta anteriormente (artigos 186, §4º e 121, §4º do ECA).

Essa medida socioeducativa, por se tratar de medida privativa de liberdade, não poderá ser aplicada em sede de remissão (artigo 127 do ECA), pois para que ela seja aplicada, o adolescente autor de ato infracional deverá ser submetido ao devido processo legal, observados os princípios do contraditório e ampla defesa (artigo 171 e seguintes do ECA).

Em cumprimento do que determina o artigo 120, §2º, do ECA, aplicam-se à medida de semiliberdade as mesmas disposições relativas à medida de internação, no que couber. Desta forma, apesar de não haver

⁶⁸ Ementa: HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA. ART. 120 DA LEI 8.069 /1990. MENOR SOB REGIME DE SEMILIBERDADE. RESTRIÇÃO DE VISITAS À FAMÍLIA. O art. 120 do ECA possibilita a prática de atividades externas pelo menor sob o regime de semiliberdade, sem necessidade de autorização judicial. A restrição imposta pelo magistrado, no sentido de que as visitas aos familiares devam ser realizadas de maneira progressiva e condicionada, constitui constrangimento ilegal, especialmente quando desprovida de fundamentação. O regime de semiliberdade constitui típica medida de caráter sócio-educativo, devendo ser priorizado o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Inteligência dos arts. 19 da Lei 8.069 /1990 e 227 da Constituição Federal. Ordem concedida (STF, HC 88.639/RJ, 2ª T., j. 03.10.2006, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 24.11.2006). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=HC+88.639>>. Acessado em 18 de outubro de 2014.

prazo determinado, a medida de semiliberdade deve ter o prazo máximo de três anos como na internação (artigo 121, §3º, do ECA).

Por ser medida privativa de liberdade, deve se sujeitar aos princípios da brevidade e da excepcionalidade, respeitada a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (artigo 121 do ECA). Tais princípios estão previstos expressamente no artigo 227, §3º, V, da Constituição Federal, devendo ser observados na aplicação de qualquer medida privativa de liberdade.

O princípio da brevidade está em consonância com a condição peculiar do adolescente de pessoa em desenvolvimento, levando em consideração a capacidade de modificação nesta fase da vida e que a privação de liberdade no estabelecimento de recolhimento coletivo pode “contaminar” o adolescente com experiências negativas de outros internos.

A privação de liberdade deve ser direcionada a adolescentes que cometam atos graves e deve ser utilizada pelo menor período de tempo possível, devendo obedecer o limite máximo de três anos e manter-se mediante revisões periódicas a cada seis meses.

O princípio da excepcionalidade, por sua vez, informa que a medida de privação de liberdade só será adotada quando não houver outra medida que se mostre melhor para o caso, ou seja, quando do ponto de vista da sociedade como defesa social e dos interesses do adolescente, outra alternativa não se fizer adequada. Portanto, existindo outra medida que possa ser aplicada no caso concreto em substituição da privação de liberdade, o juiz deverá optar por ela.

3.3.3.6. Internação

A internação é a mais grave de todas as medidas socioeducativas que poderão ser impostas ao adolescente autor de ato infracional, na medida impõe completa limitação ao seu direito de ir e vir. Por isso, do mesmo modo que a medida de semiliberdade, não pode ser aplicada sem sede de remissão (artigo 127, do ECA) e se condiciona aos princípios da brevidade, excepcionalidade e condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (artigo 227, §3º, da CF e artigo 121, *caput*, do ECA).

No cumprimento da medida de internação será permitida a realização de atividades externas, assim como na medida de semiliberdade. No entanto, enquanto que na medida de semiliberdade a atividade externa é regra, realizada sem vigilância e não pode ser proibida pela autoridade judiciária, na medida de internação a atividade externa é exercida sob monitoramento e pode haver restrição do seu exercício por determinação judicial (artigo 121, §1º, do ECA).

Ainda que possa haver restrição judicial na realização de atividades externas, o artigo 50 da Lei 12.594/2012 estabelece que a direção do programa de execução da medida de privação de liberdade poderá autorizar a saída do adolescente nos casos de tratamento médico, falecimento do pai, mãe, irmão, filho, cônjuge ou companheiro ou no caso de doença grave, todos devidamente comprovados. O adolescente será liberado a sair sob monitoramento e mediante imediata comunicação ao juízo competente.

Existem três modalidades de internação previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, a saber: internação provisória, internação decretada pela autoridade judiciária ao fim do processo de conhecimento por prazo indeterminado e internação-sanção com prazo determinado.

A internação provisória é a modalidade de internação imposta antes da sentença do Juiz da Infância e da Juventude ao final do processo de conhecimento. Para que haja possibilidade de sua aplicação, deve haver uma possibilidade de aplicação de medida de internação por prazo indeterminado ao final do processo, ou seja, somente nos casos em o ato infracional tenha sido cometido mediante violência ou grave ameaça a pessoa (artigo 122, I, do ECA) ou quando configurar reiteração na prática de outras infrações graves (artigo 122, II, do ECA), pois, caso contrário, a medida será desproporcional.

Essa modalidade de internação deverá respeitar o prazo máximo de 45 dias e a decisão que a determinar deve estar baseada em indícios suficientes de autoria e materialidade do ato infracional, sendo caso de imperiosa aplicação (artigo 101, *caput* e parágrafo único, do ECA). Na hipótese de o prazo máximo de 45 dias não ser respeitado, a autoridade competente estará cometendo o crime tipificado no artigo 235 do ECA.

A internação provisória, assim como todas as espécies de internação, é medida que deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescente, sendo proibido seu cumprimento em local destinado ao abrigo. A pessoa responsável deverá separar rigorosamente os adolescentes de acordo com a idade, compleição física e gravidade da infração, sendo obrigatórias atividades pedagógicas no período de internação (artigo 123 do ECA).

Na segunda modalidade de internação, a medida não possui prazo determinado, devendo ocorrer avaliações do adolescente a cada seis meses para ser avaliada a necessidade de sua manutenção, mediante decisão fundamentada, não poderá ultrapassar o prazo máximo de três anos e deverá ser liberado compulsoriamente o jovem que completar 21 anos de idade (artigo 121, §§2º, 3º e 5º do ECA).

Atingido o prazo de três anos, o Juiz da Infância e da Juventude poderá colocar o adolescente em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida, assim como determinar a liberação do adolescente quando entender que a medida alcançou sua finalidade pedagógica (artigo 121, §4º do ECA).

Esta modalidade também só permite que esteja sob sua submissão o adolescente que cometeu o ato infracional mediante grave ameaça ou violência a pessoa ou no caso de reiteração na prática de outras infrações graves (artigo 122, I e II, do ECA).

A terceira e última modalidade de internação, chamada de internação-sanção, será aplicada na hipótese de “descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta” (artigo 122, III, do ECA). Deste modo, trata-se de medida temporária que deve ser decretada pela autoridade judiciária após o devido processo legal, pois findo o prazo de três meses o adolescente voltará a cumprir a medida anteriormente imposta (artigo 122, §1º, do ECA).

A Súmula 265 do STJ determina que “é necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida socioeducativa”. No caso de internação-sanção, deve ser dada a oportunidade de o adolescente apresentar sua justificação em juízo por não ter cumprido a medida anteriormente imposta, garantindo o contraditório e a ampla defesa.

João Saraiva entende que há dois riscos resultantes da decisão pelo internamento:

“Se fosse possível estabelecer uma tabela de comprometimento da conduta de um adolescente em uma escala de um a dez, não seria exagerado afirmar que, a “melhor unidade de internação”, com a “melhor proposta pedagógica”, estará apta a devolver um adolescente apto ao convívio social em um grau de comprometimento cinco, haja vista as inevitáveis sequelas que resultam de um

convívio com outros adolescentes autores de condutas infracionais graves e elevado índice de comprometimento. Logo, submeter um adolescente que esteja em um nível de comprometimento menor do que este suposto grau cinco seria, do ponto de vista da utilidade pedagógica da medida, uma alternativa negativa, pois na melhor das hipóteses estaria apto a sair da unidade de privação de liberdade neste grau cinco.

Outro risco resultante da alternativa pelo internamento está no reconhecimento do adolescente no lugar de infrator, onde a privação de liberdade no círculo de sua relação acaba por constituir-lo nesse espaço de reconhecimento, produzindo um deplorável “etiquetamento” social, com sequelas de superação nada simples.”⁶⁹

Mesmo com esses riscos, o que se espera é que a finalidade pedagógica da medida de internação seja alcançada e, ao impor limites reais ao adolescente, ele venha entender os limites que ele precisa respeitar quando viver em sociedade, incorporando valores éticos e sociais para que haja sua reintegração na comunidade.

Ainda que internado, o adolescente continua sendo sujeito de direitos diante do ordenamento jurídico e, por isso, goza de diversas prerrogativas quando privado de sua liberdade elencadas no artigo 124 do Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo o Estado zelar pela sua integridade física e moral dentro dos estabelecimentos de internação (artigo 125 do ECA).

Por fim, as medidas socioeducativas existem e podem se mostrar eficazes na reeducação do adolescente infrator, porém faz-se necessário que elas sejam postas adequadamente em funcionamento e implementadas em todas as instancias organizacionais do Brasil. A criança e o adolescente devem ser, de fato, prioridade absoluta para os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, devem ter primazia na execução de políticas públicas do Estado. Infelizmente, o que se vê é o descumprimento do mandamento constitucional do artigo 227 da Constituição Federal, crianças e adolescentes não têm sido alvo de proteção integral e prioridade absoluta.

⁶⁹ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. 172-173.

Mário Volpi⁷⁰ entende que deve haver uma política desenvolvida em cada estado do país que se responsabilize em eliminar radicalmente o modelo de atendimento praticado até os dias atuais na execução de medidas de privação de liberdade, através de uma política de recursos humanos. Deve ser eliminada a figura de monitores que se tornam verdadeiros carcereiros, tendo em vista que não estão preparados para alcançar a finalidade pedagógica da medida que contribuirá para a formação da cidadania dos adolescentes que estão sob sua guarda.

Propõe que as unidades do trabalho pedagógico sejam pequenas e e que o trabalho seja executado por educadores que estejam inseridos em um programa de recursos humanos voltado para as especificidades de cada adolescente. Preocupa-se, ainda, com a proteção da saúde mental dos educadores e dos educandos e a manutenção dos vínculos afetivos entre ambos. Para isso, sugere que haja um aprofundamento da incompletude profissional, ou seja, o educador não deve ficar numa mesma unidade durante toda a sua jornada de trabalho, mas deve dividir sua jornada de trabalho para que permaneça em locais de privação de liberdade em locais que estejam sendo desempenhados serviços de atendimento dos direitos infanto-juvenis.

3.4. Estatísticas de participação do adolescente no cenário infracional

Neste momento, o presente trabalho tem por objetivo mostrar qual é o perfil dos adolescentes que estão envolvidos na prática de atos infracionais e quais são os ilícitos penais de maior abrangência no mundo infanto-juvenil.

⁷⁰ VOLPI, Mário. *O adolescente e o ato infracional*. 9ª edição. São Paulo: Editora Cortez, 2011. P. 37-38.

Em 2006, foi realizado um levantamento pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro mostrando que os adolescentes do sexo masculino são os que mais cometem atos infracionais:

ESTATÍSTICA SEXO DOS ADOLESCENTES 2006:

SEXO					
MÊS	MASC	%	FEM	%	TOTAL
JANEIRO	457	78%	128	22%	586
FEVEREIRO	506	85%	91	15%	597
MARÇO	568	86%	96	14%	664
ABRIL	354	82%	78	18%	432
MAIO	432	82%	92	18%	524
JUNHO	320	81%	74	19%	394
JULHO	361	81%	82	19%	443
AGOSTO	410	81%	96	19%	506
SETEMBRO	430	83%	89	17%	519
OUTUBRO	376	84%	70	16%	446
NOVEMBRO	363	85%	63	15%	426
DEZEMBRO	327	83%	68	17%	395
TOTAL	4904	83%	1027	17%	5932

- Fonte: ⁷¹

Note-se que de 78% a 86% dos adolescentes que foram autores de atos infracionais, variando de acordo com o mês, são adolescentes do sexo masculino. A predominância de adolescentes no sexo masculino na prática de atos infracionais pode estar associada ao fato de que as meninas se dedicam mais aos afazeres domésticos quando os pais precisam sair para trabalhar, ou seja, permanecem mais tempo dentro de casa e os meninos se

⁷¹ TABELA ESTATÍSTICA SEXO DOS ADOLESCENTES 2006. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=37943d06-549f-4ed2-b183-8d794dc573a5&groupId=10136>. Acessado em: 19 de outubro de 2014.

inserir mais no mercado informal como o trabalho de rua. Para Sandra D'Agostini, “a lógica da necessidade de consumo fala do gosto que os jovens rapazes têm por andar bem arrumados, para aparecer bonitos às mulheres e corajosos aos homens”.⁷²

Quanto ao número de reincidência, o levantamento releva que há altas taxas, ainda que em número menor em relação aos que cometem ato infracional uma vez:

REINCIDÊNCIA (Entradas via Plantão Interinstitucional):

Passagens informadas	jan	fev	mar	abr	mai	jun	jul	ago	set	out	nov	dez	total	%
1a passagem	73	88	108	62	110	51	79	63	50	47	52	42	825	53%
REINCIDENTES	72	83	96	53	55	47	57	61	64	42	51	39	720	47%
Total	145	171	204	115	165	98	136	124	114	89	103	81	1545	100%

- Fonte:⁷³

Espécies de atos infracionais cometidos pelos adolescentes:

PROCESSOS - ATOS INFRACIONAIS 2006 - VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

Classificação	jan	fev	mar	abr	mai	jun	jul	ago	set	out	nov	dez	total	%
furto	57	57	73	51	53	52	41	56	54	49	56	49	648	19%
roubo	52	39	76	54	52	50	54	35	59	58	61	43	633	18%
lesões corporais	73	72	67	59	5	35	52	57	58	38	44	65	625	18%
uso de drogas	57	45	38	28	36	26	36	33	43	18	9	1	370	10%
tráfico de drogas	33	30	39	25	29	24	35	26	25	11	1		278	8%
outros análogos a	26	29	22	14	33	14	27	18	20	24	21	26	274	8%

⁷² D'AGOSTINI, Sandra Mári Córdova. *Adolescente em conflito com a lei & a realidade!* 5ª Edição. Curitiba: Editora Juruá, 2011. P. 88.

⁷³ REINCIDÊNCIA.

Disponível

em:

<http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ecf42528-47a4-447e-befc-1e32062981d8&groupId=10136>. Acessado em 19 de outubro de 2014.

crime														
ameaça	22	16	15	15		13	10	14	12	19	13	12	161	5%
porte de arma	11	13	18	13	13	13	12	8	7	12	10	9	139	4%
DE MAIOR INCIDÊNCIA	331	301	348	259	221	227	267	247	278	229	215	205	3128	90%
contra a honra	13	8	4	6	8	2	10	5	5	2	2	6	71	
outros análogos a contr.	5	7	3	4	3	4	5	3	6	5	2	2	49	
atentado ao pudor	5	4	4	3	4	2	4	3	7	4	3	5	48	
infrações de trânsito	3	1	4	1	2	4	2	3	6	2	5	2	35	
homicídio	2	2	4	2	3	2	1	3	4	1	4	1	29	
formação de quadrilha	4	3	2	1		1	5	7	2			2	27	
dano	2	5	4	1		3		1	3	1	1	4	25	
resistência		1	3		2	1	3			1	4		15	
estupro	1	3	1				1			1	1	2	10	
contravenções	2		1			1	2	1		1		1	9	
estelionato	1	1	1	2	1					2			8	
latrocínio						1	1		1	1	2	2	8	
extorsão	1		2	1									4	
desobediência	1		1	1							1		4	
ato obsceno	1						2						3	
DE MENOR INCIDÊNCIA	41	35	34	22	23	21	36	26	34	21	25	27	345	10%
TOTAL	372	336	382	281	244	248	303	273	312	250	240	232	3473	100%

- Fonte: ⁷⁴

Verifica-se, através deste quadro, que o crime de maior incidência entre os adolescentes é o crime de furto, totalizando o total de 648 adolescentes. Os crimes de homicídio e estupro, por outro lado, correspondem ao total de 20 e 10 adolescentes, respectivamente. Portanto, ao contrário do que a mídia sensacionalista tenta implantar na população, os atos infracionais contra o patrimônio cometidos por adolescentes são, em grande escala, maior do que aqueles atos infracionais considerados “crimes bárbaros”, como o homicídio e o estupro.

Idade dos adolescentes autores de atos infracionais:

MEDIDAS APLICADAS POR														
IDADE 2006														
IDADE:	JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ	TOTAL	%
12 ANOS	8	10	2	10	9	11	6	5	12	4	7	7	83	2%
13 ANOS	15	17	37	23	24	20	19	13	20	9	21	12	215	4%
14 ANOS	34	33	44	38	48	45	54	52	39	43	45	38	479	10%
15 ANOS	72	61	106	81	93	80	81	50	64	103	63	63	845	18%
16 ANOS	138	112	134	145	129	132	129	145	115	128	113	71	1353	28%
17 ANOS	177	141	203	187	197	141	179	193	151	159	152	106	1809	38%
TOTAL:	444	374	526	484	500	429	468	458	401	446	401	297	4784	100%
Não Informado	142	223	138		24			48	118		25	98	804	
TOTAL GERAL	586	597	664	484	524	429	456	506	519	446	426	395	6032	

Fonte: ⁷⁵

⁷⁴ PROCESSOS - ATOS INFRACIONAIS 2006 - VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=8b15b2b9-23a6-454d-a07d-797a76939cc8&groupId=10136>. Acessado em 19 de outubro de 2014.

O maior índice de atos infracionais praticados está entre os adolescentes com idade entre 16 e 17 anos, correspondendo o percentual de 28% e 38%, respectivamente.

Nível de escolaridade dos adolescentes:

ESTATÍSTICA DA ESCOLARIDADE DOS ADOLESCENTES EM 2006

ESCOLARIDADE	JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ	TOTAL	%
ANALFABETO	1		4	1	1	1	1	2	1	2	4	7	25	1%
NÃO FREQUENTA	4	5	22	6	2	7	3	7	3	1	2	1	63	2%
1ª SÉRIE	17	12	11	1	10	10	14	13	8	6	5	10	117	
2ª SÉRIE	22	18	16	15	18	12	7	22	38	17	18	19	222	
3ª SÉRIE	26	28	26	23	24	27	31	28	22	24	34	22	315	
4ª SÉRIE	31	24	42	19	25	34	20	39	42	33	24	28	361	
5ª SÉRIE	54	59	79	66	60	43	52	51	55	50	35	27	631	
6ª SÉRIE	32	37	42	26	19	23	27	34	22	34	26	23	345	
7ª SÉRIE	13	25	20	22	21	15	21	22	22	19	17	18	235	
8ª SÉRIE	11	20	12	8	12	14	18	14	13	15	5	18	160	
EN.FUNDAMENTAL	206	223	248	180	189	178	190	223	222	198	164	165	2386	90%

1ª SÉRIE	5	16	10	13	8	6	11	10	12	11	14	6	122	
2ª SÉRIE	4		2	5	3	1	3	5	1	2	2	2	30	
3ª SÉRIE	3	3	1	1	3	1	4		3		1	1	21	

⁷⁵MEDIDAS APLICADAS POR IDADE 2006. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f50fdd1e-3e83-485f-865d-da727e495570&groupId=10136. Acessado em 19 de outubro de outubro de 2014.

EN.MÉDIO	12	19	13	19	14	8	18	15	16	13	17	9	173	7%
TOTAL	223	247	287	206	206	194	212	247	242	214	187	182	2647	100%
NÃO INFORMADO	363	350	377	226	318	200	231	259	277	232	239	213	3285	
TOTAL GERAL	586	597	664	432	524	394	443	506	519	446	426	395	5932	

Fonte: ⁷⁶

Note-se que, representando 90% do total, estão os adolescentes que estavam cursando o ensino fundamental e apenas 7% estavam no ensino médio. Este quadro mostra como é baixo o nível de escolaridade dos adolescentes que ingressam para o mundo do crime.

Outra pesquisa interessante é a realizada por Mário Volpi⁷⁷ no final dos anos 90 com 4.245 crianças e adolescentes privados da liberdade no Brasil. Foram enviados questionários a unidades de internação em todos os estados brasileiros que foram respondidos pelo respectivo responsável.

A pesquisa mostrou que: 73,3% dos adolescentes internados possuíam renda familiar entre nenhum rendimento e dois salários mínimos; 47,3% dos adolescentes trabalharam e somente 6,8% deles possuíam carteira assinada; 96,6% não concluiu o ensino fundamental, 15,4% deles eram analfabetos e apenas 0,1% concluíram o ensino médio; 61,2% não frequentavam a escola por ocasião da prática do ato infracional; 94,8% pertenciam ao sexo masculino enquanto que apenas 5,2% pertenciam ao sexo feminino; 82,8% tinham idade entre 15 e 18 anos; 42% eram das

⁷⁶ ESTATÍSTICA DE ESCOLARIDADE DOS ADOLESCENTES EM 2006. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=feab9850-a577-4b3e-81e2-f893c16abafe&groupId=10136>. Acessado em 19 de outubro de 2014.

⁷⁷ VOLPI, Mário. *O adolescente o ato infracional*. 9ª edição. São Paulo: Editora Cortez, 2011.P. 54-87.

capitais dos estados, 36,5% do interior dos estados e 20% das regiões metropolitanas; 53% eram usuários de drogas; 33,4% dos atos infracionais eram o crime de roubo, seguido do furto com 23,8% e 61,4% estavam internados há menos de um ano.

Mario Volpi afirma, no final de sua pesquisa, que existem três mitos que envolvem crianças e adolescentes quando o assunto é a redução da imputabilidade penal. Tais mitos foram criados pela sociedade algo longo e tempo, sendo eles: o do hiperdimensionamento, da periculosidade e o da irresponsabilidade penal.

O mito no hiperdimensionamento seria o mito que insiste em acreditar que ao atos infracionais cometidos por adolescentes representam uma grande parcela quando comparados aos crimes cometidos pelos adultos no país. No entanto, para refutar essa ideia, Mario Volpi apresenta dados do Censo Nacional do Ministério da Justiça de 1994, o qual mostrou que para cada 100 mil habitantes a média de adultos presos era de 88 e quanto aos adolescentes autores de atos infracionais a média era de 2,7 por 100 mil habitantes.

Quando abordou o mito da periculosidade mostrou que, de acordo com os dados da sua pesquisa, 57,3% dos atos infracionais cometidos por adolescentes foram cometidos contra o patrimônio e 19,1% foram cometidos contra a pessoa. Mostrou ainda, dados de uma pesquisa realizada pelo GAJOP (Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares) que, ao analisar as sentenças dos juízes das duas Varas de Infância e da Juventude na Comarca de Recife no ano de 1994, verificou que os atos infracionais cometidos contra o patrimônio representavam 22% e os cometidos contra a pessoa humana representavam 3%.

Ao tratar do mito da irresponsabilidade penal, Mário Volpi considera a sua existência ao fato de as pessoas não conhecerem o Estatuto da Criança e do Adolescente, tampouco seus mecanismos de responsabilização dos adolescentes autores de ato infracional. Junto a este fato, está a questão da falta de implementação dos preceitos do Estatuto por alguns setores da sociedade brasileira. Devido a esses dois fatores a sociedade acredita que não há medidas que possam coibir a criminalidade infanto-juvenil e que para essa parte da população prevalece a impunidade.

Por sua vez, Ivan de Carvalho Junqueira⁷⁸ realizou uma pesquisa sobre a internação no estado de São Paulo, totalizando 142 unidades para atendimento socioeducativo em outubro de 2012.

Relata que, segundo os dados de abril do ano de 2012, havia, naquele momento, 8.149 jovens privados de sua liberdade e um ano após o número aumentou para 9.016 internados, mostrando que a internação é medida excepcional somente no texto da lei, pois na realidade tal princípio é por diversas vezes descumprido. Mostra que do ano de 2010 até abril de 2013 houve um aumento superior a 30% do número de internações.

De acordo com essa pesquisa, no ano de 2011, 28.879 jovens passaram pelas unidades executoras de medida de internação e de janeiro a abril de 2013 houve um ingresso de mais de 13 mil adolescentes. Em relação ao perfil dos adolescentes neste mesmo mês, a pesquisa mostra que 96% dos atendidos eram do sexo masculino e 73,4% tinham idade de 15 a 17 anos.

No que tange ao tipo penal, o roubo e o tráfico de drogas representaram 85,9% dos atos infracionais praticados pelos internados em

⁷⁸ JUNQUEIRA, Ivan de Carvalho. *Ato infracional e direitos humanos. A internação de adolescentes em conflito com a lei*. São Paulo: Editora Servanda, 2014. P. 241-248.

abril de 2013. Por outro lado, o homicídio e o latrocínio correspondiam apenas 1,5% do total de internos. Deste modo, dentre os 9 mil atendidos, apenas um pouco mais de 100 era responsável por esses delitos.

Ressalta Ivan Junqueira que esses dados quanto à natureza do delito cometido contrariam o que relata a mídia ao tratar do assunto de adolescentes em conflito com lei, considerando-os como os vilões da sociedade, autores de homicídios, estupros e sequestros. De acordo com esses dados, o somatório de crimes patrimoniais desponta na frente de todos os demais.

No final da pesquisa, mostra que na UNIEMP/FEBEM-SP, no mês de maio de 2006, 67% dos adolescentes que estavam cumprindo medida de internação declararam-se afrodescendentes.

A última pesquisa a ser abordada será o Levantamento Anual dos/as adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa em 2012 realizado pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República⁷⁹. Foram preenchidos pelos Estados da Federação e pelo Distrito Federal questionários que refletem a situação do atendimento em 30/11/2012.

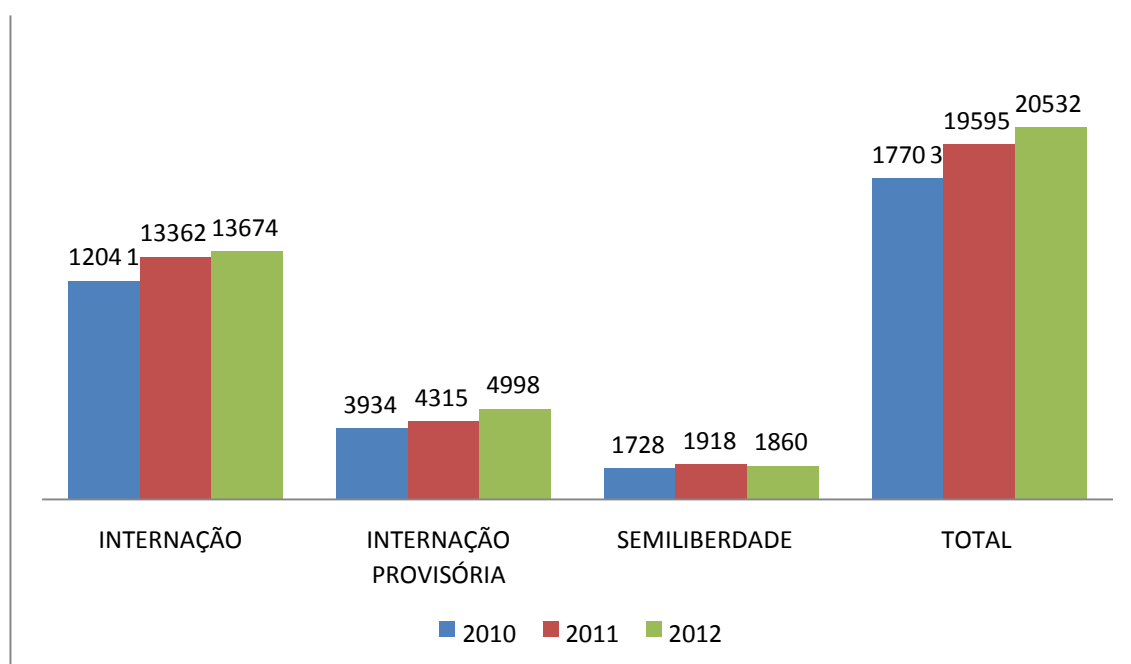
Os dados do Levantamento Anual referentes ao ano de 2012 apontaram um número total de 20.532 adolescentes restringidos ou privados de sua liberdade (cumprindo medidas de internação provisória, internação por prazo indeterminado e semiliberdade) e o número total de 88.022 cumprindo medidas em meio aberto (prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida).

⁷⁹ SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Levantamento anual dos/as adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa – 2012*. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/levantamento-sinase-2012>>. Acessado em 19 de outubro de 2014.

Afirma a pesquisa que comparado ao número de adolescentes no Brasil, apenas 0,10% deles estão cumprindo medidas socioeducativas de privação de liberdade e 0,41% estão cumprindo medidas de prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida. Considera uma porcentagem pequena de adolescentes que serão alvo de políticas públicas de atendimento socioeducativo e de soluções para a efetivação de seus direitos.

Conforme o gráfico 2 do levantamento, há de se notar que dentre as medidas de restrição e privação de liberdade a medida de internação é a mais adotada:

Gráfico 2 - Taxa da Restrição e Privação de Liberdade – 2010, 2011 e 2012

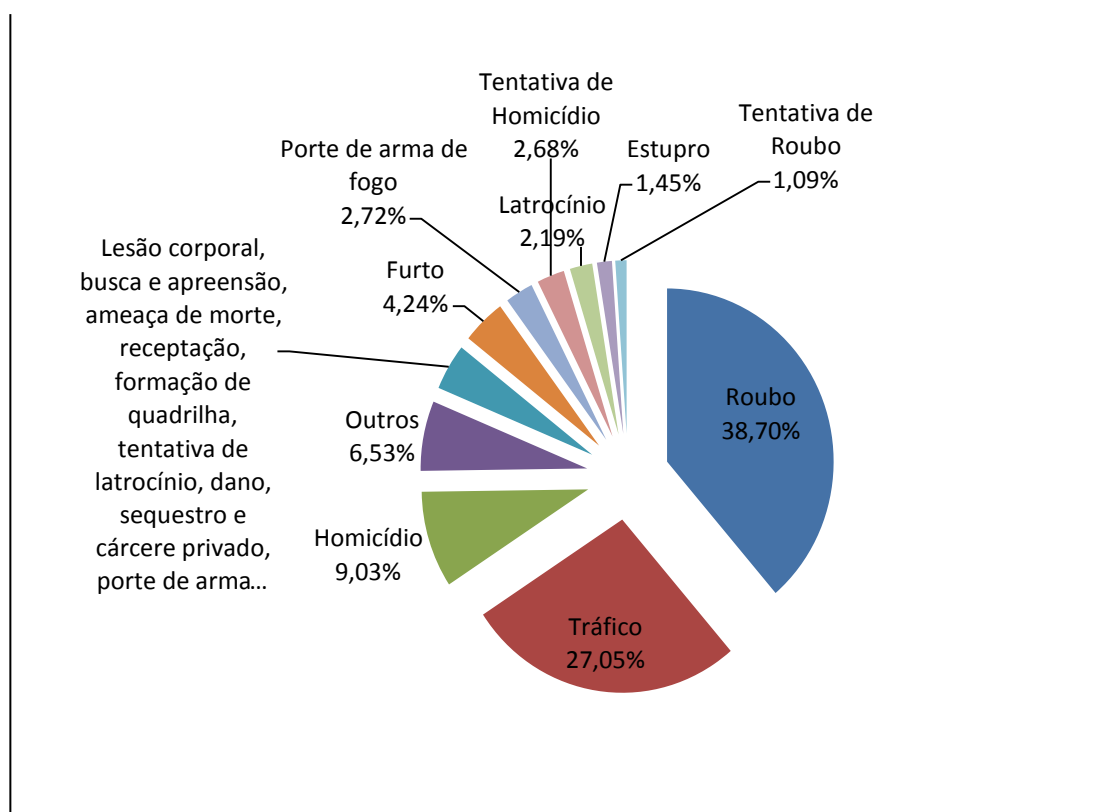


Quanto à tipologia dos atos infracionais, a pesquisa demonstra que os índices nos anos de 2011 e 2012, os atos infracionais mais cometidos foram o roubo e o tráfico de drogas. Em 2011, 38,1% dos adolescentes estavam em restrição ou privação de liberdade pelo ato infracional de roubo e no ano de 2012 foi verificada a taxa de 38,6%. Já em relação ao tráfico de

drogas, foram apresentadas taxas de 26,6% em 2011 e de 27,0% em 2012 de adolescentes em restrição ou privação de sua liberdade.

De acordo com o gráfico 5, considerando o total nacional de atos infracionais, o roubo representa 38,70% do total e sem segundo lugar vemos o tráfico de drogas com 27,05%. Os atos infracionais graves como estupro, latrocínio e homicídio representam 1,45%, 2,19% e 9,03%, respectivamente.

Gráfico 5 - Atos Infracionais – Total Nacional



Apresentando dados dos crimes contra a pessoa, a tabela 2 mostra que houve uma redução de atos graves contra a pessoa entre 2010 e 2011 e uma redução da lesão corporal diante dos índices de 2010. Em 2011, o homicídio representou 8,4% dos atos infracionais, o latrocínio representou 1,9% e o estupro 1,0%. Esses dados comprovam que toda acusação

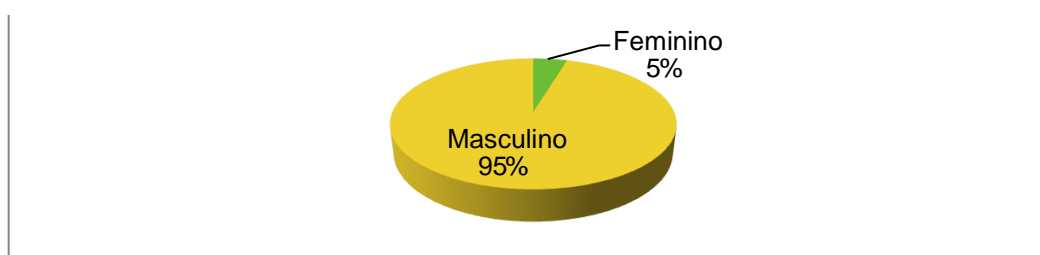
mediática de que os adolescentes são os autores de crimes hediondos, em grande escala, não procede.

Tabela 2 - Atos Infracionais Contra a Pessoa

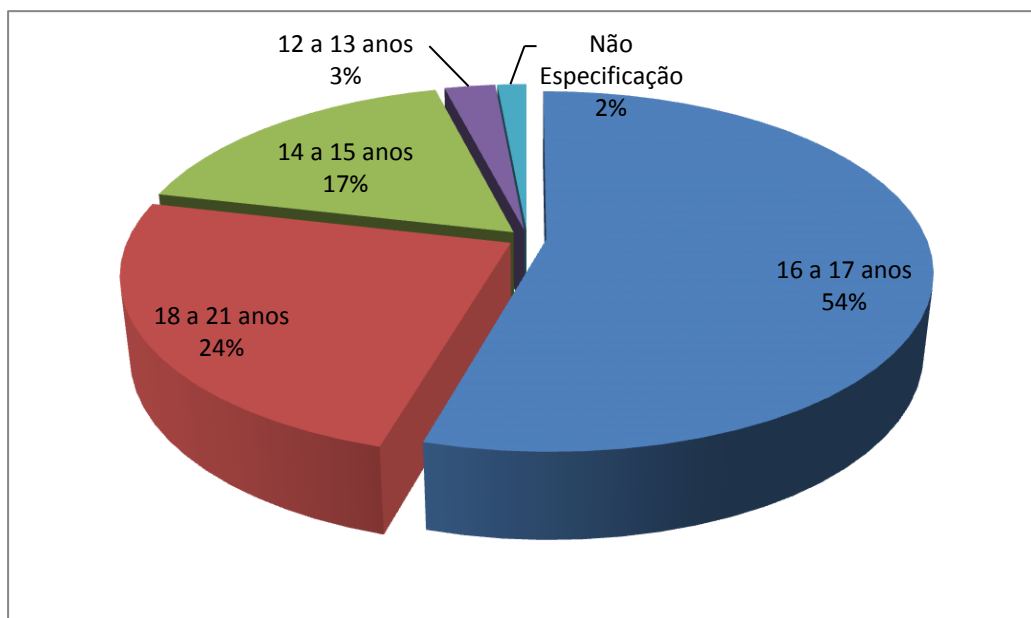
Atos infracionais contra a pessoa	Homicídio (%)	Latrocínio (%)	Estupro (%)	Lesão Corporal (%)
2010	14,9	5,5	3,3	2,2
2011	8,4	1,9	1,0	1,3
2012	9,0	2,1	1,4	0,8

Em relação ao sexo dos adolescentes, este levantamento releva, assim como nos outros acima abordados, que o número de meninos é bem maior que o número de meninas. O sexo feminino representa 5% dos adolescentes em privação ou restrição de liberdade, enquanto que o sexo masculino representa 95% do total.

Gráfico 6 – Adolescentes por Gênero



No que se refere à faixa etária dos adolescentes em restrição ou privação de liberdade, a gráfico mostra que 54% deles possuem idade entre 16 e 17 anos. Se somadas as faixas etárias entre 14 e 17 anos, verifica-se que são ao todo 71% dos adolescentes no sistema socioeducativo.

Gráfico 7 - Faixa Etária – Restrição e Privação de Liberdade

As estatísticas apresentadas, em geral, mostraram que os adolescentes que mais praticam atos infracionais são do gênero masculino, com idade entre 16 e 18 anos, com baixa escolaridade e que os atos infracionais de maior incidência são aqueles contra o patrimônio e o tráfico de drogas.

Capítulo quarto

4. QUESTÕES SOCIAIS QUE FOMENTAM A PARTICIPAÇÃO DO ADOLESCENTE NO MUNDO DO CRIME

Neste capítulo, o presente trabalho tem por objetivo abordar as principais questões influenciadoras da entrada da criança e do adolescente no cenário infracional. Dentre elas, as questões familiares, a falta de escolarização, a inserção cada vez mais cedo da população infanto-juvenil no mercado informal de trabalho e no tráfico de drogas, bem como a influência da sociedade de consumo na qual eles estão inseridos.

O problema da criminalidade não é causado por um ou outro fator isolado, mas sim por uma integração de diversos problemas vivenciados pela população infanto-juvenil que precisam ser enfrenados tanto pelo Estado, quanto pela sociedade e pela família da criança e do adolescente.

4.1. Má instrução familiar

O direito à convivência familiar está insculpido no artigo 227 da Constituição Federal e nos artigos 4º e 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Toda criança ou adolescente tem o direito de ser criado pela sua família biológica e, excepcionalmente em família substituta, ou seja, tem o direito de ter contato, no seu processo de educação e formação, com sua família, pois é neste núcleo afetivo em que o indivíduo vai criar seus primeiros laços interpessoais e estruturar sua personalidade.

Neste sentido, Rossato, Lépure e Sanches, asseveram que:

“O Estatuto eleva ao nível de direito fundamental a convivência familiar e comunitária. O fundamento está na consideração da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, e que imprescindem de valores éticos, morais

e cívicos, para complementarem a sua jornada em busca da vida adulta. Os laços familiares têm o condão de manter crianças e adolescentes amparados emocionalmente, para que possam livre e felizmente trilhar o caminho da estruturação de sua personalidade.”⁸⁰

O artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que é dever dos pais educar e sustentar seus filhos menores. Da mesma forma, dispõe o artigo 1.634, I e II do Código Civil, estabelecendo que compete aos pais criar e educar seus filhos menores e mantê-los sob sua companhia e guarda.

Os pais, em conjunto, possuem a responsabilidade de dar a seus filhos menores todo o apoio material de que necessitam como vestuário, moradia, alimentação e apoio afetivo, pois assim crianças e adolescentes se tornarão adultos hígidos emocionalmente. Por mais que uma criança tenha uma vida financeira regalada, o carinho, atenção e afeto dos pais são imprescindíveis para a formação de sua personalidade livre de sequelas emocionais que podem se tornar irreversíveis.

O afeto recebido pelos pais vai permitir que crianças e adolescentes se sintam pessoas seguras e cresçam preparadas para enfrentar os problemas da vida adulta, se tornem pessoas capazes de reconhecer a sua importância na sociedade através do desenvolvimento de sua autoestima, de respeitar o outro, de construir novos relacionamentos e de controlar seus impulsos diante das frustrações.

A família recebe especial proteção pela Constituição Federal em seu artigo 226, considerando-se família nos dias de hoje não somente as famílias formadas pelo casamento entre homem e mulher, como também a união estável (artigo 226, §3º da CF) e a família monoparental (artigo 226, §4º, da CF). Além desses arranjos familiares, em respeito ao princípio da

⁸⁰ Rossato, et al. *Estatuto da Criança e do adolescente comentado artigo por artigo*. 6ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 162-163.

dignidade humana e da afetividade, foi reconhecida merecedora de proteção jurídica a família homoafetiva.

A família brasileira contemporânea apresenta diversos arranjos e não há mais a presença somente da família tradicional formada por pai, mãe e filhos. Principalmente em família mais pobres, há a presença de um dos genitores e os filhos, normalmente a mãe, como responsável pela criação e socialização dos filhos em desenvolvimento. Independentemente de qual arranjo familiar a que uma criança ou um adolescente pertença, a família deve ter capacidade de proteger os direitos de suas crianças e seus adolescentes e promovê-los socialmente.

O legislador da Lei 8.069/90 deixou claro no artigo 19 que a criança e o adolescente devem ser criados em ambientes livres de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. Isto se deve ao fato da grande quantidade de adolescentes que se aliciam ao tráfico de drogas, a impossibilidade de pessoas quimicamente dependentes oferecerem um ambiente adequado à moradia de pessoas em desenvolvimento, bem como a necessidade de cuidado especial que demandam pessoas dependentes de substâncias químicas.

A ideia é que crianças e adolescentes sejam criados livres de influências negativas e adquiram através dos membros da sua família costumes e valores morais para que possam se desenvolver de forma a exercerem sua cidadania pacificamente em sociedade, principalmente no tange à abstenção da criminalidade.

Sobre o assunto, pontuam Danielle Barbosa e Thiago de Souza:

“Afora isso, é na primeira etapa da vida que são apreendidos os valores humanos e as regras da vida em comunidade, sendo certo que a família, por configurar a ponto primeira que vincula a criança à selva social, revela um grandioso papel na

educação e instrução do indivíduo. Uma boa influência familiar auxilia na compreensão, pela criança, do que é social e moralmente correto ou censurável. Diversamente, um indivíduo que cresce em um ambiente corrompido por drogas, crime e prostituição demonstrará vastas dificuldades em se desvencilhar da marginalização, posto que a formação de sua personalidade, definida como esteio da estruturação de sua organização psicológica, restará prejudicada.”⁸¹

Embora crianças e adolescentes que vivem em ambientes familiares onde há criminalidade e uso de drogas, por exemplo, sejam mais propensas às mesmas práticas, elas não podem ser retiradas de seu convívio familiar em uma mera probabilidade de virem a reproduzir tais ilícitos. A retirada do menor do seu âmbito familiar deve se dar em situações excepcionais com base em fatos concretos e proteção do seu melhor interesse.

Se a situação se mostrar de tal gravidade que estejam sendo violados os direitos da criança e do adolescente, o direito à convivência familiar será afastado para que seja garantida a integridade física e psicológica do indivíduo em condição peculiar de desenvolvimento. Caso a situação não seja excepcional, deverão ser tomadas providências para que haja a devida reestruturação familiar para a recuperação da família e preservação do menor nesta entidade.

Preocupados com a defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes, o CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e Adolescentes) e o CNAS (Conselho Nacional de Assistência Social) aprovaram o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária com o objetivo de se criarem políticas para que a criança e o do adolescente tenham em seu lar os elementos necessários para sua plena formação física, psicológica e moral, e a efetiva proteção de seus direitos. Para que esse plano tenha sucesso, faz-se necessária a participação articulada de diversos

⁸¹ BARBOSA, Danielle Rinaldi; SOUZA, Thiago Santos de. *Direito da criança e do adolescente: proteção, punição e garantismo* Curitiba: Editora Juruá, 2013. P. 38.

atores sociais comprometidos com o avanço na promoção do direito à convivência familiar e comunitária.

Em um estudo realizado pelo CONANDA e pelo CNAS, tais conselhos afirmam que:

“Este Plano constitui um marco nas políticas públicas no Brasil, ao romper com a cultura da institucionalização de crianças e adolescentes e ao fortalecer o paradigma da proteção integral e da preservação dos vínculos familiares e comunitários preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A manutenção dos vínculos familiares e comunitários – fundamentais para a estruturação das crianças e adolescentes como sujeitos e cidadãos – está diretamente relacionada ao investimento das políticas públicas de atenção à família.”⁸²

Não obstante a importância da familiar na formação social da criança e do adolescente, o que se observa em muitas famílias são a falta de cuidado dos pais em relação aos filhos, a falta de amor, carinho, zelo e atenção. Embora a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente determinem que as crianças e os adolescentes devem estar a salvo de toda forma de negligência, discriminação, violência, crueldade, exploração e opressão, tal ordenança não tem sido respeitada.

Crianças e adolescentes têm sido alvo de negligência quando os pais precisam trabalhar e deixam os filhos com vizinhos, pessoas desconhecidas, ou até mesmo em casa sozinhos tendo que cuidar de si mesmos e de seus irmãos menores. Diante das poucas condições financeiras de suas famílias, crianças e adolescentes vão às ruas lutar pela sobrevivência, ficam mendigando dinheiro nos sinais acabam sendo influenciados por outros adolescentes ou jovens mais experientes para início de práticas criminosas.

⁸² SDH. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/pdf/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e.pdf>>. Acessado em 25 de outubro de 2014.

O que vemos atualmente são famílias desestruturadas que contribuem para a criminalidade infanto-juvenil. A família, por ser o primeiro ambiente social da criança e a provedora de seus direitos fundamentais, torna-se uma espécie de controle social informal. Portanto, se uma família não tem condições de garantir os direitos mais elementares da criança, também não conseguirá exercer o controle social, podendo o menor buscar meios alternativos de satisfação de seus direitos.

A primeira forma de violação dos direitos das crianças está relacionada com a taxa de mortalidade infantil no Brasil. Crianças ainda estão morrendo no Brasil nos seus primeiros anos de vida. No entanto, segundo o relatório de Sobrevivência Infantil divulgado pelo UNICEF em 2008, o Brasil melhorou 27 posições no ranking de índice de mortalidade infantil composto por 194 países. Segundo esse relatório, o Brasil deixou de ocupar a 86ª posição e foi para a 113ª. Além disso, o Brasil tinha uma taxa de 57 mortes de crianças menores de 5 anos a cada mil nascidos vivos na década de 90. No ano de 2006, esse número reduziu para 20 mortes por mil nascidos vivos.⁸³

Infelizmente, no Brasil, os homicídios contra adultos que ocorrem nas ruas chamam mais a atenção da sociedade e da mídia do que a morte de milhares de crianças nas favelas e nas periferias vítimas de desnutrição, doenças, abandono familiar e abandono por parte do Estado que não provê meios de sobrevivência para essa parte da população carente.

É possível perceber ainda, a omissão da sociedade quando se trata de violação dos direitos dessas crianças que vivem nas favelas e periferias. Não há uma mobilização social efetiva para que elas possam ter melhores condições de vida. Todavia, quando se trata de prática de ato infracional praticado por criança e adolescente, logo se levanta um clamor popular para

⁸³ Unicef Brasil. Disponível em: <http://www.unicef.org.br/>. Acessado em 29 de outubro de 2014.

a redução da maioria penal e imposição de penas mais duras como forma de punição e defesa social, pois a preocupação maior não é com as crianças e adolescentes, mas sim com a segurança e bem-estar da sociedade civil que se sente ameaçada por eles.

Além da mortalidade infantil que ainda afeta nosso país de forma significativa, muitas crianças e adolescentes são vítimas de violência doméstica física e sexual, reproduzindo atitudes violentas no seu convívio social e comunitário. O Laboratório de Estudos da Criança (LACRI) realizou um estudo de violência doméstica contra crianças e adolescentes a partir do ano de 1996 e mostrou um quadro de vários tipos de violência doméstica praticadas contra crianças e adolescentes:

Modalidade de Violência	Incidência Pesquisada								Número total de casos notificados
	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Violência Física	525	1.240	2.804	2.620	4.330	6.675	5.721	6.497	6.066
Violência Sexual	95	315	578	649	978	1.723	1.728	2.599	2.573
Violência Psicológica	0	53	2.105	893	1.493	3.893	2.685	2.952	3.097
Negligência	572	456	7.148	2.512	4.205	7.713	5.798	8.687	7.799
Violência Fatal	-	-	-	-	135	257	42	22	17
Total	1.192	2.064	12.635	6.674	11.141	20.261	15.974	20.757	19.552

Fonte: ⁸⁴

Essa pesquisa deixa evidente como que existem crianças e adolescentes vítimas de violência no seu meio familiar. Além da violência física e sexual, os menores são vítimas de violência psicológica, sofrendo

⁸⁴ AZEVEDO, Maria Amélia. *Violência doméstica contra crianças e adolescentes. Um cenário em (des)construção*. Disponível em: < http://www.unicef.org/brazil/pt/Cap_01.pdf >. Acessado em 24 de outubro de 2014.

humilhações e passando por situações vexatórias em público. Os adultos não os elogiam, tampouco os estimulam quando agem corretamente e não os ensinam como devem enfrentar os problemas que surgirão naturalmente em suas vidas.

O estudo mostra que adolescentes que sofrem violência doméstica se envolvem mais em intrigas nas escolas, são agentes e vítimas em maior grau de agressões na comunidade e desobedecem as normas sociais com maior incidência, reproduzindo a violência de que são vítimas. Eles também têm menor aceitação na sociedade e possuem baixa autoestima. Desta forma, esses adolescentes buscam sua afirmação social e elevação da autoestima através da criminalidade.

É preciso que haja mecanismos de defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes e de apoio às famílias em situação de vulnerabilidade, com seus laços comprometidos, pois a violação dos direitos das crianças e dos adolescentes no âmbito familiar podem causar danos irreversíveis na formação e desenvolvimento desses sujeitos, sendo entregues à sociedade, não raras vezes, indivíduos problemáticos e autores de atos infracionais.

4.2. Evasão escolar

O direito à educação constitui-se em um direito social celebrado no artigo 6º da Constituição Federal. Além de garantir a educação como direito social no artigo 6º, a nossa Carta Magna reservou o Capítulo III do Título VIII para abordar sobre esse direito tão importante para a construção de um Estado Democrático de Direito.

Desta forma, determina o artigo 205 da Constituição Federal que a educação é direito de todos, devendo ser ofertada pelo Estado e pela família com a colaboração da sociedade para que haja o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania (fundamento do Estado Democrático de Direito estabelecido no artigo 1º, II, da CF) e sua qualificação para enfrentar o mercado de trabalho.

O Estatuto da Criança e do Adolescente reproduz de forma semelhante a redação do artigo 205 da Constituição Federal em seu artigo 53 estabelecendo que a educação é um direito de toda criança e adolescente, tendo por objetivo o pleno desenvolvimento, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o mercado de trabalho.

Os artigos 206, I da Constituição Federal e 53, I do Estatuto da Criança e do Adolescente determinam que o ensino será ofertado com base na igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. Além disso, os artigos 208, I, da CF e 54, I do ECA estabelecem que é dever do Estado garantir a educação básica obrigatória e gratuita às pessoas com idade entre 4 e 17 anos, assegurada ainda a oportunidade para aquelas que não tiveram acesso à escola na idade própria.

Para concluir as garantias asseguradas pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente quanto à educação que serão objeto de análise deste trabalho, o artigo 208, IV, da CF e o artigo 54, IV, do ECA afirmam ser dever do Estado garantir o acesso às crianças até cinco anos de idade a educação infantil em creche e pré-escola. O ECA fala em crianças com até seis anos de idade, porém a Emenda Constitucional nº 53/06 alterou a redação do artigo 208, IV, da CF e, portanto, a educação infantil deverá ser garantida às crianças com até 5 anos de idade.

A escola é um local muito importante para a formação de crianças e adolescentes, pois o processo de socialização dessas pessoas em desenvolvimento que se inicia na família será dado continuidade quando esses sujeitos começarem a frequentar a escola. É nesse momento que a criança começa a criar outros vínculos, a amadurecer e entender as regras de convívio social, principalmente o respeito ao próximo.

O acesso ao ensino obrigatório e gratuito constitui-se um direito subjetivo público e o seu não oferecimento pelo Poder Público ou o oferecimento irregular ensejará responsabilização da autoridade competente (artigos 208, §§1 e 2º, da CF e 54, §§1º e 2º, do ECA). Portanto, a criança tem o direito líquido e certo de ter assegurado seu acesso ao ensino obrigatório e gratuito, não podendo o Poder Público alegar falta de recursos financeiros para garantir-lhe tal direito.

Não é apenas a entrada no ensino fundamental que se constitui obrigação do Poder Público e dos pais ou responsável, mas também o zelo pela frequência e permanência na escola (artigos 208, §3º, da CF e 54, §3º, do ECA). Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na escola e o descumprimento desse dever pode ensejar à criança a medida protetiva do artigo 101, III, do ECA⁸⁵ e aos pais pode ser aplicada a medida prevista no artigo 129, V⁸⁶, do mesmo diploma legal para que sejam obrigados a matricular o filho em rede regular de ensino e acompanhar sua frequência e aproveitamento. Caso os pais não ajam conforme determina tal medida, estarão cometendo a infração do artigo 279 do Estatuto, estando sujeitos a pena de multa de três a vinte salários e, em caso de reincidência, será aplicado o dobro do valor.

⁸⁵ Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art.98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: III – matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental.

⁸⁶ Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável: V – obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar.

Embora haja uma gama de direitos para que seja assegurada às crianças e aos adolescentes a entrada e permanência na rede regular de ensino com um bom aproveitamento escolar, ainda há muitos problemas na educação brasileira a serem enfrentados pelo Estado, pela família e pela sociedade.

O primeiro problema se refere à ausência de creches e pré-escolas públicas próximas à residência das crianças de 0 à 5 anos de idade, impossibilitando que elas venham ingressar na educação infantil. Diante disso, os pais, ao necessitarem sair para trabalhar e prover o sustento da família, não podem deixar seus filhos nas creches de são obrigados a deixá-los com vizinhos ou pessoas conhecidas.

O site IG de São Paulo publicou que:

“No Brasil, 92% das crianças e adolescentes de 4 a 17 anos frequentam escolas, ou seja, outros 3,6 milhões estão sem estudar. Apenas no Sudeste há 1,2 milhão de pessoas nessa faixa etária que não vão às aulas. São Paulo, o Estado mais rico da federação, tem o maior número absoluto de crianças e adolescentes não atendidos, 575 mil.”⁸⁷

Além do problema da existência de crianças e adolescentes que estão sem estudar, há ainda a questão da evasão escolar, pois muitos começam a frequentar a rede de ensino, mas devido a uma série de fatores, acabam sendo excluídas do sistema escolar e ingressando no mercado informal de trabalho ou no mundo da criminalidade como agentes e vítimas. O grave problema da evasão escolar pode se dar pela má qualidade do ensino no Brasil. O site da revista Veja publicou que: “Em ranking da educação com 36 países, Brasil fica em penúltimo”.⁸⁸

⁸⁷ RODRIGUES, Cinthia. *Brasil tem 36 milhões de crianças e adolescentes fora da escola em 2011*. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/educacao/2013-03-06/brasil-tem-36-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-fora-da-ecola-em-2011.html>>. Acessado em 25 de outubro de 2014.

⁸⁸ FUENTES, André. *Ranking da educação com 36 países Brasil fica em penúltimo*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/impavido-colosso/em-ranking-da-educacao-com-36-paises-brasil-fica-em-penultimo/>>. Acessado em 25 de outubro de 2014.

Analizando a educação para pobres e ricos no Brasil, Jadir de Souza pontua que:

“É possível observar que ao atingirem a idade mínima para ingresso no sistema educacional, as crianças brasileiras são colocadas em dois planos educacionais distintos. As crianças originárias de famílias economicamente mais estruturadas ingressam no caro sistema privado. Nesse caso, após ultrapassar as várias etapas da educação – ensino infantil, fundamental e médio – alcançam o sistema de ensino público superior. Aquelas nascidas em condições inadequadas, sem famílias estruturadas e sem recursos econômicos suficientes para custeio do ensino particular resta-lhes o caminho das escolas públicas, quando não faltam vagas. Ultrapassadas as várias etapas contínuas do sistema educacional, quando não abandonam os estudos, ao mais abnegados ingressam nas universidades ou faculdades particulares.

Assim, há evidente equívoco histórico de perspectiva que têm permanecido latente ao longo da história da educação no Brasil. Crianças e adolescentes pobres e sem condições de auferir melhores estudos ao ingressarem no ensino superior são obrigados a pagar o preço de altas mensalidades e demais despesas. Crianças e os adolescentes de famílias mais ricas e/ou que possuem melhores condições econômicas e sociais e que, portanto, ultrapassam com êxito todas as fases do ensino não pagam seus estudos e atividades afins nas universidades públicas brasileiras.”⁸⁹

Os sistemas de ensino infantil, fundamental e médio precisam de ações e medidas que venham preparar as crianças e adolescentes menos favorecidos economicamente para o ingresso nas universidades públicas brasileiras, pois mesmo que a criança tenha conseguido entrar no sistema educacional há sérios problemas a serem enfrentados que concorrem para a evasão escolar.

Já existem alguns avanços na criação de medidas públicas que objetivam ajudar aos adolescentes que terminam o ensino médio a entrarem nas universidades públicas como a Lei nº. 12.711/12 que reversa 50% das vagas em universidades e institutos federais para alunos provenientes de escolas públicas. A metade dessas vagas será destinadas a alunos que

⁸⁹ SOUZA, Jadir Cirqueira de. *A Efetividade dos Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Editora Pillares, 2008. P. 82.

possuem renda familiar igual ou inferior a um salário mínimo e meio *per capita*.

Outra medida adotada pelo governo federal foi a criação do Programa Universidade para Todos (PROUNI) que tem por objetivo facilitar o ingresso dos alunos com baixa renda no ensino superior. São oferecidas bolsas que variam de 50% até 100% na mensalidade em universidades particulares. Para concorrer ao benefício do programa, o aluno deverá realizar o Exame Nacional do Ensino Médio, obter 450 pontos e não zerar a nota da redação.

O primeiro deles é a falta de preparação dos próprios pais que não recebem a educação formal e não ensinam os filhos a importância da educação para preparação do exercício da sua cidadania e ingresso no mercado formal de trabalho para que eles venham auferir sucesso profissional e obterem melhores condições de vida. Assim, crianças que vivem em famílias onde há pobreza, desemprego, uso excessivo de bebidas alcoólicas, desajustes entre os pais, são mais propensas a terem dificuldade no aprendizado e na permanência na escola.

Outro problema a ser enfrentado para que não haja a evasão escolar é o insuficiente preparo profissional dos professores, causado muito mais pelas falhas da rede pública de ensino do que por medidas que eles poderiam tomar. Há a necessidade de melhoria das condições de trabalho dos educadores como o oferecimento de suporte técnico e material didático, e o devido reconhecimento do serviço desempenhado com o aumento da remuneração mensal, possibilitando assim, a melhoria da qualidade do corpo docente.

Sobre esse problema, assevera Jadir de Souza:

“O insuficiente preparo do corpo docente – em suas variadas matizes e parâmetros – concorre com os demais fatores para que os alunos assimilem material pedagógico e didático de duvidosa qualidade e acarreta o abandono das escolas, a curto, médio e longo prazo. Assim, melhores condições de trabalho e avaliações eficientes dos trabalhos desenvolvidos constituem maneiras capazes de melhorar a qualidade da educação no Brasil e reduzir a evasão escolar. Enfim, apesar da obviedade, a busca por melhores condições de trabalho do corpo docente não tem sido praticada pelos governantes, ao longo dos séculos. Assim, uma das primeiras medidas para reduzir a evasão escolar e que incentivaria a permanência dos alunos nas escolas deveria ser a valorização real, inclusive financeira, além da melhor preparação científica do corpo docente.”⁹⁰

Por último, muitas escolas não conseguem lidar com o problema da repetência e da indisciplina, por falta de técnicas adequadas de pedagogia. Alunos indisciplinados e que não conseguem acompanhar o ritmo de ensino, por falta de apoio do corpo administrativo da escola, do Estado e da família, abandonam os estudos e se inserem no mundo do trabalho informal, da exploração sexual, das drogas e passam a praticar atos infracionais.

É necessário que essas crianças e adolescentes repetentes e indisciplinadas passem por um processo de reavaliação, de reforço e de ajuda diferenciada para que venha ser diagnosticado e solucionado o problema de forma que eles não sejam excluídos do sistema de ensino e venham a reconhecer os benefícios sociais e econômicos que sua permanência na escola pode trazer.

É indiscutível, portanto, a necessidade do apoio do Poder Público na garantia de uma adequada instrução da população infanto-juvenil para que ela venha permanecer nas escolas compreendendo sua posição de cidadão e possibilitando, desta forma, a construção de uma sociedade democrática, justa e com reduzida participação de crianças e adolescentes na criminalidade.

⁹⁰ Ibid. p. 86.

4.3. Trabalho informal infanto-juvenil

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 6º que o direito ao trabalho é um direito social de todo cidadão. No entanto, por disposição do seu artigo 7º, XXXIII, é proibido o trabalho de pessoas menores de dezesesseis anos, a menos que seja na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos de idade. Tal disposição é reproduzida no artigo 60 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Além da proibição do trabalho para menores de dezesesseis anos, a Constituição Federal (artigo 7º, XXXIII) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 67, II) proibiram o exercício de trabalho noturno, perigoso ou insalubre por pessoas menores de dezoito anos de idade. Tais normas de proibição da exploração do trabalho infanto-juvenil mostram a preocupação do legislador com os malefícios que essa atividade pode trazer para a pessoa que está em desenvolvimento físico e psicológico.

A criança não pode, em hipótese alguma trabalhar. Todavia, diante da realidade brasileira em que existem muitas famílias que possuem baixa renda e os filhos adolescentes necessitam participar do desenvolvimento econômico de sua família, nosso ordenamento jurídico autorizou o trabalho para os maiores de dezesesseis anos e aos maiores de quatorze anos, na condição de aprendiz. Mesmo com essa autorização, em todo trabalho desses adolescentes deve-se respeitar sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento visando sua proteção integral e prioridade absoluta em qualquer tomada de decisão.

Deve-se ter em mente que um adolescente precisa estudar e que o trabalho pode se revelar como um obstáculo ao seu pleno desenvolvimento, por isso há limitações de ordem constitucional ao trabalho dos menores de dezoito anos. Por outro lado, é importante que esses adolescentes não

fiquem ociosos e sejam capacitados profissionalmente para o trabalho, podendo participar de programas sociais que tenham por base o trabalho educativo (artigo 68, do ECA).

É necessário ter cuidado com esse argumento da ociosidade como forma de estimular o trabalho dos adolescentes, pois o que ocorre na realidade é o ingresso de adolescentes filhos de pais pobres e/ou desempregados no universo laboral como forma de ajudar o sustento da família, ao mesmo tempo em que os ensinos fundamental e médio não são incentivados pela família e pelos órgãos públicos, restando a esses adolescentes a busca por dignidade no trabalho, o que deveria encontrar na educação.

A gravidade da situação socioeconômica e a má distribuição de renda no país fazem com que crianças e adolescentes carentes tenham dificuldade de ingresso e permanência na escola e, conseqüentemente, entrem no mercado informal de trabalho, enquanto que crianças e adolescentes com condições financeiras melhores estão estudando nos melhores colégios e o trabalho não é considerado condição para a formação profissional.

Apesar de a Constituição permitir o trabalho de adolescentes, que deverá ser exercido levando em conta a condição de desenvolvimento dessas pessoas e assegurar-lhes seus direitos trabalhistas e previdenciários (artigos 227, §3º, II, da CF e 65, do ECA), o que se pode perceber é a entrada desses adolescentes no mercado informal de trabalho, exercendo atividades irregulares e em condições ilegais.

Jadir Cirqueira relata que o estudo realizado pelo UNICEF em 2004, sob o título “Prevenção e combate ao trabalho infantil e a exploração sexual”, mostrou que no Brasil havia cerca de 3,8 milhões de crianças e

adolescentes, com idade entre 5 e 16 anos, exercendo trabalho irregular. Relata também que, segundo pesquisa divulgada pela Organização Internacional do Trabalho, existem 10 milhões de crianças espalhadas pelo mundo que estão na mesma situação de trabalho irregular em condições ilegais, sofrendo violação de seus direitos, como realização de atividades por um período de 15 horas diárias.⁹¹

Na zona rural, existem crianças e adolescentes trabalhando nas lavouras, fazendas, mineração e nas margens de rios garimpáveis em condições miseráveis, sem terem direito ao mínimo de dignidade, principalmente na região Nordeste do Brasil. Já na zona urbana, podemos observar crianças e adolescentes nas ruas vendendo balas, doces e guloseimas nos semáforos, recolhendo lixo, latas e papelões nos locais públicos para revenderem, quando não estão sendo explorados sexualmente e sendo inseridos em organizações criminosas como vendedores de drogas.

Muitas dessas crianças e adolescentes não conseguem terminar os estudos e acabam abandonando a escola. Desta forma, não se qualificam profissionalmente e são excluídos do mercado formal de trabalho quando adultos tornando-se pessoas desempregadas e sem condições dignas de sobrevivência. Muitos, por acharem ser uma forma de solucionar seus problemas financeiros, acabam buscando no crime o que não conseguiram obter pela falta de formação técnica.

A triste realidade é que crianças e adolescentes, vítimas do trabalho informal infanto-juvenil, acabam sendo excluídas e vivendo às margens da sociedade. Infelizmente esse fato assola as regiões e famílias mais pobres do país. Essa população se tornará destinatária de políticas públicas assistencialistas, usuária de drogas, agente de atos infracionais, até se

⁹¹ Ibid. P. 100.

tornarem adultos criminosos fazendo parte do grande número da população carcerária no Brasil.

As estatísticas apresentadas no capítulo anterior mostram que grande parte dos adolescentes que estão cumprindo medidas socioeducativas privativas de liberdade, quando da prática do ato infracional, estava exercendo algum tipo de trabalho informal.

Para complementar tal afirmação, Klelia Aleixo afirma que:

“Quanto ao perfil dos jovens em provação de liberdade no Estado de São Paulo, pesquisa realizada pelo Instituto Universidade Empresa-UNIEMP, e pela Fundação Casa, em 2006, identificou que 70% dos adolescentes internados encontravam-se na faixa etária entre os 15 e 17 anos de idade; 68% ainda cursavam o Ensino Fundamental e 27% cursavam o Ensino Médio; 82% dos jovens declararam exercer atividades de trabalho informal. (...)”⁹²

Sobre o trabalho infantil, Carlos Rebelo declara que:

“Uma outra grande questão a ser enfrentada por tais projetos reside no fato de que, ao trabalhar, a criança deixa de realizar ou tem seriamente prejudicada a realização de duas atividades essenciais para o desenvolvimento humano: estudar e brincar. Sem estudo, a conquista de um lugar no mercado de trabalho torna-se muito difícil, pois essa é a principal estratégia para o desenvolvimento das potencialidades de uma pessoa. Da mesma forma, as brincadeiras infantis são indispensáveis para que a criança possa entender o mundo ao seu redor, testar habilidades físicas, aprender regras e colher os resultados positivos e negativos de seus efeitos. Em outras palavras: o brincar deve ser encarado com seriedade. Não se sabe se é a melhor, mas indubitavelmente é uma alternativa viável para a redução da criminalidade entre crianças e adolescentes.”⁹³

Consideramos que não só o brincar deve ser levado com seriedade, mas todas as necessidades que demandam um crescimento saudável de uma criança e de um adolescente. Como pessoas em desenvolvimento, precisam ter garantidos todos os seus direitos para que vivam com dignidade, para

⁹² ALEIXO, Klelia Canabrava. *Ato infracional: ambivalências e contradições no seu controle*. Curitiba: Editora Juruá, 2012. P. 179.

⁹³ REBELO, Carlos Eduardo Barreiros. *Maioridade penal e a polemica acerca de sua redução*. Belo Horizonte: Ius Editora, 2010. P. 49.

que se tornem alguém na sociedade e não meros seres desqualificados e excluídos da sociedade civil organizada.

Há uma urgente necessidade de o Poder Público olhar as mazelas que estão atingindo nossas crianças e nossos adolescentes que, sendo vítimas de violação de seus direitos, acabam se tornando violadores de direitos alheios ao praticarem um ato infracional. Não há mais como aceitar que nossa população infanto-juvenil continue sofrendo com violências sexual, psicológica e física, discriminação, opressão e negligência, ora da família, ora da sociedade e ora do Estado.

4.4. Drogas e sociedade de consumo

Outro problema vivenciado por crianças e adolescentes no Brasil é o envolvimento com as drogas, seja como usuário, seja como traficante. Sejam as drogas lícitas ou ilícitas, elas causam graves problemas de saúde como sequelas físicas ou mentais, podendo até levar à morte.

Muitas vezes, o primeiro contato com as drogas ocorre no seio familiar, pois os próprios pais são usuários e permitem que o que filhos menores experimentem cigarros e bebidas alcoólicas. Quando não começa dentro de casa, o uso de drogas se dá próximos às escolas, nas ruas e clubes por influência de amigos, agora não só cigarros ou bebidas alcoólicas, como também maconha, cocaína, craque e outros tipos de drogas.

Os pais têm um papel muito importante de manter seus filhos distantes do uso e do tráfico de drogas. Eles devem prestar a atenção nas mudanças de comportamentos de seus filhos, quem são seus amigos e quais são os lugares que eles estão frequentando. A omissão e negligência paterna têm contribuído para a autodestruição do adolescente dependente químico. A falta de percepção dos pais em seus filhos, o afrouxamento dos limites, a

falta de exemplo familiar e a falta de informação sobre os malefícios das drogas concorrem para o crescimento do seu uso.

Ao se tornar usuário de drogas, o adolescente começa a se envolver em práticas criminosas relacionadas ao seu uso como o roubo e o furto para manter seu vício. Além disso, ele não permanece sendo mero usuário, mas torna-se traficante-usuário, sendo recrutado, muitas vezes, pelos maiores de idade, para venda, revenda e distribuição de drogas em locais públicos. Os valores arrecadados vão financiar o crime organizado, a compra de armas de fogo e demais infrações penais.

Maurício de Jesus afirma que pesquisa realizada entre novembro de 1998 a novembro de 1999 no Rio de Janeiro, constatou que os adolescentes que estavam cumprindo medidas socioeducativas de privação ou restrição de liberdade por envolvimento com drogas, delinquiram por motivos de necessidades básicas e desejo de consumo de roupas e sapatos de marca, prostitutas, bebidas alcoólicas, lanchonetes da moda, etc.⁹⁴

O dinheiro arrecadado com o tráfico possibilita ao adolescente fazer parte do sistema de consumo ao qual nossa sociedade está arraigada que não seria possível na condição que ele vivia antes. O consumo possibilita que haja aceitação social do adolescente. Ao entrar em uma loja pra comprar um produto de marca, ninguém quer saber como ele conseguiu o dinheiro, o importante é que ele pode pagar pelo preço.

Numa sociedade em que o ter é mais valorizado que o ser, o adolescente se sente, agora com o dinheiro que não tinha antes do tráfico, aceito socialmente, com sensação de poder e status. A mídia contribui muito para essa sensação de bem-estar com o consumo, pois, não raras

⁹⁴ JESUS, Maurício Neves de. *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*. Campinas, SP: Servanda Editora, 2006. P. 117.

vezes, mostra pessoas que obtiveram ganhos inatingíveis para a maioria da população brasileira ostentando casas luxuosas, carros caríssimos e roupas de marca, sempre relacionando esse sucesso com a realização pessoal.

Nas favelas, onde há a dominação do tráfico, o chefe da boca torna-se um exemplo a ser seguido pelos adolescentes que iniciam suas vidas nas drogas, pois ele passa uma imagem de poder e autoridade, além de ter prestígios com as mulheres da comunidade. O tráfico oferece para os adolescentes oportunidades que eles não encontraram na sociedade, pois nas palavras de Maurício de Jesus “se a sociedade civil organizada não tem planos para os adolescentes, o crime organizado tem”.⁹⁵

Por serem pessoas mais vulneráveis e influenciáveis pela mídia e pelo meio comunitário que os adultos, os adolescentes precisam ter uma estrutura familiar sólida para mantê-los afastados do mundo crime. Por sua vez, o Estado precisa criar medidas de prevenção do crime e não apenas de repressão como tem feito. Ideias como redução da maioridade penal não seria a solução, pois lugar de criança e adolescente não é presídios onde terão a privação de sua liberdade, mas sim nas escolas recebendo uma educação de qualidade para que venham tornar-se cidadãos que vivam com dignidade.

É necessária a luta pela erradicação da marginalidade infanto-juvenil, que deve ser travada pelo Estado, pela família e pela sociedade, todos agindo de forma conjunta e integrada em busca de um objetivo comum: oferecer melhores condições de vida às nossas crianças e adolescentes.

⁹⁵ Ibid. p. 119.

Capítulo Quinto

5. Discussões acerca da redução da maioridade penal

A proposta de redução da maioridade penal de dezoito para dezesseis anos (ou até catorze anos de idade) é bastante polêmica e tem sido amplamente discutida no Brasil, ocupando grande destaque no cenário nacional em debates envolvendo políticos, juristas, legisladores e diversos outros segmentos da sociedade. Quando é divulgado um ato infracional grave praticado por adolescente há grande comoção social e a população começa a clamar por criação de leis e penas mais severas como solução para o problema da violência urbana.

A mídia sensacionalista exerce um papel crucial na propagação da ideia de que os adolescentes são os maiores responsáveis pela onda de violência que assola o nosso país, contribuindo para que a população, que se encontra refém da criminalidade, acredite que a solução para o problema da delinquência infanto-juvenil é a redução da maioridade penal e a consequente responsabilização dos adolescentes perante o Direito Penal da mesma forma que os adultos. Todavia, Munir Cury afirma que de acordo com o levantamento realizado Pelo Fórum Permanente de Entidades Não-Governamentais de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, as pessoas maiores de dezoito anos são responsáveis por 90% dos crimes, ao passo que os adolescentes são autores de apenas 10% das infrações.⁹⁶

Sobre o papel dos meios de comunicação, Tayanne Martins assevera que:

“Nosso país possui meios de comunicação de massa que tendem a transformar determinados acontecimentos em grandes espetáculos, especialmente quando os

⁹⁶ CURY, Munir. *Reduzir a idade penal não é solução*. In: *idade da responsabilidade penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003. P. 82.

sujeitos envolvidos são crianças e adolescentes, essa superexposição de fatos isolados acentua o medo e a sensação de insegurança na população e estimulam os debates sobre a maioridade, no entanto quando casos chocantes são noticiados surge um sentimento de revolta e as discussões perdem seu caráter racional e dão lugar ao acalorado discurso passional. Bobbio chama a mídia de quarto poder: ao lado do poder político, econômico e coercitivo, a mídia configura-se como o derradeiro pilar sobre a qual está erigida nossa singular elite latino-americana. Ou seja, estando concentrada nas mãos de uma restrita classe social, a mídia, com enfoque no contexto brasileiro, serve a interesses próprios, que por muitas vezes desvirtua-se do seu papel de fornecer informação isenta e presta-se a incutir no imaginário popular as ideologias que melhor lhes servirem.”⁹⁷

Pesquisa realizada pelo IBOPE Inteligência, em setembro do corrente ano, mostra que 83% da população é a favor da redução da maioridade penal para de 16 anos de idade.⁹⁸ A população tem a errônea sensação de impunidade quando se refere aos adolescente autor de ato infracional e, por isso, acredita numa resposta simplista e reducionista para o grave problema da criminalidade entre os adolescentes, como se o agravamento da punição fosse reduzir a violência.

A situação de vulnerabilidade em que se encontram os cidadãos quando são vítimas de violência cria uma mentalidade de vingança social, punição do infrator e defesa da vítima. Há um grande clamor por segurança e paz públicas, e quando há conhecimento de que um adolescente foi protagonista de um ato infracional a população insiste na redução da maioridade penal. No entanto, não se percebe a sociedade engajada na luta pelos direitos e proteção das crianças e adolescentes vítimas de vários tipos de violência no Brasil.

⁹⁷ MARTINS, Tayanne Vituriano. *A falácia da redução da maioridade penal como solução para a problemática da criminalidade*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14107. Acessado em 31 de outubro de 2014.

⁹⁸ IBOPE. *83% da população a favor da redução da maioridade penal*. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/paginas/83-da-populacao-e-a-favor-da-reducao-da-maioridade-penal.aspx>. Acessado em 31 de outubro de 2014.

Ariel Alves afirma que, de acordo com pesquisa realizada pelo Mapa da Violência 2012, em média, nove mil pessoas com idade entre 0 e 19 anos são assassinadas por ano e que em 2012 houve cento e trinta mil denúncias ao Disque 100 relatando abusos contra crianças e adolescentes.⁹⁹ Além desses dados, o relatório da UNICEF, divulgado em 04 de setembro de 2014, mostra que o Brasil ocupa o 6º lugar dos países do mundo em taxa de homicídio de pessoas com idade entre 0 e 19 anos de idade em 2012.¹⁰⁰

Defendendo a ideia de que castigos mais severos é solução para o problema da criminalidade, na década de 70, surgiu nos Estados Unidos uma política criminal chamada “Movimento Lei e Ordem”. Os defensores desse movimento veem na repressão máxima uma forma de redução de crimes como tráfico de drogas, extorsão mediante sequestro, estupros e torturas, considerando melhores as penas de morte e prisão perpétua. Para eles, com mais pena, mais rigor na imposição dos castigos e mais repressão, haverá mais segurança para a população.

O “Movimento Lei e Ordem” influenciou o Brasil na criação da Lei 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos, pois naquela época a população começou a se tornar vítima de crimes mais graves e causadores de pânico como o de extorsão mediante sequestro, principalmente as camadas mais altas da sociedade. Em contrapartida, neste mesmo ano foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90.

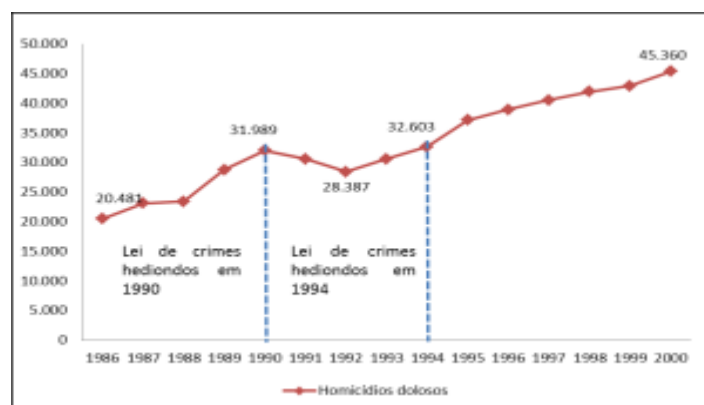
Embora a Lei dos Crimes Hediondos tenha aumentado as penas previstas no Código Penal para os crimes descritos no seu artigo 1º¹⁰¹e

⁹⁹ ALVES, Ariel de Castro. *O crime só inclui quando o Estado exclui!* In: *Redução da Idade Penal: socioeducação não se faz com prisão*. Brasília: CFP, 2013. P.36.

¹⁰⁰ BBC. *Relatório coloca Brasil em 6º em taxa de homicídio de crianças e jovens*. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/09/140904_unicef_homicidios_1k. Acessado em 31 de outubro de 2014.

¹⁰¹ Os crimes considerados hediondos pelo artigo 1º da Lei 8.072/90 são: homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente e homicídio qualificado; latrocínio; extorsão qualificada pela morte; extorsão mediante sequestro e

aumentado o tempo de cumprimento de pena para a obtenção da progressão de regime em seu artigo 2º, §2º¹⁰², não conseguiu reduzir a criminalidade, pois não houve diminuição da prática de crimes hediondos desde a sua edição. Pelo contrário, Luiz Flávio Gomes, jurista e presidente do Instituto Avante Brasil, demonstra através do gráfico abaixo, que após a Lei 8.930/94 que dá nova redação ao artigo 1º da Lei 8.072/90, o número de homicídios aumentou e de 1994 a 2000 houve um crescimento de 39%.¹⁰³



A insistência pelo recrudescimento da punição aos adolescentes autores de atos infracionais através da edição de leis mais severas desvia a atenção para a resolução dos verdadeiros problemas que os adolescentes enfrentam, isto é, desvia o foco das causas da violência: 1) péssima distribuição de renda e grandes desigualdades sociais gerando exclusão social; 2) violação dos direitos humanos e sociais dos adolescentes; 3) desestruturação das famílias; 4) má formação escolar, pois muitos adolescentes autores de atos infracionais não terminaram o ensino

na forma qualificada; estupro; estupro de vulnerável; epidemia com resultado morte; falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável e genocídio.

¹⁰² Art. 2º, §2º. A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e 3/5 (três quintos), se reincidente. Já o artigo 33, §2º do CP dispõe que as penas devem ser executadas de forma progressiva e o artigo 112, *caput*, da Lei de Execuções Penais estabelece que para a progressão para um regime mais brando, o condenado deve cumprir 1/6 da pena e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento.

¹⁰³ GOMES, Luiz Flávio. *Crimes hediondos e a ineficácia do populismo punitivo*. Disponível em: <http://institutoavantebrasil.com.br/crimes-hediondos-e-a-ineficacia-do-populismo-punitivo/>. Acessado em 31 de outubro de 2014.

fundamental; 5) trabalho informal e 6) entrada no tráfico de drogas como oportunidade de inserção social, na medida em que naquele grupo o adolescente se sente aceito.

Sobre o caminho para a delinquência, Munir Cury ensina que:

“O caminho à delinquência, como se provou, não é provocado apenas pela miséria. Lugares bem mais pobres que o Harlem ou a periferia do Rio de Janeiro têm índices várias vezes menores de violência e criminalidade. O caminho é feito pela permanente sensação de exclusão, a começar pela casa. Famílias desestruturadas e conflituosas tendem a provocar filhos desajustados, que buscam nas ruas a solidariedade e o respeito que não encontram em casa. Aderir a uma quadrilha não é apenas uma questão monetária. É a vontade de sentir-se respeitado, apoiado, temido. A arma é apenas um instrumento desse respeito, conforme determinam as regras do jogo.

A escola é o segundo cenário da exclusão. Não sabe como lidar com alunos rebeldes e seus currículos são distantes da realidade, quando não ultrapassados. Os professores, desmotivados. Para manter a disciplina, punem ou reprovam. O que representa mais uma agravante no problema da autoestima.

Laços frágeis na família, na escola, atração pelas gangues, acabam produzindo um círculo vicioso no qual entram as drogas. E, como é sabido, com baixo nível escolar, empregos qualificados se tornam praticamente impossíveis.

As perspectivas de estudo e trabalho vão, desta forma, se fechando. A marginalidade torna-se a única fonte de aceitação.”¹⁰⁴

Como já é cediço, a imputabilidade penal se inicia aos 18 anos e, quanto à possibilidade ou não da sua redução, podemos afirmar que existem três grupos na sociedade: 1) os que defendem a redução da maioridade penal, seja para 16 ou 14 anos; 2) os que acreditam que não deve haver redução da maioridade penal, mas entendem que é necessária uma mudança no ECA quanto a responsabilização do adolescente autor de ato infracional e 3) há um terceiro grupo que é contrário a redução da maioridade penal e à mudança do ECA, pois acredita que o cumprimento integral das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente tanto quanto à efetivação de direitos quanto à aplicação de medidas socioeducativas é suficiente para a redução da delinquência infanto-juvenil, posição essa a qual nos filiamos.

¹⁰⁴ CURY, Munir. *Reduzir a idade penal não é solução. In: idade da responsabilidade penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003. P. 82-83.

5.1. Principais argumentos utilizados por aqueles que são favoráveis à redução da maioridade penal

Por ora, serão apresentados alguns argumentos utilizados por aqueles que são a favor da redução da maioridade penal, sendo eles: a imputabilidade penal aos 18 anos não constitui cláusula pétrea e, portanto, pode ser alterada via emenda constitucional; impunidade, sendo o Estatuto da Criança insuficiente para responder aos atos praticados por adolescentes; capacidade de votar, pois se pode votar, também pode ser responsabilizado penalmente; maiores que aliciavam menores para a prática do crime, além do argumento de que os adolescentes estão muito mais informados atualmente se comparados aos adolescentes de 1940, possuindo um maior grau de discernimento.

5.1.1. Maioridade penal não constitui cláusula pétrea

A Constituição Federal estabeleceu limitações materiais ao Poder Constituinte Derivado de Reforma, constituindo-se tais limitações cláusulas pétreas. As cláusulas pétreas estão positivadas no artigo 60, §4º do texto constitucional, *in verbis*:

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...)
§ 4º - não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I – a forma federativa de Estado;
II – o voto direito, secreto, universal e periódico;
III – a separação dos Poderes;
IV – os direitos e garantias individuais.”

Os direitos e garantias individuais estão elencados no artigo 5º da Constituição Federal, havendo discussão na doutrina se tais direitos e garantias individuais estariam limitados aos que estão dispostos neste artigo ou se existem outros direitos e garantias espalhados pelo texto constitucional, se seria, portanto, o artigo 5º um rol meramente exemplificativo.

Para os que defendem a redução da maioridade penal, os direitos e garantias individuais expressos no artigo 5º da Constituição Federal são um rol taxativo e não se pode admitir que os outros direitos estejam em outros dispositivos da Constituição. Portanto, o artigo 228 da Constituição Federal que estabelece a inimputabilidade penal para os menores de dezoito anos não seria cláusula pétrea, sendo possível sua alteração através de emenda constitucional.

Neste sentido, entende Guilherme Nucci que:

“(...) Pela primeira vez, inseriu-se na Constituição Federal matéria nitidamente pertinente à legislação ordinária, como se vê no art.228: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. No mesmo prisma encontra-se o disposto neste artigo do Código Penal. A única via para contornar essa situação, permitindo que a maioridade penal seja reduzida, seria por meio de emenda constitucional, algo perfeitamente possível, tendo em vista que, por clara opção do constituinte, a responsabilidade penal foi inserida no capítulo *da família, da criança, do adolescente e do idoso*, e não no contexto dos direitos e garantias individuais (Capítulo I, art. 5º, CF). Não podemos concordar com a tese de que há direitos e garantias humanas fundamentais soltos em outros trechos da Carta, por isso também *cláusulas pétreas*, inseridas na impossibilidade de emenda prevista no art. 60, §4º, IV, CF (...).”¹⁰⁵

Compartilhando a mesma posição, Rogério Greco assevera que:

“Apesar da inserção no texto de nossa Constituição Federal referente à maioridade penal, tal fato não impede, caso haja vontade política para tanto, de ser levada a efeito tal redução, uma vez que o mencionado art. 228 não se encontra entre aqueles considerados irreformáveis, pois não se amolda ao rol da cláusulas pétreas elencadas nos incisos I a IV, do §4º, do art. 60 da Carta Magna. A única implicação prática da previsão da inimputabilidade penal no texto da Constituição Federal é que, agora, somente por meio de um procedimento qualificado de emenda, a maioridade penal poderá ser reduzida, ficando impossibilitada tal redução via lei ordinária.”¹⁰⁶

¹⁰⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 14ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. P. 282.

¹⁰⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 12ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2010. P. 381.

Os que defendem ser o artigo 228 da Constituição Federal cláusula pétrea, afirmam que o rol de direitos e garantias individuais elencados no artigo 5º não é exaustivo, sendo possível que hajam direitos e garantias individuais ao longo de todo texto constitucional, pois entendem que assim quis o Legislador Constituinte quando colocou expressamente no artigo 5º, §2º, da CF, que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Acreditam que o artigo 60, §4º, IV, da CF quis resguardar todos os direitos e garantias expressos na Constituição e não apenas os que estão elencados no artigo 5º, pois se assim fosse, haveria essa ressalva. Portanto, todo e qualquer direito e garantia individual previsto no texto constitucional de 1988, inclusive a inimizabilidade penal para os menores de dezoito anos, é insuscetível de emenda que tende a aboli-lo.

Corroborando esse entendimento, afirma João Saraiva:

“De tempos em tempos, retoma com força no País, em alguns setores da sociedade, a ideia de redução da idade de responsabilidade penal para fazer imputáveis os jovens a partir dos 16 anos (há quem defenda menos). Essa tese se faz inconstitucional, haja vista que o direito insculpido no art. 228 da CF (que fixa em 18 anos a idade de responsabilidade penal) se constitui em cláusula pétrea, pois é inegável seu conteúdo de “direito e garantia individual”, referido no art. 60, §4º, IV, da CF como insuscetível de emenda.”¹⁰⁷

Neste mesmo sentido, afirma Maurício de Jesus:

“Por fim, é de se reconhecer que o artigo 228 da Constituição da República, que fixa a idade penal, como cláusula pétrea, ou seja, como norma dotada de proteção contra reformas do texto constitucional. (...) Como direito fundamental, a idade

¹⁰⁷ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil. Adolescente e ato infracional*. 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 47.

penal está protegida pela intangibilidade fixada no artigo 60, §4º, inciso IV, do texto constitucional.”¹⁰⁸

Na mesma linha de raciocínio, Karyna Sposato entende que:

“Os intentos em modificar o sistema, admitindo-se que maiores de 16 anos, ou até mais jovens, recebam as mesmas penas que se aplicam aos adultos, representam uma violação da Constituição material, tendo em vista que a Constituição assegura, dentre as cláusulas pétreas constitucionais, os direitos e garantias individuais, conforme o também já mencionado art. 60, §4º, IV, da CF/1988. É direito individual de todo adolescente a possibilidade de responder pela prática de infrações penais com base em legislação especial, diferenciada do Código Penal, que se aplica aos adultos, maiores de 18 anos. É, portanto, matéria que não poderá ser abolida como se pretende nas propostas de emenda à Constituição.”¹⁰⁹

Gercino Neto entende que a garantia de inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos é cláusula pétrea e o constituinte não a colocou no rol do artigo 5º por técnica legislativa, preferindo colocar no capítulo referente à criança e ao adolescente. Desta forma, alega que:

“Quis o Constituinte separar os direitos e garantias das crianças e dos adolescentes, das disposições relativas ao conjunto da cidadania, visando à sua maior implementação e defesa. Assim, elegeu tais direitos, colocando-os em artigo próprio, com um princípio intitulado de prioridade absoluta, que faz com que a criança tenha prioridade na implementação de políticas públicas, por exemplo, e desta forma, inclusive por questão de coerência jurídico-constitucional, não iria deixar ao desabrigo do artigo 60, §4º, IV, os direitos e garantias individuais de crianças e adolescentes, quando foi justamente o contrário que desejou fazer.”¹¹⁰

A última proposta de emenda constitucional apresentada no Senado Federal com o objetivo de reduzir a maioria penal para dezesseis anos foi a PEC 33/12, de autoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira. Tal proposta permitia que adolescentes com idade entre dezesseis e dezessete anos fossem responsabilizados penalmente quando autores de crimes hediondos, desde que o laudo médico comprovasse sua capacidade de

¹⁰⁸ JESUS, Maurício Neves de. *Adolescente em conflito com a lei. Prevenção e proteção integral*. 1ª Edição. Campinas, SP: Servanda Editora, 2006. P. 141.

¹⁰⁹ SPOSATO, Karyna Batista. *Direito Penal de Adolescentes. Elementos para uma teoria garantista*. 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. P. 228-229.

¹¹⁰ NETO, Gercino Gerson Gomes. *A inimputabilidade como cláusula pétrea*. In: *Idade da responsabilidade penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.P. 43.

discernimento da gravidade do crime praticado; o Promotor de Infância e Juventude iniciasse a ação; o adolescente fosse julgado por Juiz de Vara Especializada e que o cumprimento de pena privativa de liberdade fosse em estabelecimento prisional próprio para adolescentes, separado dos adultos.

A PEC 33/12 foi rejeitada pela Comissão de Constituição de Justiça com onze votos contrários e oito favoráveis, em fevereiro do corrente ano. O Presidente Nacional da OAB parabenizou a manutenção da maioria penal e a rejeição da PEC 33/12, considerando inconstitucional a proposta, além de afirmar que “a redução pura e simples da maioria não iria proporcionar a reinserção social de menores infratores e a diminuição dos índices de criminalidade no país, benefícios tão reclamados pela sociedade”.¹¹¹

Nos filiamos àqueles que são contra a redução da maioria penal, entendendo que o direito à inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos é cláusula pétrea, sendo protegido pelo artigo 60, §4º, IV, da CF. Portanto, qualquer proposta de emenda constitucional tendente a reduzir a maioria penal é inconstitucional por ferir a limitação material imposta pelo Poder Constituinte Originário ao Poder Constituinte Reformador.

5.1.2. A lei garante a impunidade dos menores

Os ferrenhos defensores da redução da maioria penal alegam que o adolescente comete atos infracionais porque ele sabe que ficará impune, sendo a lei um manto de proteção para os adolescentes em conflito com a lei, assegurando-os a sua inimputabilidade penal. Essa falsa noção de impunidade é difundida por toda a sociedade e por isso a população em sua esmagadora maioria defende a redução da maioria penal. Para a

¹¹¹ Presidente nacional da oab saúda manutenção da maioria penal. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/26707/presidente-nacional-da-oab-sauda-manutencao-da-maioridade-penal>. Acessado em 01 de novembro de 2014.

sociedade, a resposta adequada à infração do adolescente seria colocá-lo no sistema prisional da mesma forma que os adultos.

Wilson Liberati traz, de maneira bastante elucidativa, a distinção entre impunidade e inimputabilidade penal:

“Há que se fazer, todavia, uma distinção entre inimputabilidade penal e impunidade. A inimputabilidade, considerada causa de exclusão da culpabilidade – ou seja, de exclusão da responsabilidade penal –, significa absoluta irresponsabilidade pessoal ou social diante do ato infracional praticado. Esse é o panorama jurídico pretendido pela primeira parte do preceito constitucional do art. 228.

Entretanto, a segunda parte da mesma norma conduz o intérprete a reconhecer que “uma legislação especial” determinará as regras e os mecanismos de “responsabilização” para os autores de ato infracional com idade inferior a 18 anos. Isso significa que esses sujeitos não ficarão “impunes”, mas deverão ser submetidos ao procedimento definido pela legislação especial.”¹¹²

A Constituição Federal estabeleceu na segunda parte do artigo 228 que os menores de dezoito anos estariam sujeitos às normas da legislação especial. Por isso, os adolescentes autores de ato infracional são sujeitos às medidas socioeducativas dispostas no Estatuto da Criança e do Adolescente, levando-se em consideração para a aplicação da medida mais adequada ao caso concreto a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Desta forma, mesmo que não haja responsabilidade penal, lhes serão aplicadas as medidas socioeducativas do artigo 112, do ECA, que vai da advertência até a privação total de liberdade. No entanto, na aplicação da medida socioeducativa devem ser levados em conta os fins educativos e pedagógicos da medida, a fim de que o adolescente tenha acesso à educação e profissionalização enquanto estiver sendo privado de sua liberdade.

¹¹² LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional. Medida socioeducativa é pena?* 2ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. P. 111.

João Saraiva defende que não há impunidade do adolescente autor de ato infracional quando diz que:

“A circunstância de o adolescente não responder por seus atos delituosos perante a Corte Pena não o faz irresponsável. Ao contrário do que sofismática e erroneamente se propala, o sistema legal implantado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente faz estes jovens, entre 12 e 18 anos, sujeitos de direitos e de responsabilidades e, em caso de infração, prevê medidas socioeducativas, inclusive com privação de liberdade.”¹¹³

O Estatuto da Criança e do Adolescente não propõe impunidade aos adolescentes e reduzir a maioridade penal para coloca-los no mesmo sistema prisional em que se encontram os adultos criminosos impediria que eles completassem seus estudos e se qualificassem para o trabalho, seriam segregados do convívio social para viverem em uma verdadeira “escola do crime”.

Insta salientar que o sistema prisional brasileiro não possui infraestrutura adequada para receber os adolescentes autores de ato infracional. Os presídios estão lotados e a população carcerária já superou o número de vagas disponíveis. O site Exame.com afirma que no período entre janeiro de 1992 e junho de 2013, a população carcerária aumentou em 403, 5%, enquanto o crescimento da população foi de 36%. O Brasil possui atualmente 574 mil pessoas presas, estando atrás apenas dos Estados Unidos (2,2 milhões), da China (1,6 milhão) e Rússia (740 mil).¹¹⁴

Sobre o déficit de vagas no sistema penitenciário brasileiro, Elionato Julião mostra que:

“Em termos absolutos, o déficit de vagas no sistema penitenciário brasileiro vem seguindo um crescimento vertiginoso: em 2003 era de 60.714; em 2004 passou

¹¹³ SARAIVA, João Batista Costa. *A idade e as razões: não ao rebaixamento da imputabilidade penal*. In: *Idade da responsabilidade penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003. P. 52.

¹¹⁴ Número de presos do Brasil aumentou mais de 400% em 20 anos. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/numero-de-presos-do-brasil-aumentou-mais-de-400-em-20-anos>. Acessado em 01 de novembro de 2014.

para 62.293, registrando um crescimento de 2,60% em relação ao ano anterior; em 2005 passou para 90.630, ou seja, cresceu 45,05% em relação a 2004; em 2006, alcançou 103.433, registrando um crescimento de 14,46%, quando comprado ao ano de 2005; já em 2007, último ano divulgado pelo Depen/MJ, atingiu 116.844, registrando um crescimento de 12,96% em comparação a 2006. Analisando os dados referentes ao cinco anos registrados – os dados de 2003 a 2007, evidencia-se um aumento de 92,44% no déficit de vagas do sistema penitenciário do país.”¹¹⁵

Diante essa realidade de superpopulação carcerária podemos nos perguntar qual seria o benefício se colocarmos adolescentes num sistema que não tem condições nem de receber os adultos. Esse grande contingente de presos resulta em ambientes promíscuos, violentos e violadores dos direitos humanos, não havendo qualquer chance de se obter sucesso na ressocialização do preso adulto, mais difícil seria ressocializar um adolescente em pleno desenvolvimento em locais que se encontram nessa situação. Seria mais fácil esses adolescentes tornarem-se mais bem preparados para a novas práticas criminosas.

Como a adolescência é uma fase de desenvolvimento e de grandes transformações na vida de uma pessoa, seria mais fácil incutir no adolescente valores éticos, sociais e morais para que não venha mais desenvolver condutas antissociais. A perspectiva de punição deve ser transformada em uma perspectiva de educação e orientação, pois quando os adolescentes são adequadamente submetidos às medidas socioeducativas eles têm grandes chances de serem reintegrados ao convívio social, livres das práticas infracionais.

Dados do Conselho Nacional de Justiça mostram que a reincidência dos adultos do sistema prisional é de 70%.¹¹⁶ Já o índice de reincidência de adolescentes que cumprem medidas socioeducativas é bem menor,

¹¹⁵ JULIÃO, Elionato Fernandes. *Sistema penitenciário brasileiro. A educação e o trabalho na Política de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Editora De Petrus et Alii, 2012. P. 123-124.

¹¹⁶ Juristas estimam em 70% a reincidência nos presídios brasileiros. Disponível em: <http://noticias.r7.com/cidades/juristas-estimam-em-70-a-reincidencia-nos-presidios-brasileiros-21012014>. Acessado em 01 de novembro de 2014.

destacando Ariel Alves que na Fundação Casa em São Paulo, o índice de reincidência é de aproximadamente 13%.¹¹⁷ Deste modo, reduzir a maioria penal iria contribuir para que adolescentes praticassem mais crimes ao saírem dos presídios.

Esse grande número de reincidentes mostra a falibilidade do sistema prisional brasileiro. Sobre o tema, Mônica Cuneo faz a seguinte observação:

“Embora seja controvertido o tema ora versado, é opinião unânime entre os criminólogos e penalistas que nosso sistema penitenciário está falido, sendo incansável a busca por alternativas para reduzir a aplicação da pena privativa de liberdade, substituindo-as por outras medidas que possam representar uma eficaz resposta penal para aquele que delinuiu, sem contudo, remetê-lo ao cárcere, conforme preconiza o chamado “Direito Penal Mínimo”, através do qual a privação da liberdade só ocorre quando todos os outros mecanismos de controle social falirem.”¹¹⁸

Sobre as deficiências do sistema penitenciário, Cezar Bitencourt, assevera que:

“Na maior parte dos sistemas penitenciários podem ser encontradas as seguintes deficiências: 1ª) Falta de orçamento. Infelizmente, nos orçamentos públicos, o financiamento do sistema penitenciário não é considerado necessidade prioritária, salvo quando acabam de ocorrer graves motins carcerários. 2ª) Pessoal técnico despreparado. Em muitos países a situação se agrava porque o pessoal não tem garantia de emprego ou não tem uma carreira organizada, predominando a improvisação e o empirismo. Nessas condições é impossível desenvolver um bom relacionamento com os internos. 3ª) Nas prisões predomina a ociosidade e não há um programa de tratamento que permita pensar na possibilidade de o interno ser efetivamente ressocializado.

A superpopulação das prisões, a alimentação deficiente. O mau estado das instalações, pessoal técnico despreparado, falta de orçamento, todos esses fatores convertem a prisão em um castigo desumano.”¹¹⁹

¹¹⁷ Incide de reincidência em unidades para adolescentes são menores do que em presídios. Disponível: <http://memoria.ebc.com.br/radioagencianacional/materia/2013-04-29/%C3%ADndices-de-reincid%C3%A2ncia-em-unidades-para-adolescentes-s%C3%A3o-menores-do-que-em-pres%C3%AD>. Acessado em 01 de novembro de 2014.

¹¹⁸ CUNEO, Mônica Rodrigues. *Inimputabilidade não é impunidade: derrube este mito, diga não à redução da idade penal*. In: *Idade da responsabilidade penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003. P.74.

¹¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão. Causas e alternativas*. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. P. 230.

Diante do traumático ambiente carcerário em que é submetido o adulto delinquente torna-se paradoxal falar em reabilitação de um indivíduo que é preso, além dos transtornos psicológicos que são inevitáveis, pois o indivíduo acaba se adaptando ao meio carcerário e na maioria das vezes não consegue eliminá-los quando subsiste a pena de prisão. Não é sensato querer que nossos adolescentes sejam vítimas de todos os efeitos negativos da vida carcerária com a redução da maioridade penal, contribuindo para o aumento da violência.

5.1.3. Capacidade de votar

A Constituição Federal estabelece o voto facultativo para os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos no seu artigo 14, §1º, II, c. Os defensores da redução da maioridade penal utilizam o argumento de que se um adolescente maior de dezesseis anos pode votar, escolhendo cargos importantes do seu país que vai de Vereador até Presidente da República, ele também deveria ser responsabilizado penalmente diante seus atos infracionais.

É importante ressaltar que o voto é facultativo para os adolescentes maiores de dezesseis anos, enquanto a imputabilidade penal é compulsória. Apesar de Constituição Federal ter possibilitado o direito de voto a essa parte da população, poucos se inscrevem como eleitores por lhes faltarem informação. O Promotor de Justiça Murilo Digiácomo afirma que apenas 25% dos adolescentes com idade entre 16 e 17 anos tiram o título de eleitor para exercerem o direito de voto.¹²⁰

Além disso, os adolescentes nesta faixa etária não poderão se eleger para cargo algum, isto é, não poderão ser votados. A Constituição Federal

¹²⁰ DIGIÁCOMO, Murilo José. *Redução da idade penal: solução ou ilusão? Mitos e verdades sobre o tema*. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=255>. Acessado em 15 de setembro de 2014.

fixa diversos parâmetros etários para a possibilidade do exercício de determinados direitos civis.

Sobre esse tema, vale transcrever o que João Saraiva diz:

“A propósito, a legislação brasileira fixa diversos parâmetros etários, não existindo uma única idade em que se atingiria, no mesmo momento, a “maioridade absoluta”. Um adolescente pode trabalhar a partir dos 16 anos, como aprendiz desde os 14. Um cidadão somente pode adquirir uma arma a partir dos 25 anos, e, no plano eleitoral, estabelece que para concorrer a vereador deve ter idade mínima de 18 anos; 21 anos para Deputado, Prefeito ou Juiz de Paz; 30 anos para Governador, e 35 anos para Presidente, Senador ou Ministro do STF ou STJ. Tanto é assim que Jesus Cristo, que morreu aos 33 anos, a par de sua indiscutível capacidade e discernimento, no Brasil não poderia exercer a Presidência da República.”¹²¹

Monica Cuneo defende que o argumento baseado na possibilidade de o adolescente votar mostra-se frágil:

“Quanto ao fato de defenderem alguns a redução da idade penal em razão da possibilidade conferida ao jovem de votar aos dezesseis anos, escolhendo seus mandatários, cumpre salientar que o exercício do voto aos dezesseis anos é facultativo e não obrigatório (art. 14, II, c, da CR/88), já que a legislação brasileira fixa idades diferentes para situações diversas, não justificando o rebaixamento do limite etário com base nesse fundamento, pela própria fragilidade que encerra em si, fazendo cair por terra o argumento da pretensa incoerência técnico-jurídica.”¹²²

Diante da fragilidade deste argumento utilizado pelas pessoas que defendem propostas reducionistas, consideramos que ele não deve prevalecer e que a redução da maioridade penal não é a solução para o problema da criminalidade infanto-juvenil.

5.1.4. Maiores aliciam menores para a prática de crimes

¹²¹ SARAIVA, João Batista. *Compêndio de direito penal juvenil. Adolescente e ato infracional*. 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 53.

¹²² CUNEO, Mônica Rodrigues. *Inimutabilidade não é impunidade: derrube este mito, diga não à redução da idade penal*. In: *Idade da responsabilidade penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003. P.77.

Outro argumento utilizado pelos que defendem a redução da maioridade penal é o fato de que maiores de dezoito anos recrutam os menores para praticarem atos infracionais por saberem que eles não serão presos no sistema carcerário destinado aos adultos. Embora este argumento seja uma triste realidade, reduzir a idade penal só faria com que os responsáveis pelo recrutamento de adolescentes buscassem pessoas cada vez mais jovens para serem inseridas no mundo do crime.

Este é um argumento muito fraco, pois se o adolescente de dezesseis anos que está obedecendo as ordens de um maior for preso, outro adolescente o substituirá, ou seja, enquanto houver um mandante, nunca irá acabar a demanda. Então, faz-se necessário que haja punição daqueles que se aproveitam dos adolescentes para fomentarem seus projetos criminosos.

De acordo com João Saraiva:

“O argumento de que cada vez mais adultos se servem de adolescentes para a prática de crimes e que, por isso, faz-se necessária a redução da idade de imputabilidade penal é bastante curioso. Ora, pretende-se estender ao mandante o mesmo sistema que não alcança o mandante? Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, regra geral do concurso de agentes. Se a questão for de eficácia de sistema; porque o mandante (de regra “pior” que o executor direto) não é responsabilizado? Aliás, reprimindo o mandante, se exclui a demanda. Na verdade, o argumento dos arautos do rebaixamento se faz falacioso. O Estatuto oferece amplos mecanismos de responsabilização destes adolescentes infratores, e, o que se tem constatado, em não raras oportunidades, é que, enquanto o coautor adolescente foi privado de liberdade, julgado e sentenciado, estando um cumprimento de medida, seu parceiro imputável muitas vezes sequer teve seu processo em juízo concluído, estando frequentemente em liberdade.”¹²³

Acreditamos que tal argumento não deve prosperar e os mandantes sejam efetivamente responsabilizados por aliciar menores em suas práticas criminosas, respaldados na falsa ideia de que os adolescentes ficarão impunes e não sofrerão qualquer responsabilização pela infração cometida.

5.1.5. Argumento do discernimento

¹²³ SARAIVA, João Batista Costa. *A idade e as razões: não ao rebaixamento da imputabilidade penal*. In: *Idade da responsabilidade penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003. P. 54-55.

Argumenta-se que os adolescentes atualmente possuem maiores facilidades de acesso à informação tornando-se, por isso, pessoas mais maduras e capazes de ter discernimento dos seus atos contrários à lei. É bem verdade que os adolescentes recebem muitas informações, principalmente da mídia televisiva. No entanto, tal meio de comunicação não se preocupa com a formação dos menores, banalizando o sexo, a violência e os valores familiares, pois visam somente lucros incessantes. Os adolescentes vão adsorvendo essas informações sem terem a capacidade de fazerem o juízo crítico apropriado, pois o amadurecimento não advém delas.

Os defensores da redução da maioridade penal alegam ainda que com a independência concedida pelos pais a esses adolescentes faz com que eles não sejam mais considerados inocentes como na época da criação do Código Penal de 1940, fazendo-se necessário que a lei acompanhe as mudanças ocorridas na personalidade dos adolescentes ao longo dos anos.

Não se pode negar que um adolescente possui o necessário discernimento para distinguir o que é certo e errado. Se apenas tal requisito fosse necessário poderíamos estar responsabilizando crianças de dez anos de idade, por exemplo. No entanto, não foi essa a preocupação do legislador, que por critérios de política criminal, estabeleceu a imputabilidade a partir dos dezoito anos por entender que adolescentes não podem ser punidos da mesma forma que adultos, pois devido a sua condição de pessoa em desenvolvimento devem receber medidas com finalidades pedagógicas, buscando sempre sua reeducação e reinserção social.

Refutando o argumento do discernimento, Mônica Cuneo esclarece que:

“Os defensores da redução da imputabilidade penal para dezesseis anos partem de uma visão errônea do sistema de atendimento voltado para jovens infratores, perfilando o entendimento que a atual legislação menorista estimula e garante a impunidade, impedindo o Estado de exercer seu *ius puniendi* em relação a jovens suficientemente conscientes de sua atitude proibida, argumentando, ainda, não ser plausível que um adolescente com idade entre dezesseis e dezoito anos tenha comprometida sua capacidade de discernimento estando já apto a reconhecer e identificar se sua conduta é ou não contrária à lei, na medida em que, nos idos de 1940, data da promulgação do Código Penal, o desenvolvimento mental das pessoas era inferior ao de pessoa de igual idade, nos dias atuais.

Com efeito, não se olvide que o jovem, nessa faixa etária, possui o necessário discernimento de entender e querer. Contudo, após estudos, por razões de política criminal, estabeleceu-se, como alternativa ao método rígido dispensado aos imputáveis, ou seja, o caráter predominantemente retributivo e punitivo das penas privativas de liberdade, um sistema mais flexível de medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, as quais vão desde advertência até a internação (artigo 112), com o escopo primordial de educar e ressocializar, prevenindo a prática de ulteriores condutas antissociais, afastando-se, assim, a inadequada afirmação daqueles que insistem em anunciar que os menores de dezoito anos, quando cometem atos infracionais, não são responsabilizados.”¹²⁴

Munir Cury também combate o argumento de discernimento ao defender que:

“O limite de 18 anos, fixado pelo artigo 228 da Constituição Federal, baseia-se em critério de política criminal, nada tendo com a capacidade ou incapacidade de entendimento. É claro que o jovem e mesmo a criança têm o necessário discernimento, sendo ambos capazes de perceber que é reprovado furtar, danificar, matar, e não se submetem às regras penais, não só porque a Criminologia concluiu resultar inconveniente aos próprios fins de prevenção e repressão da criminalidade submetê-los ao sistema reservado aos adultos, como e sobretudo pelo fato de a Política Criminal, considerando a falência do sistema carcerário, propor como alternativa ao método rígido das penas criminais um sistema flexível de medidas protetivas e/ou socioeducativas, capazes, conforme o caso, de proteger, educar, e até punir, prevenindo práticas antissociais.”¹²⁵

Portanto, o argumento do discernimento pode ser considerado falacioso, pois apesar da possibilidade de um adolescente ter o discernimento de que sua prática está contrária às normas penais, o legislador optou por destinar a essa população em desenvolvimento um tratamento diferenciado dos adultos, com grandes chances de bons resultados no processo pedagógico, havendo mudanças de comportamento.

¹²⁴ CUNEO, Mônica Rodrigues. *Inimputabilidade não é impunidade: derrube este mito, diga não à redução da idade penal*. In: *Idade da responsabilidade penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003. P. 71.

¹²⁵ CURY, Munir. *Reduzir a idade penal não é solução*. In: *idade da responsabilidade penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003. P. 84-85.

5.2. Os que defendem a alteração do ECA

Existem ainda aqueles que apesar de não concordarem com a redução da maioridade penal, defendem que é necessária uma mudança em alguns dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente como o aumento do tempo máximo de internação e da idade de liberação compulsória. Acreditam que deve haver maior rigor na resposta estatal ao adolescente autor de ato infracional.

Essa é a posição de Roberto Delmanto, afirmando que:

“As atuais regras do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao estabelecerem que o período máximo de internação do menor não poderá exceder a três anos (art. 121, § 3º) e que a liberação será compulsória aos 21 anos de idade (art. 121, § 5º), não são, por outro lado, justas. Com efeito, o menor que mata para roubar na véspera de completar dezoito anos, só poderá ficar internado até a véspera de atingir 21 anos; e, se o fez com quinze anos, deverá ser liberado no máximo aos dezoito.

Como solução mais equilibrada, já tive oportunidade de, no "Código Penal Comentado" do qual sou co-autor juntamente com CELSO ROBERTO JÚNIOR e FÁBIO DELMANTO (5. ed., Renovar, p. 53), propor que, nos atos infracionais praticados dolosamente por menor dos quais resultasse morte ou lesão gravíssima, o limite máximo de internação e o prazo para a liberação compulsória pudessem ser razoável e proporcionalmente dilatados. Mas sendo sempre inferiores aos prazos de prisão previstos na legislação penal para os maiores de dezoito anos, em situações semelhantes.”¹²⁶

Não acreditamos que seja necessária a alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois é considerada uma lei bastante avançada se comparada com as legislações infanto-juvenis da América Latina. cremos que a lei precisa ser efetivamente cumprida e os mecanismos de socioeducação corretamente implementados.

5.3. Não à redução da maioridade penal e as possíveis soluções para a redução da criminalidade infanto-juvenil

¹²⁶ DELMANTO, Roberto. *Maioridade penal*. Disponível em: http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_26_2_4.php. Acessado em 01 de novembro de 2014.

Apesar de grande parte de a população ser a favor da redução da maioria penal por estar respaldada em argumentos superficiais e falaciosos, existem alguns setores da sociedade que, por se dedicarem ao problema da criminalidade infanto-juvenil, se posicionam contra a proposta de diminuição da imputabilidade penal estabelecida aos maiores de 18 anos pelo artigo 228 da Constituição Federal.

O Conselho Federal de Psicologia apresentou dez razões pelas quais é contra a redução da maioria penal, sendo importante mencioná-las:

- “1. A adolescência é uma das fases do desenvolvimento dos indivíduos e, por ser um período de grandes transformações, deve ser pensada pela perspectiva educativa. O desafio da sociedade é educar seus jovens, permitindo um desenvolvimento adequado tanto do ponto de vista emocional e social quanto físico;
2. É urgente garantir o tempo social de infância e juventude, com escola de qualidade, visando condições aos jovens para o exercício e vivência de cidadania, que permitirão a construção dos papéis sociais para a constituição da própria sociedade;
3. A adolescência é momento de passagem da infância para a vida adulta. A inserção do jovem no mundo adulto prevê, em nossa sociedade, ações que assegurem este ingresso, de modo a oferecer – lhe as condições sociais e legais, bem como as capacidades educacionais e emocionais necessárias. É preciso garantir essas condições para todos os adolescentes;
4. A adolescência é momento importante na construção de um projeto de vida adulta. Toda atuação da sociedade voltada para esta fase deve ser guiada pela perspectiva de orientação. Um projeto de vida não se constrói com segregação e, sim, pela orientação escolar e profissional ao longo da vida no sistema de educação e trabalho;
5. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) propõe responsabilização do adolescente que comete ato infracional com aplicação de medidas socioeducativas. O ECA não propõe impunidade. É adequado, do ponto de vista da Psicologia, uma sociedade buscar corrigir a conduta dos seus cidadãos a partir de uma perspectiva educacional, principalmente em se tratando de adolescentes;
6. O critério de fixação da maioria penal é social, cultural e político, sendo expressão da forma como uma sociedade lida com os conflitos e questões que caracterizam a juventude; implica a eleição de uma lógica que pode ser repressiva ou educativa. Os psicólogos sabem que a repressão não é uma forma adequada de conduta para a constituição de sujeitos sadios. Reduzir a idade reduz a igualdade social e não a violência - ameaça, não previne, e punição não corrige;
7. As decisões da sociedade, em todos os âmbitos, não devem jamais desviar a atenção, daqueles que nela vivem, das causas reais de seus problemas. Uma das causas da violência está na imensa desigualdade social e, consequentemente, nas péssimas condições de vida a que estão submetidos alguns cidadãos. O debate

sobre a redução da maioridade penal é um recorte dos problemas sociais brasileiros que reduz e simplifica a questão;

8. A violência não é solucionada pela culpabilização e pela punição, antes pela ação nas instâncias psíquicas, sociais, políticas e econômicas que a produzem. Agir punindo e sem se preocupar em revelar os mecanismos produtores e mantenedores de violência tem como um de seus efeitos principais aumentar a violência;

9. Reduzir a maioridade penal é tratar o efeito, não a causa. É encarcerar mais cedo a população pobre jovem, apostando que ela não tem outro destino ou possibilidade;

10. Reduzir a maioridade penal isenta o Estado do compromisso com a construção de políticas educativas e de atenção para com a juventude. Nossa posição é de reforço a políticas públicas que tenham uma adolescência sadia como meta.”¹²⁷

As razões apontadas pelo Conselho Federal de Psicologia são bastante pertinentes, pois verdadeiramente a adolescência é um período de profundas transformações e preparação para a vida adulta. Por isso, os adolescentes precisam receber a educação adequada para o exercício da sua cidadania. Quando um adolescente cometer um ato antissocial deve ser, desde logo, orientado para que não torne a repeti-los, buscando sempre sua integração social e não sua segregação, como querem os que defendem a redução da maioridade penal.

Apesar de muitos acharem que os adolescentes permanecem impunes quando praticam alguma infração, já existe no Estatuto da Criança e do Adolescente um rol de medidas que poderão ser aplicadas e todo um procedimento apuração do ato infracional, garantindo ao adolescente infrator todos os direitos e garantias processuais de que gozam os adultos.

Como já demonstrado em outros momentos no presente trabalho, os adolescentes não são responsáveis pelo maior de número de crimes no país, pelo contrário, representam apenas 10% das infrações. Por isso, a sociedade não pode alegar que se encontra refém da violência cometida

¹²⁷ CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Redução da Idade Penal: socioeducação não se faz com prisão*. Brasília: CFP, 2013. P. 49-50.

principalmente por crianças e adolescentes. Eles cometem infrações sim, mas em menor escala quando comparados aos adultos.

Aumentar o rigor da resposta estatal ao ato infracional, com imposição das mesmas penas destinadas aos adultos não irá reduzir a violência, pois assim como aconteceu após o surgimento da Lei de Crimes Hediondos que pune mais severamente os autores dos crimes descritos em seu art. 1º e mesmo assim não houve um freio na prática de tais crimes, acontecerá com os adolescentes. Eles são encarcerados no sistema prisional e cada vez mais cedo entrarão para o mundo do crime.

Lançar adolescentes no sistema carcerário seria destinar-lhes um futuro sem esperança e expectativas de mudança. O preso não é ressocializado na prisão, pelo contrário, ele sofre o processo de adaptação aos costumes, práticas e modo de vida da prisão e, ao ser posto em liberdade, não sabe mais viver pacificamente em comunidade. Além disso, ele sai mais “malandro” e experiente do que quando entrou devido à convivência diária com homens já completamente desvirtuados e sem valores sociais.

Não há benefício algum em submeter um adolescente ao sistema prisional superpopuloso, com infraestrutura precária, violador de direitos humanos, comprometido com a punição e retribuição e não com a ressocialização, pois não seria compatível com a sua condição peculiar de desenvolvimento, tampouco respeitaria o Princípio da Proteção Integral consubstanciado no artigo 227 da Constituição Federal.

Com a redução da maioria penal, o Estado se eximiria de sua responsabilidade de tratar do problema da criminalidade infanto-juvenil, porque ele é real e precisa ser solucionado. Privar os adolescentes da sua liberdade no sistema prisional dos adultos seria uma forma de segregar

aqueles que não são bem-vindos na sociedade e representam uma ameaça à segurança e paz públicas, porque, é muito mais fácil “se livrar” de uma pessoa “problemática” do que buscar quais são as causas de seus transtornos e as possíveis soluções.

Existem vários problemas que concorrem para a prática de infrações penais por crianças adolescentes como a desestruturação familiar, déficit escolar, entrada no mercado informal de trabalho como forma de subsistência própria ou da família e o tráfico de drogas. Essas são algumas das causas do problema da criminalidade de menores e, por isso, devem ser combatidas, pois se não for assim, será atacada apenas a consequência com a redução da maioridade penal.

Se efetivamente houvesse a redução da maioridade penal, não haveria mais espaços para pessoas criminosas nos presídios, pois os problemas se manteriam e a cada nova geração veríamos um grande contingente de crianças e adolescentes se aliciando no mundo do crime.

Há a imperiosa necessidade de que seja cumprido o que determinam o artigo 227 da Constituição Federal e o artigo 4º da Criança e do Adolescente, que dispõem ser dever do Estado, da família e da sociedade a garantia de direitos fundamentais de crianças e adolescentes, estando livres de toda forma de negligência, discriminação e opressão. É evidente que nem todos os direitos das crianças e adolescente são garantidos e respeitados, sendo essa população, por sua maior vulnerabilidade, vítima de vários tipos de violência.

Se os destinatários das normas supramencionadas não se comprometerem com o cuidado da população de crianças e adolescentes no Brasil, não terão direito de exigirem delas posturas corretas e adequadas, pois o aluno apenas aprende o ensinamento do professor, ou seja, aqueles

que um dia foram omissos na efetivação de direitos/agentes de violação de direitos, se tornarão vítimas de violência.

Sobre esse tema, Cleonice Resende e Helena Duarte afirmam que:

“A falta de vontade política dos governantes na implementação de políticas básicas é um dos fatores responsáveis pelo aumento da criminalidade em todas as faixas etárias. Por outro lado, não se pode esperar outra consequência senão o aumento da violência urbana em um país com uma péssima distribuição de riquezas, onde há uma concentração absurda da renda nas mãos de poucos, sendo que grande parte da população fica marginalizada, ou seja, sem efetivamente usufruir as riquezas produzidas pelo país. Não se pode esperar resultado diverso em uma nação que vive atolada em miséria, fome, desemprego, onde a grande maioria dos jovens não têm acesso a atividades de lazer, cultura e esporte, permanecendo todo o tempo na ociosidade e, como consequência, acabam desviando-se para a criminalidade.

Por outro lado, a própria sociedade tem se mostrado omissa não só quanto à cobrança do papel do Estado, como também ao questionamento das verdadeiras causas do aumento da criminalidade. Diante do crescimento da violência, a sociedade prioriza soluções imediatistas, as quais não vão sanar as causas do problema.”¹²⁸

O problema da violência em que crianças e adolescentes são autores e vítimas precisa ser enfrentado pelo Estado, pela sociedade e pela família. Por mais que se tenham avanços na efetivação de direitos da população infanto-juvenil, há ainda muito que ser feito. Deve haver uma real valorização da educação, possibilitando que crianças e adolescentes recebam uma educação de qualidade, alcançando maiores níveis de escolaridade e qualificação para o mercado de trabalho.

Com uma boa educação de base, um jovem conseguirá entrar numa universidade pública sem haver necessidade de cotas, irá se qualificar e conseguir obter seu espaço no competitivo mercado de trabalho. Se assim for, o jovem irá se tornar um adulto que possui condições próprias de sustento, adquirindo uma vida digna e não precisará buscar por meios alternativos de inserção e aceitação social.

¹²⁸ RESENDE, Cleonice Maria; DUARTE, Helena Rodrigues. *Redução da idade penal*. In: *Idade da responsabilidade penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003. P. 23.

As questões que envolvem crianças e adolescentes precisam ser absoluta prioridade, devendo o Estado criar políticas públicas para atender as necessidades dessa parte da população como moradia digna, educação, lazer, saúde, alimentação, dignidade, profissionalização, respeito e convivência familiar.

Importante movimento contra a redução da maioridade penal foi o plebiscito realizado no dia 26 de outubro junto às eleições presidenciais e parlamentares no Uruguai para definir se haveria ou não a redução da maioridade penal de dezoito para dezesseis anos. Segundo notícia da Carta Capital, 53,23% dos votos foram contra a redução.¹²⁹

Se comprada a população brasileira, a população uruguaia demonstra maior maturidade quanto ao tema da redução da maioridade penal. Como já demonstrado, há uma porcentagem maior de brasileiros que clamam por maior repressão aos adolescentes autores de atos infracionais e, conseqüente diminuição da imputabilidade penal. Deve haver maior conscientização do povo brasileiro de que não é reduzindo a maioridade que vamos conseguir obter a queda no índice de infrações penais, mas sim na plena efetivação de medidas que objetivam garantir direitos de crianças e adolescentes.

Importante salientar que é de extrema importância a correta aplicação das medidas socioeducativas para que os fins pedagógicos pretendidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo sejam alcançados. O problema da criminalidade e as alternativas para a sua solução precisam ser levados a sério.

¹²⁹ CAMBAÚVA, Daniella. *Uruguaios dizem não à redução da maioridade penal*. Disponível em: <http://redelatinamerica.cartacapital.com.br/uruguai/uruguaios-dizem-nao-a-reducao-da-maioridade-penal/>. Acessado em 01 de novembro de 2014.

CONCLUSÃO

Há uma tendência mundial em fixar a imputabilidade penal aos dezoito anos, existindo em muitos países um sistema de responsabilização de menores. Da mesma forma é no Brasil, na medida em que apenas os maiores de dezoito anos respondem pela prática de crimes perante a justiça comum, recebendo as penas instituídas pelo Direito Penal. Já os adolescentes com idade entre doze e dezoito anos serão responsabilizados perante o Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo submetidos a medidas protetivas e/ou socioeducativas com finalidade pedagógica e educativa.

Houve um longo caminho percorrido para que crianças e adolescentes se tornassem sujeitos de direitos e garantias individuais, para que se tornassem protagonistas da sua própria história, e não apenas meros objetos de proteção por parte do Estado, que, muitas vezes, privava o adolescente de sua liberdade apenas por considera-lo abandonado. Não havia distinção entre os que verdadeiramente delinquiam e os que eram apenas violados de seus direitos mais elementares para que se ter uma vida digna.

Ao passar dos anos, foram promulgadas importantes cartas internacionais de proteção aos direitos das crianças e dos adolescentes das quais o Brasil se tornou signatário, como a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 e a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989. Tais documentos influenciaram na implementação da Doutrina da Proteção Integral e do Princípio da Prioridade Absoluta na Constituição Federal de 1988 e na criação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceram diversos direitos e garantias individuais a crianças e

adolescentes, tendo como destinatários dessas normas o Estado, a família e a sociedade. Todos devem envidar esforços para que não haja violação de direitos dessa parte vulnerável da população.

Apesar de haver previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente de medidas de proteção e socioeducativas que serão aplicadas ao adolescente autor do ato infracional, existe uma corrente que defende a redução da maioridade penal como se tal medida fosse a solução para o problema da violência urbana em que cada vez mais se veem adolescentes sendo protagonistas.

Não obstante a participação de adolescentes no mundo do crime, a redução da maioridade penal não irá solucionar o problema da criminalidade infanto-juvenil, pois esta é apenas uma consequência de diversos fatores que concorrem para que o adolescente seja incluído nas práticas criminosas.

As verdadeiras causas da violência precisam ser combatidas para que se possa criar uma sociedade mais justa e igualitária. Se não houver melhor distribuição de renda, valorização da educação, profissionalização, acompanhamento familiar, assistência social, enfrentamento ao abuso sexual e à violência doméstica, atendimento de adolescentes dependentes químicos, erradicação do trabalho infantil e programas de inclusão social não haverá redução da criminalidade.

BIBLIOGRAFIA

ALEIXO, Klelia Canabrava. *Ato infracional: ambivalências e contradições no seu controle*. Curitiba: Editora Juruá, 2012. 216 p.

ALVES, Ariel de Castro. *O crime só inclui quando o Estado exclui! In: Redução da Idade Penal: socioeducação não se faz com prisão*. Brasília: CFP, 2013. 50 p.

BARBOSA, Danielle Rinaldi; DE SOUZA, Thiago Santos. *Direito da criança e do adolescente: Proteção, punição e garantismo*. Curitiba: Editora Juruá, 2013. 174 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão. Causas e alternativas*. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. 378 p.

_____. *Tratado de Direito Penal Parte Geral*. 16ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. 872 p.

CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões de. *Menores e adultos desajustados e em perigo: direito recuperativo e preventivo do menor e do adulto*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1974. 245 p.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Redução da Idade Penal: socioeducação não se faz com prisão*. Brasília: CFP, 2013. 50 p.

CUNEO, Mônica Rodrigues. *Inimputabilidade não é impunidade: derrube este mito, diga não à redução da idade penal*. In: *Idade da responsabilidade penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003. 50 p.

CURY, Munir. *Reduzir a idade penal não é solução*. In: *idade da responsabilidade penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003. 50 p.

DIGÁCOMO, Murilo. *Garantias processuais do adolescente autor de ato infracional – O procedimento para apuração de ato infracional à luz do direito da criança e do adolescente*. In: *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do advogado editora. 2013. 592 p.

D'AGOSTINI, Sandra Mári Córdova. *Adolescente em conflito com a lei & a realidade!* 5ª Edição. Curitiba: Editora Juruá, 2011. 153 p.

FULLER, Paulo Henrique Aranda; DEZEM, Guilherme Madeira; JÚNIOR, Flávio Martins Alves Nunes. *Estatuto da Criança e do Adolescente: difusos e coletivos*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 318 p.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2010. 753 p.

JESUS, Maurício Neves de. *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*. Campinas, SP: Servanda Editora. 2006. 223 p.

JULIÃO, Elionato Fernandes. *Sistema penitenciário brasileiro. A educação e o trabalho na Política de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Editora De Petrus et Alii, 2012. 406 p.

JUNQUEIRA, Ivan de Carvalho. *Ato infracional e direitos humanos. A internação de adolescentes em conflito com a lei*. São Paulo: Editora Servanda, 2014. 248 p.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12ª ed. rev, atual. e ampli. São Paulo: Saraiva, 2008. 645 p.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional. Medida socioeducativa é pena?* 2ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2012. 160 p.

_____. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 11ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2010. 319 p.

MACHADO, Martha de Toledo. *Sistema especial de proteção da liberdade do adolescente na constituição brasileira de 1988 e no estatuto da criança e do adolescente*. In: *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do advogado editora. 2013. 592 p.

NETO, Gercino Gerson Gomes. *A inimputabilidade como cláusula pétrea*. In: *Idade da responsabilidade penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003. 153 p.

NICODEMOS, Carlos. *A natureza do sistema de responsabilização do adolescente autor de ato infracional*. In: *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do advogado editora. 2013. 592 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 14ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. 745 p.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização*. In: *Justiça, Adolescente e Ato Infracional:*

socioeducação e responsabilização. São Paulo: Editora ILANUD, 2006. 592 p.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de Direito da Criança e do Adolescente. Ato infracional e medidas socioeducativas*. 3ª Edição. Curitiba: Editora Juruá. 2011. 226 p.

REBELO, Carlos Eduardo Barreiros. *Maioridade penal e a polêmica acerca de sua redução*. Belo Horizonte: Ius Editora, 2010. 96 p.

RESENDE, Cleonice Maria; DUARTE, Helena Rodrigues. *Redução da idade penal*. In: *Idade da responsabilidade penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003. 153 p.

ROSSATO, Luciano Alves, et.al. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado artigo por artigo*. 6ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. 664 p.

SARAIWA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2013. 159 p.

_____. *A idade e as razões: não ao rebaixamento da imputabilidade penal*. In: *Idade da responsabilidade penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003. 153 p.

_____. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e Ato Infracional*. 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. 296 p.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2011. 928 p.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. *A Efetividade dos Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Editora Pillares, 2008. 282 p.

SPOSATO, Karyna Batista. *Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. 264 p.

_____. *Princípios e garantias para um direito penal juvenil*. In: *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2013. 592 p.

VOLPI, Mário. *O adolescente e o ato infracional*. 9ª edição. São Paulo: Editora Cortez, 2011. 87 p.

AZEVEDO, Maria Amélia. *Violência doméstica contra crianças e adolescentes. Um cenário em (des)construção*. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/Cap_01.pdf>. Acessado em 24 de outubro de 2014.

BBC. *Relatório coloca Brasil em 6º em taxa de homicídio de crianças e jovens*. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/09/140904_unicef_homicidios_1k>. Acessado em 31 de outubro de 2014.

CAMBAÚVA, Daniella. *Uruguaios dizem não à redução da maioria penal*. Disponível em:

<<http://redelatinamerica.cartacapital.com.br/uruguai/uruguaio-dizem-nao-a-reducao-da-maioridade-penal/>>. Acessado em 01 de novembro de 2014.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. *Princípio 2 da Declaração dos Direitos da Criança de 1959*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>>. Acessado em 13 de setembro de 2014.

DELMANTO, Roberto. *Maioridade penal*. Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_26_2_4.php>. Acessado em 01 de novembro de 2014.

DHNET. *Regras de Beijing*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex47.htm>. Acessado em 16 de outubro de 2014.

DIGIÁCOMO, Murilo José. *Redução da idade penal: solução ou ilusão? Mitos e verdades sobre o tema*. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=255>>. Acessado em 15 de setembro de 2014.

EXAME. *Número de presos do Brasil aumentou mais de 400% em 20 anos*. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/numero-de-presos-do-brasil-aumentou-mais-de-400-em-20-anos>>. Acessado em 01 de novembro de 2014.

FUENTES, André. *Ranking da educação com 36 países Brasil fica em penúltimo*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/impavido-colosso/em-ranking-da-educacao-com-36-paises-brasil-fica-em-penultimo/>>. Acessado em 25 de outubro de 2014.

GOMES, Luiz Flávio. *Crimes hediondos e a ineficácia do populismo punitivo*. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/crimes-hediondos-e-a-ineficacia-do-populismo-punitivo/>>. Acessado em 31 de outubro de 2014.

IBOPE. *83% da população é a favor da redução da maioria penal*. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/paginas/83-da-populacao-e-a-favor-da-reducao-da-maioridade-penal.aspx>>. Acessado em 31 de outubro de 2014.

MARTINS, Tayanne Vituriano. *A falácia da redução da maioria penal como solução para a problemática da criminalidade*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14107>. Acessado em 31 de outubro de 2014.

MENDEZ, Emílio Gracia. *Adolescentes e Responsabilidade Penal: um debate latino-americano*. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id114.htm>>. Acessado em 15 de outubro de 2014

OAB. *Presidente nacional da oab saúda manutenção da maioria penal*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/26707/presidente-nacional-da-oab-sauda-manutencao-da-maioridade-penal>>. Acessado em 01 de novembro de 2014.

OIT. *Convenção sobre proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação*. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/all/ipec/download/conv_182.pdf>. Acessado em 18 de setembro de 2014.

PERSO. Art. 19. Los menores de dieciocho años no séran responsables criminalmente com arreglo a este Código. Cuando um menor de dicha edad cometa um hecho delictivo podrá ser responsable com arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidade penal del menor.

Disponível

em:

<http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/1_20121008_02.pdf>. Acessado em 20 de outubro de 2014.

PLANALTO. A Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece no seu artigo 37 que: Os Estados Partes zelarão para que: a) nenhuma criança seja submetida a tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não será imposta a pena de morte nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>

Acessado em 20 de outubro de 2014.

PLANALTO. Convenção Sobre os Direitos da Criança. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>.

Acessado em 19 de setembro de 2014.

RÁDIO NACIONAL. Incide de reincidência em unidades para adolescentes são menores do que em presídios. Disponível:

<<http://memoria.ebc.com.br/radioagencianacional/materia/2013-04-29/%C3%ADndices-de-reincid%C3%AAnia-em-unidades-para-adolescentes-s%C3%A3o-menores-do-que-em-pres%C3%AD>>.

>. Acessado em 01 de novembro de 2014.

REINCIDÊNCIA.

Disponível

em:

<http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ecf42528-47a4->

[447e-befc-1e32062981d8&groupId=10136](#)>. Acessado em 19 de outubro de 2014.

RODRIGUES, Cinthia. *Brasil tem 36 milhões de crianças e adolescentes fora da escola em 2011*. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/educacao/2013-03-06/brasil-tem-36-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-fora-da-escola-em-2011.html>>. Acessado em 25 de outubro de 2014.

R7. *Juristas estimam em 70% a reincidência nos presídios brasileiros*. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/cidades/juristas-estimam-em-70-a-reincidencia-nos-presidios-brasileiros-21012014>>. Acessado em 01 de novembro de 2014.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Levantamento anual dos/as adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa – 2012*. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/levantamento-sinase-2012>>. Acessado em 19 de outubro de 2014.

_____. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/pdf/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e.pdf>>. Acessado em 25 de outubro de 2014.

TJRJ. *Estatística de escolaridade dos adolescentes em 2006*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=feab9850-

[a577-4b3e-81e2-f893c16abafe&groupId=10136](#)>. Acessado em 19 de outubro de 2014.

_____. *Medidas aplicadas por idade 2006*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f50fdd1e-3e83-485f-865d-da727e495570&groupId=10136>. Acessado em 19 de outubro de outubro de 2014.

_____. *Processos - atos infracionais 2006 - vara da infância e da juventude*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=8b15b2b9-23a6-454d-a07d-797a76939cc8&groupId=10136>. Acessado em 19 de outubro de 2014.

TJRJ. *Tabela estatística sexo dos adolescentes 2006*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=37943d06-549f-4ed2-b183-8d794dc573a5&groupId=10136>. Acessado em: 19 de outubro de 2014.

UNICEF. Declaração Universal dos Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm>. Acessado em 18 de setembro de 2014.

UNICEF BRASIL. Disponível em: <<http://www.unicef.org.br/>>. Acessado em 29 de outubro de 2014.

BRASIL. *Código penal*. Decreto lei 2898 de 7 de dezembro de 1940. Brasília, DF. Senado, 1940. Exposição de motivos.

STF, HC n.88.639, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, Rio de Janeiro, 24 de novembro de 2006.

STF, RE n.185.571, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Rio de Janeiro, 06 de abril de 2001.

STJ, REsp n.1185474, Relator Ministro Humberto Martins, Santa Catarina, 20 de abril de 2010.