



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

DIANA ATHENAS MARQUES MAGALHÃES

A INIMPUTABILIDADE PENAL DO MENOR VISTA COMO CLÁUSULA
PÉTREA: UMA ANÁLISE SOBRE A MENORIDADE PENAL

SOUSA - PB
2010

DIANA ATHENAS MARQUES MAGALHÃES

A INIMPUTABILIDADE PENAL DO MENOR VISTA COMO CLÁUSULA
PÉTREA: UMA ANÁLISE SOBRE A MENORIDADE PENAL

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Esp. Iranilton Trajano da Silva.

SOUSA - PB
2010

DIANA ATHENAS MARQUES MAGALHÃES

INIMPUTABILIDADE PENAL DO MENOR COMO CLÁUSULA PÉTREA:
UMA ANÁLISE SOBRE A MENORIDADE PENAL

Data de Aprovação: _____

Banca Examinadora

Orientador. Prof. Esp. Iranilton Trajano da Silva

Examinador interno

Examinador externo

SOUSA – PB
2010

“Em tempo de paz convém ao homem serenidade e humildade; mas quando estoura a guerra deve agir como um tigre!”

William Shakespeare

Agradeço à minha família, personificada em minha “pãe” Maria Martinha e meu irmão José Augusto, que me dão força e são parte do que sou, construí e ainda construirei e também aos professores, os grandes mestres, que passaram por minha vida acadêmica, pois que também contribuíram direta ou indiretamente para formação deste trabalho, em especial ao meu professor orientador Prof. Esp. Iranilton Trajano da Silva, que tanto teve paciência e dedicação para com este estudo, e aos meus grandes amigos Víctor Athilla e Ariadnée Abreu e Mauro Leonardo, pela força e companheirismo, em todos esses anos.

RESUMO

O objetivo desta pesquisa foi abordar a redução da maioria penal do ponto de vista social e legal, verificando-se se há inconstitucionalidade de tal redução, pela existência de possíveis "cláusulas pétreas" no ordenamento jurídico brasileiro, que impedem que tal reforma ocorra, já que a nível constitucional pode-se ter a impressão que o artigo 228 coloca como princípio constitucional tácito, a inimizabilidade dos menores de 18 anos, portanto, uma eventual emenda que pudesse retirar ou dar nova redação ao artigo 228, CF poderia ser ou não inconstitucional, já que o artigo 60, § 4º reza que não será objeto de deliberação a proposta de emenda atinente aos direitos e garantias individuais. A escolha desse tema tem intrínseca relação ao interesse polêmico que vem despertando em face de acontecimentos recentes, violentos e cada vez mais recorrentes envolvendo menores, bem como da importância do afastamento dos aparentes conflitos normativos e dos possíveis desvirtuamentos legislativos, decorrentes de interpretações literais que não respeitam o brocardo *in dubio pro societati* e não utilizando o melhor método hermenêutico na subsunção da norma ao caso concreto para a busca da verdadeira justiça e da tão cultuada segurança jurídica. Vendo-se que alguma norma, mesmo estando inserida na constituição, a inimizabilidade de menores contraria preceitos e princípios elencados na mesma, colocando em cheque o ordenamento jurídico, causando prejuízos à sociedade como um todo, bem como deixando o sistema jurídico nacional desacreditado, sendo, portanto, de vital importância a extirpação, ou mesmo, o relaxamento desta, tornando-a, assim, passível de modificações ou emendas.

Palavras-chave: Inimizabilidade do menor. Maioria penal. Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

ABSTRACT

The objective of this research was to address the reduction of the penal point of view of social and legal, by checking that there unconstitutionality of such reduction, the possible existence of "entrenchment clauses" in our legal system, which prevent such reform occurs, since the constitutional level we have the impression that Article 228 poses as implied constitutional principle, the incapacity of minors of 18 years, therefore, any amendment that would remove or reword the article 228, CF could be unconstitutional or not, since that Article 60, § 4 states that will not be subject to resolution of the proposed amendment regards the individual rights and guarantees. The choice of this theme has intrinsic relation to the controversy that has piqued interest in light of recent events, violent and increasingly recurrent involving minors, as well as the importance of removal of apparent conflicts of possible regulatory and legislative misrepresentation arising from literal interpretations that do not respect the maxim in dubious pro Societatis is not using the best hermeneutical method in the norm to the case for the pursuit of true justice and legal certainty so revered. Seeing that some regulation, even when inserted in the constitution, the incapacity of minors contrary to the precepts and principles listed in it, holding in check the legal system, causing damage to society as a whole as well as leaving the discredited national legal system, being therefore of vital importance to pluck, or even the relaxation of this, making it thus capable of modification or amendment.

Keywords: Incapacity of the minor. Criminal majority. Status of Children and Adolescents – ECA.

Lista de Tabelas

Tabela nº 1 – Idade Penal Mínima em alguns Países	40
Tabela nº 2 – Idade Penal Mínima nos Estados Unidos da América	42

Lista de Siglas

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CMM – Código de Mello Mattos

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECIAL DO MENOR NO BRASIL	15
2.1	Direito Penal Indígena	16
2.2	Ordenações do Reino	17
2.3	O Código Criminal do Império	18
2.4	Código Penal Republicano	20
2.5	Código de Mello Mattos – Decreto nº 17. 943-A, de 12 de outubro de 1927	20
2.6	Consolidação das Leis Penais – 1932	21
2.7	Códigos Penais de 1940 e de 1969	23
3	LEGISLAÇÃO MENORISTA	25
3.1	Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA	27
3.1.1	Das Medidas de Proteção	30
3.1.2	Das Medidas Sócio Educativas	33
3.1.3	Falhas no Estatuto da criança e do Adolescente	37
3.2	Menoridade e direito comparado	40
4	IMPUTABILIDADE	45
4.1	Critérios Para aferição das imputabilidades	47
4.1.1	Critério Biológico	47
4.1.2	Critério Psicológico	48
4.1.3	Critério Biopsicológico	48
4.2	Culpabilidade e imputabilidade	49
4.3	Responsabilidade penal e imputabilidade	51
5	DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO	54
5.1	Inimputabilidade Penal dos menores de dezoito anos na Constituição Federal	57
5.1.1	Inimputabilidade Penal como Cláusula Pétrea	57
5.2	Limites de Alteração Constitucional	59
5.3	Alteração da idade penal mínima enquanto direito de cidadania	61
6	CONCLUSÃO	64
	REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

Na sistemática jurídica atual, a maioria penal está prevista a acontecer aos 18 (dezoito) anos de idade, ou seja, quis o legislador brasileiro adotar, diga-se de passagem, sem nenhum estudo mais aprofundado, o critério biológico de imputabilidade, que nada mais é do que aquele que não se leva em consideração o nível de consciência ou desenvolvimento mental do autor do ato infracional. Resultado: ainda que tenha plena consciência do ato praticado, se a pessoa for menor de dezoito anos, ela não será responsabilizada penalmente, apenas será considerada inimputável, aplicando-se medidas sócioeducativas e protetivas, elencadas no ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Em razão disso, os infantes são cada vez mais utilizados pelo crime organizado para prática de delitos diversos, inclusive os considerados hediondos, estes realizados, em grande parte, com requintes de crueldade, visto que as medidas de semi-liberdade e internação raramente são utilizadas, e quando o são, não possuem seu caráter principal que deveria ser a total ressocialização do menor.

A grande maioria dos países já tem levado em consideração a importância acerca da estruturação de uma legislação penal que trate exclusivamente dos menores infratores e o Brasil não pode se furtar de apreciar tal problemática, o Estado democrático de direito deve ser garantido, não podendo, pois, deixar de lado o seu poder-dever de legislar e cuidar do ordenamento jurídico que tanto resguarda a paz e a segurança social.

Ressalte-se que mesmo após 20 anos do ECA, muito se tem discutido acerca da redução, endurecimento das medidas sócioeducativas, ou mesmo extinção da maioria penal, mas será que isso é possível constitucionalmente? Seria a inimputabilidade penal do menor de idade, uma cláusula pétrea?

É de extrema importância para as futuras gerações, que os direitos da criança sejam preservados e enaltecidos, porém ressalte-se que, quando uma norma deixa de ser benéfica e passa a criar situações de risco não só aos menores em si, como também à sociedade, é pertinente que haja um estudo filosófico, antropológico e jurídico junto a um tratamento científico dado à matéria, com vias de buscar soluções para o problema em si e não apenas dar margem a interpretações literais da norma, que mais causam prejuízos que benefícios.

Para isso, faz-se mister a realização de um estudo sistemático que favoreça o esclarecimento acerca do pertencimento ou não do artigo 228, CF, que trata da inimputabilidade dos menores de idade, no rol das cláusulas pétreas, bem como analisar a possibilidade de mutação, emenda ou extinção desta inimputabilidade.

Hoje vê-se que a psicologia pode auxiliar no âmbito criminal, traçando metas mais seguras, para uma melhor verificação da participação efetiva dos menores, na ação criminosa, essa postura pode ser vista na Lei 11.340/06, (Maria da Penha), que traz a premissa de criação de Juizados Especiais que tragam interdisciplinariamente, apoio psicológico para as vítimas de violência doméstica, unindo-se assim, o saber jurídico ao saber psicológico, buscando trazer mais chances de ressocialização tanto da vítima, quando do agressor.

No entanto, na atualidade, depois do advento da Constituição Federal de 1988, o sistema adotado pelo Brasil, com relação aos menores, passou a ser o biológico, conforme orientação do Seminário Europeu de Assistência Social das Nações Unidas, realizado em 1949, em Paris, passando, pois a ser a idade mínima penal a de dezoito anos, conforme demonstra o artigo 228, *ipses verbis*: “Art. 228 - São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

A finalidade precípua do presente estudo reside em analisar a possibilidade de redução da maioridade penal, e, se possível, a extinção do critério biológico de imputabilidade e sua conseqüente substituição pelo critério biopsicológico, visto que o nível alto de criminalidade da população infanto-juvenil vem crescendo cada dia mais e, embora tenha uma vasta doutrina que o analise, este problema ainda está longe de ser exaurido.

Quando há um crescente aumento na criminalidade infanto-juvenil, portanto, surge a preocupação em analisar-se se a diminuição da idade penal seria a solução para diminuição dos casos de crimes praticados por crianças e adolescentes. Durante o levantamento bibliográfico, surge o seguinte problema: é a inimputabilidade penal uma cláusula pétrea? Esta questão, por ser um grande entrave para toda e qualquer proposta de diminuição da idade limite da não imputabilidade, acabou por tornar-se primordial para nosso estudo.

Portanto, através da pesquisa bibliográfica, em busca de uma melhor solução para esta problemática, aprofundou-se este estudo, baseando-se em doutos doutrinadores, como PASCUIM (2006), LOBO (2008), LENZA (2008), VERONESE

(2008), entre outros. A partir deste estudo, vê-se que a idade cronológica do agente criminoso sempre foi motivo de grandes embates doutrinários. Através dos tempos, a concepção de menoridade foi mudando até chegar ao ponto em que se encontra hoje: seria inconstitucional qualquer mudança no sentido de diminuição da idade penal para tornar agentes menores de dezoito anos imputáveis?

Visando responder tal questionamento, primeiramente fez-se um apanhado histórico acerca do tratamento dado pela legislação penal aos menores infratores. Num segundo momento, fez-se uma explanação sobre o que vem a ser a imputabilidade, juntamente com a diferenciação desta com a responsabilidade penal, inclusive, demonstrando a importância de ambas para a configuração da culpabilidade – bem como a apresentação dos critérios de imputabilidade e, por fim, a conceituação de inimputabilidade, sua previsão constitucional e especial.

Vale salientar que não foi objeto de estudo analisar a inimputabilidade penal sob o prisma do art. 26, do código Penal (doença mental ou desenvolvimento mental incompleto), nem daquela decorrente de embriaguês ou de substâncias análogas ao álcool (art. 28, II, CP), sendo interessante apenas a inimputabilidade dos menores de dezoito anos (art. 27, CP).

Por fim, analisou-se do ponto de vista constitucional a possibilidade de alteração do artigo 228, CF (do qual decorre o art. 27, CP), se realmente este artigo está inserido nas cláusulas pétreas, do processo de alteração Constitucional, encerrando-se, por fim, com as conseqüências decorrentes da aprovação desta alteração, do ponto de vista dos que apóiam e dos que renegam a possibilidade de redução da idade penal mínima para tornar o agente infante-juvenil imputável.

Considera-se para tal, a preocupação com a norma constitucional e a questão da imputabilidade do menor, comentando-se o enfoque constitucional do problema (cláusula pétrea) e os critérios utilizados para decidir sobre a mesma imputabilidade, através da exploração e descrição bibliográfica e documental, buscando informações em livros, periódicos especializados, sites, artigos científicos e monografias.

Tudo no intuito de analisar o material adquirido, que ajudará na formulação de um estudo categórico acerca do tema a ser abordado, para um melhor relacionamento entre a realidade atual da criminalidade infante-juvenil e as penas que lhe eram e são aplicadas no âmbito criminal, buscando-se, assim, chamar a atenção do Estado quanto à regulamentação legislativa decorrente de uma normatização inconsistente em nível constitucional, que tem há muito tem

descambado em insegurança jurídica.

Um dos maiores problemas enfrentados na atualidade trata do aumento na criminalização de menores de idade, porém é certo que desde tempos imemoriais este vem sendo o grande calcanhar de Aquiles do sistema jurídico brasileiro, aliás, de todos os sistemas penais do mundo. O maior motivo de só agora a sociedade como um todo abrir os olhos para este problema, que já vem arrastando-se há séculos, reside no fato da grande globalização dos sistemas de comunicação, que tornam-se cada vez mais rápidos e alcançam um contingente cada vez maior de usuários, por isso chega-se a público, dia após dia, uma enxurrada de notícias de crimes envolvendo crianças e adolescentes, dando a entender, na maioria das vezes, que estes restam impunes.

Muitos estudiosos, incluindo sociólogos, psiquiatras, médicos, antropólogos, juristas e toda uma gama de pessoas especializadas no assunto, buscam desde sempre soluções para um melhor enfrentamento das questões relativas aos menores infratores, infelizmente, estes estudos estão longe de cessar e os embates doutrinários tornam tal questão quase impossível de afigurar-se passiva, surgindo com isso, um vasto contingente doutrinário nada eficaz no combate a esse tipo de conduta criminosa, onde não há vencedores, por hora, restam apenas vítimas e vencidos.

Existem dados atualmente no sentido de que há pelo menos uns vinte projetos de lei (Pascuim, 2006), na Câmara dos Deputados, visando emendas constitucionais atinentes à mudança da idade penal mínima, muitos destes sugerindo que além de ficar a aferição da idade ideal em uma legislação especial, a diminuição poderá ser estabelecida para os 16, 15 e até 14 anos de idade e, enquanto isso, muitos casos surgem e são levados diuturnamente ao conhecimento de nosso órgão jurisdicional, sem que as soluções dadas sejam justas tanto para as vítimas, quanto para os menores agressores, inclusive, muitos destes enveredando para o mundo do crime, mesmo após receberem medidas como a internação, assaz ineficaz, por não haver casas de internação com a estrutura necessária para ressocialização destes menores.

Porém antes de levantar-se o mérito da questão, faz-se necessário primeiramente um estudo sobre a evolução da legislação penal tupiniquim através dos tempos, para melhor entendimento deste fenômeno que está longe de ser solucionado.

2.1 Direito Penal Indígena

Antes da chegada dos portugueses ao Brasil, já aqui habitavam os silvícolas. Não há nenhum registro de código penal escrito, visto que os costumes indígenas eram passados pela tradição oral de geração a geração, ou seja, havia já uma espécie de direito consuetudinário.

Assis Ribeiro, (apud, Pascuim, 2006), afirma que tais agrupamentos praticavam a vingança particular (duelos, por exemplo), a vingança coletiva e a pena de Talião. Não que os silvícolas tivessem alguma noção sobre o que era um sistema jurídico, eles apenas possuíam alguns regramentos para garantirem a boa convivência no grupo. Não havia uma autoridade encarregada de impor castigos, era o grupo que decidia se tal medida era ou não pertinente e viável para um melhor enfrentamento sobre a questão, ou se era eficaz para censurar e evitar que tal conduta se repetisse, tínhamos então uma espécie de tribunal rudimentar.

Embora não seja do conhecimento dos historiadores o modo pelo qual este “tribunal” era eleito, pelas atuais tradições dos silvícolas que ainda resistem atualmente, provavelmente esse grupo era formado pelos anciãos e homens mais experientes da tribo, visto que este é o critério para “eleição” dos pajés e caciques destas. Nesse sentido, Pascuim (2006, p. 22) aduz que:

“Bastante curioso era o vezo maroto de furtar objetos de outras tribos, de estrangeiros, sem que se lhes afigurasse estar cometendo um ilícito. Mas lemos em Bernardino Gonzaga que o furto havido entre índios da mesma Taba era comunicado ao chefe, ao pajé, e a outros conselheiros. Descoberto o autor, aplicavam-se-lhe não grandes penas, mas castigos castigo, tais como ferimentos no braço ou na coxa, eram ditados pelo chefe e considerados penas leves e mais comuns. Na tribo, buscava-se preservar as tradições, os valores da comunidade, principalmente aqueles transmitidos pelos mais velhos, pelos antepassados.”

Vê-se, portanto, já uma preocupação com a justiça do castigo imposto, bem como com a unificação da Taba, o respeito aos mais velhos e a proteção aos membros de uma mesma tribo. É importante mencionar-se que não se tinha em consideração a idade do membro que cometeu o ilícito, mas a conduta em si que era castigada, pois que tumultuava a convivência em grupo e era uma falta grave de respeito aos mais experientes membros da tribo. Estas são premissas observadas

ainda hoje nas tribos indígenas, como pode-se ver analisando seus costumes.

Ainda ao analisar-se as condutas dos silvícolas, pode-se retirar a informação de que justamente pelo fato de serem os anciãos, os membros mais velhos que impõem castigos aos demais, que estes são respeitados e reverenciados por aqueles. Entrando-se na questão dos crimes cometidos por crianças (não cultura indígena apenas deixam de ser crianças os membros que passarem por rituais, sendo após considerados adultos), estas eram castigadas, e são até hoje, para aprenderem a conviver com urbanidade, polidez e respeito mútuo, espelhando-se nos exemplos dos mais velhos. No que tange a punição destes, Bernardino Gonzaga (apud, Pascuim, 2006, p. 24) nos dá a seguinte lição:

"As crianças sempre foram normalmente responsabilizadas nas sociedades pré-letradas, inclusive devido a suposição de que nelas podia estar encarnado algum adulto já falecido. O menor é alcançado pela reação vindicativa, ou como responsável direto do crime, ou porque envolvido nas malhas da responsabilidade coletiva."

Ainda hoje vê-se este tipo de comportamento atingindo até sociedades mais avançadas, onde por ser membro de um determinado lugar, ou determinada cultura, tanto adultos, quanto crianças sofrem castigos, pagando muitas vezes com a própria vida sem nada terem cometido, apenas por fazerem parte de tal grupo. Um exemplo disso são as crianças judias que não foram poupadas nos campos de concentração, apenas por pertencerem à comunidade judaica.

Mesmo com a parca bibliografia acerca dos procedimentos que os primeiros indígenas do país tomavam acerca das crianças que desobedeciam as regras, e não ser possível evidenciar as possíveis influências dos costumes indígenas no nosso direito penal, pode-se afirmar sem dúvida que os infantes podiam sofrer penas mais brandas, como pequenos castigos, ou grandes penas que poderiam envolver mutilações e inclusive a pena de morte, pois que se há indícios de que estes podiam ser enterrados vivos caso seus pais morressem, não seria absurda a idéia de que sofressem tais castigos. (Pascuim, 2006)

2.2 Ordenações do reino

Historicamente, à época do descobrimento do Brasil, a legislação que vigorava em Portugal era as Ordenações Afonsinas, publicada em 1446, sob o

governo de D. Afonso V, logo após esta, as Ordenações Manuelinas, que foram promulgadas em 1521, pelo Rei de Portugal, D. Manuel I. Nenhum destes foi eficaz em Portugal, tampouco em suas Colônias, o que ensejou a promulgação, posteriormente, das Ordenações Filipinas, em 1603, por D. Filipe II. Todas estas são conhecidas atualmente como as chamadas Ordenações do Reino (Azevedo, 2010).

No que tange às Ordenações Afonsinas, estas pouco tiveram significado para a legislação tupiniquim, visto que não chegaram a viger no Brasil. Quanto às Ordenações Manuelinas, que foram profundamente influenciadas pelas Afonsinas, chegaram a ser aplicadas nas Capitânicas Hereditárias.

Porém, são as Ordenações Filipinas que interessam ao presente estudo, visto que vigoraram no Brasil por mais tempo, e foi considerada a mais cruel legislação penal de todos os tempos, sendo quase um milagre que a população tenha sobrevivido a tamanha crueldade, visto que se fazia uso das penas capitais para punir-se crimes brandos, além de mutilações graves.

Era um verdadeiro regime terrorista de punição, um dos maiores exemplos de animosidade já perpetuada em um Estado, onde a finalidade básica da pena era a retribuição do mal, visto que eram normas não só de caráter penal, como também de origem religiosa, pois que Igreja e Estado, ainda caminhavam de braços dados e nem mesmo a vinda da família imperial foi capaz de abrandar tais normas, muito pelo contrário, segundo historiadores, o Imperador mandou que acolhessem tais normas até que outras fossem criadas, revogando-as.

A única benesse que tinha o menor de dezessete anos, em sede de Ordenações Filipinas, era a de não ser condenado à morte, no mais segundo o Título CXXXV das Ordenações Filipinas reservava ao homem ou mulher que tivesse passado dos vinte anos, a pena total imposta ao crime, como se vinte e cinco anos tivesse, pois conforme a lei ora em comento, tendo idade entre dezessete e vinte anos, ficaria ao arbítrio do juiz aplicar a pena total, ou então diminuí-la. Esta mesma máxima era aplicada aos menores de dezessete anos, só que de uma forma mitigada, inclusive nas penas capitais (Pascuim, 2006).

2.3 Código Imperial do Brasil

O Código Penal do Império surgiu em 1830, promulgado pelo então imperador D. Pedro I. Ele foi um dos mais festejados códigos na época, considerado como o

primeiro código autônomo da América Latina. Alguns historiadores afirmam que muitos países passaram a estudar este código, visto que ele trazia grandes inovações, foi o código pioneiro inclusive a adotar a atenuante da menoridade. Era composto de 313 artigos, e foi considerado um grande avanço para a época, pois embora ainda mantivesse a pena de morte e outras penas cruéis, tornou-as mais brandas, além de implantar o sistema de dias-multa, e, também, já trazia um conceito do princípio da legalidade rudimentar: *“nenhum crime será punido com penas que não estejam estabelecidas nas leis”*, dizia o Códex.

Quanto aos menores de idade, o código imperial trazia o seguinte pressuposto em seu artigo 10, § 1º: *“Também não se julgarão criminosos: os menores de quatorze anos”*. Porém, como era de se imaginar, essa presunção *juris et de jure* de que menores de catorze anos eram moral e penalmente imaturos, sofreu grandes críticas dos estudiosos da época, que afirmavam que não se podia deixar uma questão tão séria quanto a imputabilidade penal, ser determinada por uma época em si, principalmente em um país com as dimensões do Brasil, com grande diversidade cultural, onde a falta de informação poderia levar “um matutinho” ingênuo, por ter idade maior que catorze anos, para a cadeia (Tobias Barreto apud Pascuim, 2006). O Código Penal de 1830 trazia em seu artigo 13 que havia quatro espécies de menores, quais sejam:

- a) Menores de 14 anos, tidos como inimputáveis (salvo se tivessem discernimento);
- b) Menores de 14 anos que tivessem agido com discernimento (seriam recolhidos em casa de correção, por tempo determinado pelo juiz, tempo este que não poderia ultrapassar a idade de 17 anos);
- c) Menores com mais de 14 anos e menos de 17 (ficava ao arbítrio do juiz determinar a pena de cumplicidade);
- d) Maiores de 17 e menores de 21 anos (aplicava-se a estes a atenuante de menoridade).

Como pode-se perceber a partir da leitura do artigo supra citado, davam-se poderes discricionários ao juiz, e este, se bem entendesse, poderia mandar recolher em casa de correção até crianças de cinco anos, se julgasse que estas tinham discernimento. Atente-se para o fato que nas circunstâncias da época, não haviam psicólogos ou peritos especializados que pudessem aferir o nível de discernimento desses menores, este era verificado pelo juiz, baseado em critérios puramente

subjetivos, tal discricionariedade só poderia resultar em injustiças, visto que quando se dá muito poder a uma só pessoa, esta tende a cometer graves erros.

Mesmo com toda polêmica gerada por tais dispositivos, o código do Império foi copiado por outros países, como a Espanha e a partir deste, a Costa Rica, Honduras, Peru, entre outros (Pascuim, 2006).

2.4 Código penal da república

Com a proclamação da república, em 1889, foi promulgado, em 11 de outubro de 1890, um novo código penal. Sem dúvida este foi o diploma que mais encontramos críticas, pois mesmo apresentando um conteúdo mais liberal, simplificando o sistema de penas do código anterior, quanto aos menores infratores, nada trouxe em se tratando de soluções, visto que em seu artigo 24, §1º trazia que o menor de 9 anos, bem como o maior dessa idade e menor de 14 anos que tivesse agido sem discernimento, não era considerado criminoso, ou seja, ainda permaneceu o critério do discernimento, e com ele, a premissa de se castigar crianças de tenra idade.

2.5 Consolidação das leis penais

Após o Código supracitado, muitos projetos no intuito de elaboração de um novo código penal foram surgindo, entre esses os que mais se destacaram foram o de Vieira Araújo, o de Galdino Siqueira e o de Virgílio de Sá Pereira.

O Projeto de Código Penal de Vieira de Araújo, em 1893, que pregava que a idade penal seria fixada em 10 anos de idade, sendo que entre 10 e 14 anos de idade o menor poderia ser internado pela prática de qualquer ato criminoso, desde que tivesse agido com discernimento, este projeto chegou a ser votado, mas não obteve êxito.

No que concerne ao Projeto de Código Penal de Galdino Siqueira, em 1913, era estabelecido que a inimputabilidade penal dos menores de idade seria aos 14 anos, e que entre 14 e 21 anos, haveria o recolhimento destes pelo prazo de até 7 anos. Vê-se nesse projeto, já a intenção do legislador na não averiguação do critério de discernimento apenas, porém, não destoava tanto das legislações anteriores no rigor de suas penas.

O Projeto de Virgílio de Sá Pereira, em 1928, prelecionava que o menor de 14 anos de idade também seria considerado inimputável, aos quais apenas se instauravam inquéritos, e não processos, sendo, no máximo, recolhidos às casas de seus pais, ou em abrigos onde não havia crianças com mais de catorze anos.

Com relação aos maiores de 14 anos e menores de 18, previa-se a internação em casas de reforma, navios-escola, colônias agrícolas e casas de vigilância e o tempo de internação não poderia ultrapassar a maioridade civil (21 anos) do internado, mantendo-se a incomunicabilidade destes com os maiores de idade, caso fossem levados a estabelecimentos comuns.

Muitos outros projetos foram levados a votação, porém foi com um estudo de Vicente Piragibe que realmente houve a "consolidação das leis penais", como era intitulado a sua obra, que veio a ser oficializada em 1932, por ato do governo, instituída pelo Dec. 22.213/32, onde estabelecia em seu artigo 27, §1º, que a menoridade penal seria fixada em 14 anos e que os menores de 14 anos não haveria responsabilidade penal. Entendia-se também, ao ler-se o art. 30, que os menores de 18 e maiores de 14 anos, sujeitar-se-iam aos regimes estabelecidos pelo Código de Menores de 1927, objeto de nosso estudo no próximo tópico.

2.6 Código de Mello Mattos

Antes de terminar-se de falar sobre a evolução histórica da legislação do menor através das mudanças legislativas que declinaram no atual Código Penal Brasileiro, deve-se dar o devido destaque ao Dec. 17.943-A/27, o Código de Mello Mattos, ou primeiro código de menores, como comumente é conhecido no meio acadêmico.

Este Códex tinha 231 artigos e foi elaborado para tratar com exclusividade do controle das crianças abandonadas e dos infratores de menos de 18 anos de idade. Foi o primeiro diploma legal a tratar de um modo humanista as crianças e adolescentes e, mesmo com um tratamento conservador, visto que as crianças abrangidas por esta lei eram apenas as crianças pobres que estivessem em situação irregular, ou seja, os menores de 18 anos que estivessem expostos, abandonados, ou fossem delinquentes, e não as que tivessem famílias, este, por sua vez, foi um grande avanço legislativo (Azevedo, 2010).

Apesar de manter a visão de que os menores delinquentes são uma ameaça

a paz social, via a necessidade de que estas deveriam receber a devida assistência estatal e alguma proteção jurídica, tornando o bem estar da infância e juventude bens juridicamente tutelados pela legislação brasileira, garantindo-lhes a proteção aos seus direitos humanos. Os menores delinqüentes sofreriam, pois as seguintes medidas se tivessem menos de 14 anos ao tempo do ilícito penal:

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

§ 1º Si o menor soffrer de qualquer forma de alienação ou deficiencia mental, fôr apileptico, surdo-mudo, cego, ou por seu estado de saude precisar de cuidados especiaes, a autoridade ordenará seja elle submettido no tratamento apropriado.

§ 2º Si o menor fôr abandonado, pervertido ou estiver em perigo de o ser, a autoridade competente proverá a sua collocação em asylo casa de educação, escola de preservação ou confiará a pessoa idonea por todo o tempo necessario á sua educação contando que não ultrapasse a idade de 21 annos.

§ 3º si o menor não fôr abandonado nem pervertido, nem estiver em perigo do o ser, nem precisar de tratamento especial, a autoridade o deixará com os paes ou tutor ou pessoa sob cuja guarda viva, podendo fazê-lo mediante condições que julgar uteis.

§ 4º São responsaveis, pela reparação civil do damno causado pelo menor os paes ou a pessoa a quem incumba legalmente a sua vigilancia, salvo si provarem que não houve da sua parte culpa ou negligencia (Cod. Civil, arts. 1.521e 1.623.).” (sic)

Neste artigo, vê-se claramente o que já mencionamos: as crianças com família, que não estavam enquadradas em nenhuma das hipóteses de situação irregular, caso cometessem algum ilícito penal, apenas seriam levadas às suas casas, não sofrendo, portanto, nenhuma espécie de responsabilização. No tocante às crianças e adolescentes “em risco” além destas poderem ser recolhidas a asilos, internadas em clínicas especializadas, caso comprovado alguma deficiência neurológica, seus pais, caso houvesse pais, poderiam ser responsabilizados civilmente.

No caso dos menores de dezoito anos e maiores de quatorze, podemos expressar o seguinte:

“Art. 69. O menor indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou Contravenção, que contar mais de 14 annos e menos de 18, **será**

submettido a processo especial, tomando, ao mesmo tempo, a autoridade competente as precisas informações, a respeito do estado physico, mental e moral d'elle, e da situação social, moral e economica dos paes, tutor ou pessoa incumbida de sua guarda.

§ 1º Si o menor soffrer de qualquer forma de alienação ou deficiencia mental, fôr epileptico, sudo-mudo e cego ou por seu estado de saude precisar de cuidados especiaes, a autoridade ordenará seja submettido ao tratamento apropriado.

§ 2º Si o menor não fôr abandonado, nem pervertido, nem estiver em perigo de o ser, nem precisar do tratamento especial, a autoridade o recolherá a uma escola de reforma pelo prazo de um n cinco annos.

§ 3º Si o menor fôr abandonado, pervertido, ou estiver em perigo de o ser, a autoridade o internará em uma escola de reforma, por todo o tempo necessario á sua educação, que poderá ser de tres annos, no minimo e de sete annos, no maximo. (sic)".

Ou seja, os menores de 18 anos e menores de 14 seriam, via de regra, internados em estabelecimentos oficiais, para medidas de correção que envolvessem saúde física, mental, moral e para a devida educação destes.

Destarte, apesar de todo o apelo moralista e dos equívocos existentes no Código de Mello Mattos (CMM), coube a ele tratar de questões de suma importância para a vida em sociedade, e que até hoje influenciam o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), como por exemplo: a prevenção de serviços sociais estatais em prol da criança e adolescente, a proteção do menor de idade de trabalhos pesados e excessivos e a assistência aos menores abandonados, dando inclusive, uma revisão ao sistema de adoção, entre outras medidas importantes.

2.7 Códigos Penais de 1940 e 1969

O Código Penal de 1940 foi apresentado como projeto em 1939 por Alcântara Machado e veio a ser o primeiro a estabelecer a menoridade penal aos 18 anos de idade, ou seja, estabeleceu pela primeira vez na história, que as pessoas que não possuísem 18 anos completos, não seriam passíveis de imputação. Adotava-se, pois, o critério biológico de imputação, estabelecendo que os maiores de 18 anos e menores de 21 anos estariam beneficiados pela atenuante de idade. Este projeto, após revisão, foi promulgado como Código Penal Brasileiro, em 1942.

No tocante ao Código Penal de 1969, este também instituiu como regra a inimputabilidade até os 18 anos, porém se o infante possuíse entre 16 e 18 anos e revelasse capacidade psíquica para entender o caráter de ilicitude de seu ato, este

seria considerado imputável. Houve, portanto um abandono do critério biológico, passando-se a adotar o critério biopsicológico (trataremos desta diferenciação em tópico relacionado).

Vale lembrar que o Código Penal de 1969, não chegou a vigor em nosso ordenamento jurídico, visto que foi revogado, sendo, por hora o Código Penal de 1940 a legislação penal vigente, após sofrer reforma implantada pela Lei 7.209/84, onde se mudou a localização do artigo, que deixou de ser o 23 e passou a ser o art. 27 do referido código, mantendo, pois a inimputabilidade aos 18 anos de idade, preceito esse que foi incorporado à Constituição Federal, em seu art. 228.

3 LEGISLAÇÃO MENORISTA

A legislação brasileira, quando o assunto é menor de idade, é bem variada quanto ao estabelecimento da menoridade: enquanto para o Direito Penal e o Civil é de 18 anos (era de 21, antes do Código Civil de 2002), O direito trabalhista traz a diferenciação entre 12, 14, 16 e 21 anos de idade; já a nossa Magna Carta nos traz a previsão de 16 anos (idade necessária para submeter-se ao sufrágio universal).

O estabelecimento dessas idades, leva em consideração uma gama de fatores e fundamentos para aferição destas e o mais usual é o critério biopsicológico (com exceção do Código Penal, onde o critério é puramente biológico), onde são levadas em consideração as condições fisiológicas e psicológicas daqueles para os quais a norma destina-se.

Ao vê-se a evolução penal com relação aos menores de idade, percebe-se que não é de hoje a preocupação em se fazerem leis que garantam a integridade destes e ao mesmo tempo, façam com que eles sejam responsabilizados, ou mesmo punidos, de acordo com os atos antijurídicos que praticarem. Remontando-se ao passado, nota-se que já na Antiguidade os infantes padeciam com castigos cruéis e não tinham nem ao menos o direito a vida assegurada.

Na própria bíblia vê-se as crueldades por que passavam crianças, com episódios de tortura e até de sacrifícios em nome da religião, bem como por puro capricho dos reis e faraós. Pode-se perceber também elementos reprováveis em povos considerados atualmente como dos mais civilizados, como Roma, por exemplo, onde o *Pater Familiae* tinha pleno direito de propriedade sobre os filhos menores, inclusive com o controle da vida destes (Assis Ribeiro, 1943).

Atualmente, mesmo com todo avanço econômico-político-social da sociedade, algumas medidas vitais ainda continuam a ser esquecidas, como por exemplo, a divisão, em instituições separadas, por delitos e idades entre os menores infratores, bem como destes e dos menores abandonados que nenhum ilícito cometeram. Em se tratando disso, não se pode afirmar ao menos um retrocesso, visto que em legislações passadas, como mencionado no primeiro capítulo, já se tomava o cuidado em não unirem-se os menores com criminosos, em colocá-los em estabelecimentos especiais, de acordo com a idade e o fato ocorrido.

No Brasil, onde a idade limite de não imputabilidade é de dezoito anos, preceito inserido constitucionalmente, buscou-se inviabilizar qualquer tendência no

sentido de abolir a idade para efeito de responsabilização penal, o que traz a tona diversas polêmicas. Na exposição de motivos relativa à nova parte geral, instituída pela reforma penal de 1984 no Código Penal de 1940, preleciona-se o seguinte:

“Manteve o Projeto a inimputabilidade penal ao menor de 18 (dezoito) anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, 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 Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinqüente, menor de 18 anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinqüente adulto, expondo-o à contaminação carcerária.”

Vê-se, portanto, que o legislador, ao mesmo tempo em que afirma ser a inimputabilidade do menor um critério puramente político, equiparou o jovem menor de 18 anos, a uma pessoa de discernimento reduzido, um ser com desenvolvimento mental incompleto, ao passo que retirou de si a incumbência de tratar de tal matéria, relegando-a para o aparato estatal a prerrogativa de ressocialização estes menores.

Destarte, não pode-se negar, outrossim, o posicionamento correto do legislador ordinário ao levar em consideração o sistema carcerário existente, em sua decisão, pois se atualmente já temos problemas estruturais com relação a separação dos menores delinqüentes, dos menores recolhidos por não possuírem família, se para estes já há uma verdadeira escola do crime, imagine-se só o que seria destas crianças e adolescentes se adentrassem em no atual sistema carcerário falido? No mais, como ver-se-á a seguir, a legislação segue uma tendência mundial em que o menor fique afastado do Direito Penal e que as leis que o tiverem como objeto, tenham caráter tutelar, educativo, não se tratem apenas de punições, mas de medidas corretivas, portanto, nesse sentido, o nosso Estatuto da criança e do adolescente nada deixa a desejar no que concerne às demais legislações menoristas, como ver-se-á adiante.

No século passado, os códigos de Menores (Mello Mattos e 1979), apresentaram-se como grandes marcos na história da proteção especial dos menores. No tocante a estes, havia um cunho tutelar, protegendo os menores infratores, e dispensando um maior interesse tanto na especialização da legislação

existente, quanto à edição de normas que culminassem numa maior proteção às crianças e aos adolescentes, ou seja, através de normas especiais.

O Código de menores de 1979 tutelava e dispunha de vigilância a menores que estivessem em situação irregular, mantendo estes menores sob o cuidado do Estado e ao mesmo tempo protegendo a sociedade, excluindo-se os menores infratores do convívio social, posto que era o maior interesse do Estado: a higienização das ruas, e neste quesito, os menores abandonados eram um problema de repercussão.

Pode-se dizer que de nada diferem as medidas assecuratórias tomadas em sede de menores de idade às penas impostas aos adultos criminosos, pois com a criação de instituições como a FUNABEM e as FEBENS, que são estaduais, estas se tornaram verdadeiras prisões, sem uma estruturação que permita que realmente haja esperanças de reestruturação psicológica e educacional dos infantes lá levados, e essa é uma característica que percebemos não apenas à época dos códigos de menores, mas também é uma tendência existente nos dias atuais, em sede de Estatuto da criança e do adolescente.

Ressalte-se que através de medidas pretensiosamente mais benéficas aos menores, o que se via (e se vê até hoje) era o caráter punitivo, retributivo de tais normas, de um assistencialismo de fachada, onde se propunha a ressocialização do menor, mas o que se via mesmo era a prestação de esclarecimentos à sociedade, que cobrava medidas enérgicas do aparato estatal. Sobre isto, Queiroz (2005) afirma brilhantemente que essa idéia de retribuição pressupunha a necessidade de se fundamentar, com a pena, algo que já era dado como existente e válido, não respondendo sobre qual deva ser seu conteúdo, ou seja, sobre a necessidade, oportunidade ou conveniência da pena.

Esses códigos, apenas visavam corrigir as condutas dos menores, sem a concatenação dos valores e princípios que diferenciavam os menores dos adultos no campo do processo penal e da aplicação da pena, preocupação esta que só viria-se no Estatuto da criança e do adolescente, como disposto no tópico seguinte.

3.1 Estatuto da Criança e do Adolescente

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em 1990, ocorreu o fenômeno da normatização de princípios, que já existiam na Constituição

Federal, visto que com o ECA em vigor, esses princípios ganharam aplicabilidade no campo prático, pois que este inaugurou uma etapa em que o direito, além de proteger as crianças e adolescentes, os trouxe como sujeitos de direito. Importante se faz dizer que, diferentemente do código de menores de 1979, o ECA trouxe para o campo da proteção todos os menores de idade, e não só aqueles que estivessem em situação de risco, como pode-se ver no seu artigo 1º que aduz: que todos sem exceção passaram a ser considerados sujeitos de direito, gozando sempre de atendimento prioritário.

Juntamente ao Estatuto da Criança e do Adolescente, foram inseridas mudanças de caráter sócio-educativo e emancipatório, buscando, com a implementação dos Direitos Humanos da Criança e do Adolescente, respeitar-se a cidadania e a diferenciação do menor. O que trouxe mudanças também no campo processual, pois as duras penas e condições de penúria que estavam inseridos os infratores, deram lugar à garantia do devido processo legal, tornando-os sujeitos de direito. Conforme estatui Silva (2010, p. 8):

“Uma das grandes preocupações dos militantes de defesa dos direitos humanos de adolescentes submetidos às medidas sócioeducativas tem sido a falta de critérios objetivos capazes de conter o arbítrio do Estado, haja vista a existência de muitos casos de privação de liberdade em hipóteses sem gravidade. O fenômeno, confirmado através de levantamento do Grupo de Trabalho do Ministério da Justiça, deve-se à interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente com base nos princípios da chamada ‘Doutrina da Situação Irregular’.”

Além das garantias acima elencadas, há vários doutrinadores que afirmam que o artigo 228, CF, faz parte do rol dos direitos individuais, que, conforme o artigo 60, § 4º, do mesmo diploma, são cláusulas pétreas, não havendo como, portanto, emendar-se, ou mesmo modificar sua redação.

Além de assegurarem direitos como o direito à vida, à saúde, à educação e à alimentação, com o estatuto juvenil surgiram também novas políticas públicas para assegurar estes e demais direitos, bem como a complementação de abrigos, programas de capacitação e iniciação ao trabalho para aqueles que precisarem, ou que forem vítimas dos adultos responsáveis por eles, sempre levando em consideração o bem estar, a cidadania e a situação em que estiver o menor,

buscando a promoção social e não apenas medidas assistencialistas (Nagima, 2010).

Do ponto de vista processual, o método inquisitorial deu lugar ao devido processo legal, ou seja, não mais se instaura, em sede de ECA, apenas um inquérito, garante-se também ao direito do devido processo legal aos infantes, em regime especial, e a população passou a participar da gestão de recursos por meio de organizações – Conselhos Tutelares, por exemplo – resultando, pois, em uma descentralização administrativa. Quanto a isso, Lima Melo (2000, em artigo na internet, disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1645>>. Acesso em: 17 de setembro, 2010), preleciona:

“Um grande movimento político, reunindo pessoas das mais diversas áreas do conhecimento, resultou na aprovação, pela Assembléia Constituinte, dos arts. 227 e 228 da Constituição Federal, e, posteriormente, pelo Congresso Nacional, da Lei nº 8.069/90 – o nosso Estatuto da Criança e do Adolescente. O novo sistema se restringe aos limites do Estado Democrático de Direito, onde as decisões judiciais para terem validade, carecem do pressuposto da fundamentação, onde os operadores têm papéis definidos: Juiz é o experto em Direito que julga de acordo com a hermenêutica; o Ministério Público, o titular das ações necessárias à defesa dos interesses da sociedade e dos incapazes e, o advogado, o representante (junto com o Ministério Público) e defensor de direitos, que atua, como os demais, na constituição do devido processo legal. O Estatuto da Criança e do Adolescente trasladou as garantias do Direito Penal, propiciando como resposta à delinquência juvenil, em vez da severidade das penas criminais, medidas predominantemente pedagógicas.”

As medidas incorporadas no estatuto encerram não apenas a premissa de se punir, responsabilizar as crianças e adolescentes pelos seus atos, mas tem o fito de reestruturá-las psicologicamente para não mais recaírem na prática de ilícitos penais, ou seja, tais medidas não só tem cunho reparatório social, mas também reparam psiquicamente os delinquentes juvenis, lembrando-se sempre, que é objeto primordial do ECA prevenir que as crianças de um modo geral recaiam em atos criminosos, dar oportunidades para que estas fiquem longe dos caminhos criminosos, mas, se assim não for possível, tentar ressocializá-las à sociedade, logo não é apenas uma questão de confinar as crianças e adolescentes, mas tão sim de aplicar-lhes medidas de cunho social, esportivo, educativo, entre outros.

A crítica social ao Estatuto da Criança e do Adolescente reside justamente no fato de que estas medidas não estão sendo bem implementadas pelos órgãos estatais, na prática, o que vem ocorrendo é que muitas vezes os menores

delinquentes de conduta grave, que praticaram condutas diga-se, até hediondas, sem nenhuma chance de mudar, de realmente sair da vida de crimes, retornarem à sociedade de modo intempestivo, sem nenhuma medida de contenção, ou de fiscalização, e estes retornam à criminalidade, resultado: sentimento de impunidade tanto na sociedade, como nos próprios delinquentes juvenis, pois quem nunca viu algum destes adolescente, ou crianças, ao serem recolhidos pela polícia, bradarem que “amanhã já estarão soltos para novamente fazerem o que quiserem”? Isto decorre do ECA, ou do aparato estatal do qual é função a recuperação desses jovens?

Antes de acalorar-se esse debate, importa salientar a estrutura básica do ECA, e depois analisar-se as medidas que são tomadas com relação aos menores infratores, para melhor encarar-se estes questionamentos, pois que são de importância salutar para a averiguação da eficácia da diminuição da maioridade penal no sistema brasileiro, fato que é um dos objetivos do presente estudo. Conforme Lobo (2008, p. 75):

“A estrutura do Estatuto, disposta em livros, títulos e capítulos, é assim delineada:

- O livro I é formado por três títulos: Das disposições preliminares; Dos direitos fundamentais; e Da prevenção.
- O livro II é formado por sete títulos. O título III trata exclusivamente das Práticas de Ato infracional: Da política de atendimento; Das medidas de proteção; Da prática de ato infracional; Das medidas pertinentes aos pais ou responsáveis; Do conselho tutelar; Do acesso a justiça; e Dos crimes e das infrações administrativas.”

Vê-se que no Livro I, estão dispostos preceitos de ordem geral, atinente aos menores de idade como um todo e é no Livro II que encontra-se as medidas e procedimentos relativos aos delinquentes juvenis, as políticas de atendimento, os órgãos especializados, as disposições relativas aos juízes e membros do ministério público e onde há o conceito de ato infracional que é: “a conduta descrita como crime ou contravenção penal” cometida por adolescente ou criança e que está isenta de pena, estando apenas, o agente, sujeito a medidas protetivas (caso seja criança) e medidas sócioeducativas (no caso de adolescentes).

3.1.1 Das Medidas de proteção

As medidas protetivas englobam não só aquelas ligadas aos menores abaixo de doze anos, considerados como crianças, como também aos adolescentes, mas no caso de crianças infratoras, estas serão as únicas a serem empregadas. Porém, de um modo geral, elas serão aplicadas todas as vezes que os direitos estabelecidos no próprio ECA, seja por ação, seja por omissão do Estado, ou mesmo pela omissão, ou por abuso dos pais ou responsáveis, ou seja, todos os direitos previstos na Constituição e Estatuto, como por exemplo, a vida, a saúde, educação, convívio familiar e social, entre outros direitos que não nos compete mencionar. Não apenas essas condutas omissivas têm o condão de ensejar a aplicação das medidas protetivas, mas também o próprio comportamento da criança.

Ressalte-se que nenhuma criança nasce delinquente, por isso a importância das medidas de proteção à crianças, pois, que não são pessoas com caráter já formado e ainda suscetíveis a influência dos adultos, ou até mesmo dos adolescentes, por isso, tais medidas se comportam assaz importantes, visto que ainda há resquícios de humanidade, e até maior esperança de mudança, de ressocialização desses seres ainda imaturos.

Pensando nisto, pois, que a legislação menorista baseia-se na doutrina da proteção integral, reconhecendo crianças como portadores de necessidades especiais, peculiares, sem pleno desenvolvimento psíquico, e por isto, por essas reflexões, é que o estatuto propõe essas medidas de caráter essencialmente pedagógico. O art. 101 da Lei, determina que são medidas de proteção:

"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 - abrigo em entidade; VIII - colocação em família substituta."

Com relação ao encaminhamento aos pais e responsáveis, essa concessão permite ao menor permanecer no seio familiar, em seu meio social natural, desde claro, que não lhe seja prejudicial e que os pais ou responsáveis tenham condições de satisfazer as necessidades dos menores. Quanto ao apoio, orientação e acompanhamento, salienta-se que estas podem ocorrer tanto no seio familiar,

quanto em estabelecimentos de educação ou aprendizagem profissional, caso este, em que as crianças estejam em perigo nos braços de sua família.

Questão controvertida reside na medida de matricular ou exigir-se frequência obrigatória do menor em estabelecimento de ensino, pois muitos afirmam que a falência do sistema educacional público é um dos motivos do crescente aumento da criminalidade, porém, acredita-se que seja um meio crucial, desde que se dêem os instrumentos necessários às instituições escolares para melhor lidarem com estes menores, pois que esta medida além de permitir a convivência social das crianças e adolescentes, previne o analfabetismo e a marginalidade. Quanto a isto, Lima Melo (2000, em artigo na internet, disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1645>>. Acesso em: 17 de setembro, 2010), brilhantemente preleciona o seguinte:

"De fato, a escola é o primeiro sistema oficial da sociedade com o qual o menor toma contato; através dela fará o conceito positivo ou negativo da sociedade. Entretanto, é também na escola que o menor verifica pela primeira vez se é igual ou diferente dos outros e, se essa diferença é natural ou criada pela estratificação social, gerando, daí, um complexo de inferioridade. Sob esse prisma, a escola pode até vir a ser a fonte de um conflito cultural, causando um comportamento anti-social, reação à inferioridade. Dessa forma, a escola deve ter muito cuidado em não acentuar esse tipo de diferença, mas tão-somente aquilo que houver em comum."

Com relação a isso, importa analisar que nos casos de evasão escolar, importante se faz a atuação de todos os órgãos especializados, bem como dos próprios estabelecimentos de ensino, no sentido de dialogar e conscientizar os menores evadidos e suas famílias na importância do estudo para afugentá-los da marginalidade. Porém se isso não se fizer possível, encaminha-se o fato ao Conselho Tutelar e este, através de instrumento apropriado, leva ao conhecimento do ministério público, que tomará as medidas que lhe cabem. Quanto aos incisos V e VI, traz-se os ensinamentos de Mezzomo (2010, p. 2):

"Os incisos V e VI do artigo 101 tratam de hipóteses nas quais estão envolvidas direta ou indiretamente questões de saúde, ou de dependência química ou psíquica à drogas e álcool, que não deixam de ser problemas de saúde. A grande dificuldade surge do fato de que o aparelho estatal ainda não conta com suficientes recursos para prover tratamentos em quantidades condizentes com a demanda.

(...)

A colocação em abrigo ou entidade é medida que se pauta pelo vetor da excepcionalidade, visto que priva a criança ou adolescente de um dos seus

direitos básicos, qual seja o de convívio familiar. Destarte, é uma medida cujas conseqüências podem ser graves e que, portanto, deve ser aplicada com extrema cautela, ficando reservada para situações extremas, quando a permanência da criança em um determinado ambiente familiar lhe seja visivelmente mais prejudicial.”

Todas essas medidas sempre devem visar dar às crianças todos os direitos fundamentais, na perspectiva de que tanto a criança quanto o adolescente desenvolverão plenamente sua personalidade, no seio de uma família, mesmo que esta seja uma família substituta (Lobo, 2008).

3.1.2 Das Medidas Sócio educativas

No que tange às medidas socioeducativas, estas serão aplicadas somente no **trato** dos adolescentes infratores, ou seja, aos ditos “menores delinqüentes”, com doze anos completos e menores de dezoito. Elas, embora alguns doutrinadores insistam em dizer que estas medidas não têm caráter punitivo-sancional, possuem caráter retributivo, pois que são aplicados quando o agente praticar um ato definido como crime ou contravenção penal.

Para que estas medidas sejam aplicadas, o juiz deverá ficar atento aos motivos ou circunstâncias que ensejaram o fato, bem como as condições do menor e seus antecedentes, sempre preservando a liberdade deste, exceto quando o menor revelar alta periculosidade, fato este que incidirá em internação, até que um parecer emitido por técnico do órgão especializado e competente e por pronunciamento do Ministério Público demonstre a cessação da periculosidade do infrator juvenil.

Portanto, ao administrar medidas sócioeducativas aos adolescentes infratores, o Juiz da Infância e da Juventude deverá se ater não só ao fato, mas às condições pessoais do adolescente, bem como a sua capacidade de cumprir essas medidas penalizadoras. As medidas socioeducativas estão enumeradas a partir do art. 155 do Estatuto, quais sejam:

a) Advertência

Esta é a medida mais comumente utilizada pelos órgãos judiciais e está disciplinada no artigo 115 do ECA. Geralmente é aplicada em menores que

praticaram atos de pequena gravidade, como pequenos furtos, agressões leves, por exemplo. É uma medida de caráter leve e que deve ser aplicada com muita cautela, visto que para infratores de crimes graves é uma medida totalmente inócua, pois que consta apenas numa “admoestação verbal” reduzida a termo, ou seja, apenas uma repreensão, só podendo ser aplicada em casos de infrações cometidas em meio a arroubos juvenis, impulsos característicos a própria idade.

b) Da obrigação de reparar o dano

Caso a prática infracional envolver danos patrimoniais, o art. 116 do Estatuto poderá ser acionado pelo Juiz da Infância e Juventude, que determina que a coisa seja restituída pelo menor, ressarcindo o dano, ou por qualquer forma que satisfaça o prejuízo da vítima. Se, contudo, não puder ser restituída a coisa, a medida será substituída por uma das outras enumeradas no ECA, visto que esta medida não tem o fito de apenas penalizar o infrator, mas de mostrar-lhe as conseqüências de seu ato, impedindo que este repita a conduta infracional.

Quanto a essa questão de reparação, importa notar que em alguns casos, os pais do menor é que arcarão com a responsabilidade de indenizar, de reparar a vítima, visto que há um preceito no código civil, em seu art. 928, que afirma que o menor só arca com os prejuízos que der causa apenas se os pais ou responsáveis não tivessem a obrigação de satisfazê-lo, ou não tiverem meios de fazê-lo. Lima Melo (2000, em artigo na internet, disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1645>>. Acesso em: 17 de setembro, 2010) aduz a esse respeito:

“Extraí-se, pois, que quando um adolescente com menos de 16 anos for considerado culpado e obrigado a reparar o dano causado, em virtude de sentença definitiva, a responsabilidade dessa compensação caberá, exclusivamente aos pais ou responsável, a não ser que o adolescente tenha patrimônio que possa suportar essa responsabilidade. Acima de 16 anos e abaixo de 18 anos, o adolescente será solidário com os pais ou responsável quanto à obrigações dos atos ilícitos por ele praticados. Isso conclui-se da interpretação do art. 932, I do Código Civil atual.”

Então, baseando-se nisso, deve-se o juiz observar as condições financeiras dos infratores, para não submeter os menores à humilhação pública.

c) Prestação de serviços comunitários

Essa é também uma das medidas mais aplicadas, visto que é uma alternativa às medidas de internação, por ao mesmo tempo contribuir para o desenvolvimento de instituições de serviços comunitários e despertar uma consciência social no menor, pois este desperta para o prazer da ajuda humanitária. A prestação de serviços está disciplinada no art. 117, que não poderá exceder o período de seis meses e poderá ser prestado junto a escolas, hospitais, entidades assistenciais e estabelecimentos congêneres, bem como através de ONG's ou órgãos governamentais.

d) Da liberdade assistida

A medida de liberdade assistida deve ser aplicada aos adolescentes que reincidirem na prática habitual de infrações, ou que demonstrem grandes chances de reincidir. Tal medida não comporta prazo máximo, perdurando enquanto houver a necessidade do menor em ser assistido.

De acordo com esta medida, o infrator será encaminhado a uma pessoa capacitada, que o acompanhará, auxiliando-o, orientando-o, devendo o infrator comparecer mensalmente perante o orientador para assinatura de freqüência, e a cada três meses será feito um relatório comportamental do menor, visando a verificação de sua conduta no intuito de coibir a sua reincidência e garantir a sua total recuperação.

e) Do regime de Semiliberdade

A semiliberdade, regulada pelo artigo 120 do Estatuto da Criança e Adolescente, é um tratamento tutelar realizado, em sua maioria, em meio aberto, possibilitando a realização de atividades externas, atividades estas que são obrigatoriamente atreladas ao regime: atividades escolares e profissionalizantes, em casas especializadas no recebimento desses jovens, embora na prática tal coisa não seja executada.

Geralmente ela é aplicada na transição do regime fechado (internação) para o aberto, aplicando-se, no que couber, as medidas atinentes ao regime de internação.

f) Da internação

Disposta no artigo 121 do Estatuto é uma das mais complexas medidas trazidas por ele, e mais difíceis de serem aplicadas, pois que dá ao juiz mais discricionariedade. Vale salientar que três são os princípios norteadores da aplicação desta medida: a excepcionalidade, a brevidade, e o respeito à condição de pessoa em desenvolvimento, com discernimento reduzido.

Entende-se por princípio da brevidade aquele cuja internação deverá durar um tempo pré determinado, que de acordo com o art. 121, §§ 2º e 3º, ECA, é no mínimo seis meses e no máximo 3 anos. Quanto ao princípio do respeito ao adolescente, refere-se a errônea concepção de que são estes jovens seres humanos em desenvolvimento, e o Estado não pode se imiscuir da tarefa de dar-lhes proteção, velando pela integridade física e mental dos que forem internados em uma de suas instituições, adotando as devidas medidas de segurança e contenção (artigo 125, ECA).

Não pode-se olvidar que a medida socioeducativa de internação é também uma garantia à sociedade de que esta não estará a mercê dos delitos perpetrados pelos delinquentes juvenis, muitas vezes frios e violentos, e para tal, esta deve sempre permanecer no nosso ordenamento jurídico, o que não quer dizer que a internação seja uma forma cruel de punição aos jovens infratores, muito embora tenha certo caráter retributivo.

Ressalte-se que a medida de internação é considerada extrema, o último recurso que pode se valer o poder judiciário aos indivíduos que revelarem real perigo à sociedade, delinquentes irreparáveis e essa medida é até branda, ao levar-se em consideração certos crimes praticados por esses adolescentes, pois não deve a sociedade fechar os olhos para os ilícitos penais cometidos por menores, simplesmente por estarem na condição de pessoas em desenvolvimento.

A maior parte dos doutrinadores afirma ser esta medida cruel, como se as instituições de internação desses menores fossem lugares áridos, sujos, pedantes, quando na verdade não passam de unidades especiais, que mesmo estando longe de chegar a perfeição, visto que unem jovens que cometeram crimes leves, com aqueles que praticaram crimes hediondos em um mesmo ambiente, estão longe de parecerem com as detenções voltadas para adultos, e não convivem os adolescentes, com criminosos adultos, ou seja, são locais exclusivos para adolescentes.

A internação provisória, que não durará mais que três meses, determinada pelo Magistrado, dar-se-á nas seguintes hipóteses: prática de ato infracional com as características evidenciadas nos incisos I, II e III do art. 122; bem como se não for possível a imediata liberação do adolescente infrator a seus pais ou responsável; ou ainda, se as conseqüências e gravidade do ato praticado reclamarem a segurança e proteção do adolescente.

Lembrando-se que esta é uma medida excepcional e que apenas pode ser aplicada quando não houver a possibilidade de implementação das outras medidas elencadas no Estatuto.

3.2 Falhas no estatuto da criança e do adolescente

A Constituição Federal, carta de princípios que é, prelecionou em seu artigo 228 que são inimputáveis os menores de dezoito anos. É também neste mesmo artigo, que existe a informação de que as crianças e adolescentes estarão sujeitos a lei especial. Como já dito anteriormente, esta lei é o chamado Estatuto da Criança e do Adolescente, de número 8.069/90, que traz uma série de princípios e procedimentos relativos aos menores, mesmo que muitas vezes estejam apenas reforçando os princípios já existentes na Constituição.

Cuidou mais o legislador de ressaltar os princípios, direitos e garantias fundamentais trazidos constitucionalmente, e muitas vezes relacionados apenas aos menores de idade que não cometeram nenhum ato infracional, do que dar instrumentos eficazes que possam realmente lidar com os menores que cometeram ilícitos penais, bem como estabelecer procedimentos e toda a matéria criminal pertinente onde crianças e adolescentes forem agentes, ou co-agentes, e é justamente nessa falha que reside a maioria das críticas a esse diploma legal especial.

Alguns doutrinadores chegam a afirmar que o estatuto seria muito bem substituído pelo artigo 5º do antigo Código de Menores de 1979, qual seja: "Na aplicação desta Lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado." Ou seja, dizem que o atual código de menores (ECA) está acima de qualquer lei, e por isto, entendemos a necessidade de ser mudado. Sobre isso, salienta Garcez apud Cavallieri (2007, p. 6):

"O estatuto merece reforma, tanto porque não conseguiu dar solução para os menores abandonados do país, quanto por não ter proporcionado instrumental jurídico necessário ao aplicador da lei (juiz), para recaminhamento seguro do menor de rua, inobstante a inquestionável responsabilidade do Poder Executivo nessa matéria"

Também adepto desta mudança, Leal (apud Cavallieri, 2007, p.7), demonstra o mesmo posicionamento pela mudança do Estatuto da Criança e do Adolescente, do qual, conforme já mencionado, somos adeptos. Ele afirma que o ECA apresenta vários dispositivos que devem ser alterados, visto que a ambigüidade de certos dispositivos resultam em aberrações jurídicas como, por exemplo, a de adotar o sistema recursal do Código de Processo Civil (CPC) para procedimentos de matéria penal.

Destarte, cada vez mais se vê a necessidade de aprofundamento das discussões acerca de mudanças e de uma melhor estruturação da legislação menorista, visto que as falhas e as diversas brechas deixadas por este tem se mostrado ineficazes ao combate à criminalização de nossos infantes, bem como tem aumentado cada dia mais o sentimento de impunidade, tanto na sociedade, quanto nos próprios menores infratores, que se mostram cada vez mais ousados e cruéis na execução de seus crimes. Nesse sentido, Mello (2007, p.167), expõe:

"Uma em cada três crianças nesta cidade é oriunda de favelas. Essas crianças vivem em estado de miséria absoluta. Para elas, o Estatuto deveria ser uma conquista. Só que estão muito longe dele na sua tentativa de sobrevivência, o que as leva às drogas, prostituição, violência, roubos e, cada vez mais, as empurra para a morte violenta. Mas, no mesmo momento que essa lei foi elaborada, não foi votada uma dotação orçamentária para que ela fosse cumprida. Infelizmente, e apesar de todos esses instrumentos legais existirem, nada foi feito no plano judicial para tornar efetivo esse direito das crianças com bases nas inovações que se apresentarem no Estatuto."

Sem nenhum incentivo fiscal, estrutural, tampouco dotado de meios para sua efetiva aplicação, o ECA se apresenta, pois, como uma simples declaração de valores e metas que possivelmente nunca se efetivarão, por estar o órgão estatal entregue a esmo e de mãos atadas, sem capacitação dos operadores do direito que atuam nas varas da infância e juventude, bem como sem infra-estrutura física para acolher e ressocializar os menores presos flagrantemente cometendo algum ilícito penal de natureza grave e, porque não dizer, hediondo, pela torpeza dos motivos

que muitas vezes os levam a cometer tais atos. Portanto, como preleciona Borges (apud Cavallieri, 2007, p. 56):

“O estatuto não resolve um insólito problema, formulado sobre uma formulação prática. Adolescente, à véspera de completar 18 anos, pratica um ato infracional, crime, de suma gravidade, tem personalidade desestruturada, é-lhe aplicada a medida de internação que, presume-se, terá duração dilatada. Dias depois, ainda no internato, já maior, pratica crime sem gravidade, ao qual o juiz criminal lhe aplicará a pena de multa, pois que não tem antecedentes criminais. Tendo sido preso em flagrante, foi subtraído da justiça especializada. Como se situa a defesa social?”

Em contrapartida, vê-se que a presunção de que menores de 18 anos não têm capacidade de culpa, restou-se refutada, muito embora, o motivo pelo qual o legislador constituinte estabeleceu a inimputabilidade penal destes foi puramente político e sem qualquer embasamento técnico-científico. Portanto, essa idéia de que são imaturos os menores de idade, conceito este formulado genericamente pelo ministro Campos, nos foi empurrada durante anos, mais precisamente, desde 1940 e este absurdo vem contaminando os doutrinadores através dos tempos, sendo por fim elencado no rol dos direitos individuais em nível constitucional.

O legislador estatutista, ao invés de destruir este mito tão prejudicial à sociedade, acabou por acatá-lo, deixando toda a população a mercê de interpretações errôneas, impraticáveis e, porque não dizer, regida por uma norma ineficaz e sem embasamento científico.

Outra falha grave em sede de estatuto reside no fato de que ao invés de se apresentar medidas de reeducação psicossocial, o que se vê são medidas punitivas, onde, apesar de não poderem, nem terem a capacidade necessária para tal, os menores infratores têm a obrigação de reparar o dano causado, assim como prestar serviços à comunidade, o que resulta num grande paradoxo, onde o ordenamento jurídico estabelece há um só tempo que as crianças e adolescentes não podem ser punidos (art. 228, CF; art. 104, ECA; art. 27, CP) e trazem, através do ECA, medidas de caráter punitivo, tal qual ocorre para com adultos.

Além do fato de que não estando previsto o contraditório na aplicação da medida de advertência, e por não haver provas do ato infracional, estar-se-á ferindo o princípio da legalidade, lançando os infantes infratores a uma espécie de sistema penal rudimentar e ineficaz. Nesse sentido, Minahim (apud Cavallieri, 2007 p. 113):

“Prevê o art. 189 que o juiz não aplicará qualquer medida se reconhecer, na sentença, a presença dos elementos que o Código de Processo Penal (art. 316) impõe para absolvição. Essa diretriz apresenta inconvenientes numa justiça de crianças e adolescentes e por isso que, tradicionalmente, a par do fato, outras condições relativas ao contexto do autor eram tomadas em consideração para a providência tutelar do Estado. Não quis o texto legal agasalhar esse entendimento, já que pôs em relevo o fato e inseriu o contraditório para sua apuração; querem, porém, os autores do anteprojeto, (...) entender a possibilidade da aplicação das medidas do artigo 101. Tal interpretação há de ser repudiada em face da sistemática adotada, porque, ou bem se cuida de uma legislação para inimputáveis, ou se legisla para um cidadão que não deve distinguir-se dos demais, também nesse aspecto. Em se tratando de limitação a direitos individuais, interpretação, quanto ao arbítrio do estado, há de se restritiva, devendo-se entender, portanto, que o magistrado não poderá aplicar qualquer medida em caso de absolvição.”

Portanto, ao se tentar trilhar um novo caminho, sem um fundamento doutrinário preciso, como ocorreu em sede constitucional no art. 228, bem como pela má redação da lei nº 8.069/90, estar-se-á condenando toda a sociedade à insegurança jurídica, bem como ao invés de garantir os direitos dos menores, através de normas sérias e cuidadosas, estarão, antes de tudo, colaborando para a impunidade e para a crescente utilização destes pelo crime organizado, justamente pelo fato de não haver um sistema eficaz que trate de seus direitos e deveres, e que dê os instrumentos necessários para sua aplicação.

3.3 Menoridade no Direito Comparado

Os crimes com agentes infanto-juvenis são um problema em todo mundo, não só o Brasil que sofre com determinados problemas, o mundo inteiro busca as soluções viáveis para dirimir a prática criminosa por crianças e adolescentes e, diga-se de passagem, que nenhum país pode dizer que restou solucionado, ou que está em via de elucidação de tal problemática.

Como já mencionado, o estatuto da criança e do adolescente é um dos recursos mais festejados mundialmente, nenhum outro país possui uma carta de princípios exclusivamente voltada para os menores de idade em geral, como acontece com o Brasil. Porém uma coisa o Brasil tem em comum com a grande maioria: utiliza o critério etário para estabelecimento da imputabilidade, salvo os Estados Unidos da América, onde cada Estado estabelece a idade limite para a imputação de pena.

Segundo Pascum (2006), há predominância da idade de 18 anos como limite para não imputação da pena em pelo menos 60 das nações mais civilizadas do mundo e que quando outra idade é estabelecida, os menores ficam sujeitos a um regime próprio, a leis especiais, e nunca ao regime dos adultos. Esta tabela, apresentada pelo mesmo autor, muito bem ilustra a idade limite em vários países:

PAÍS	IDADE DA IMPUTABILIDADE PENAL	PAÍS	IDADE DA IMPUTABILIDADE PENAL
Alemanha	14	França	18
Argentina	16	Haiti	13
Austrália	18	Honduras	18
Bélgica	18	Hungria	14
Bolívia	16	Irlanda do Norte	18
Brasil	18	Itália	14
Canadá	12	Japão	14
Chile	18	México	18
Colômbia	18	Nicarágua	18
Costa Rica	18	Paraguai	18
Cuba	16	Peru	18
Equador	18	Polônia	17
El Salvador	18	Porto Rico	18
Espanha	18	Portugal	21
Suíça	18	Republica Dominicana	18
Uruguai	18	Suécia	15

Tabela 1 - Fonte: Retirada do livro Menoridade Penal, de Luiz Eduardo Pascum do ano de 2006.

Com exceção de alguns países, vê-se que a grande maioria adotou a mesma idade limite que o Brasil. No Direito Italiano, há a influência vinda do antigo Direito Romano, onde o menor, antes de certa idade, não poderia ser chamado a responder pelo crime que praticou, esta idade limite é a de quatorze anos, pois dos 14 aos 18 anos, o menor – desde que haja discernimento de sua parte – é considerado imputável, porém está sujeito, como já dito acerca dos países em que menores de dezoito anos são considerados imputáveis, a um regime jurídico específico, e sua pena é diminuída.

Esta capacidade deverá ser comprovada pelo juiz que poderá conceder perdão judicial ou pena pecuniária, quando a pena privativa de liberdade não ultrapassar três anos; já se a pena for a de liberação condicional, esta que poderá ser concedida pelo ministro em qualquer fase da execução da sanção penal; e ainda pode ser concedida a reabilitação, hipótese onde deve-se constatar que o menor realmente restou emendado (Nagima, 2010).

Da mesma forma que a Itália, ocorre na Alemanha, onde deve haver a verificação da vontade, discernimento e autodeterminação dos agentes infratores maiores de 14 anos e menores de 18, os considerados “menores adultos”, sempre lembrando que estes são atendidos em regimes especiais, com Tribunais e Estabelecimento Penais Juvenis, para efeitos de execução de penas privativas de liberdade.

Na Argentina, o “Régimen Penal de La Minoridad” propõe que os menores sejam recolhidos em estabelecimentos especializados, a maioria é definida em 16 anos e a responsabilidade dos envolvidos é condicionada a gravidade do fato delituoso, sendo, portanto, consideradas algumas limitações entre os compreendidos entre 16 e 18 anos, como nos casos cuja pena privativa de liberdade não excede a dois anos, com multa ou inabilitação.

Caso a pena cominada ultrapasse os 18 anos, o resto da mesma será cumprida em estabelecimento para adultos, já que lá menores são recolhidos em estabelecimentos especiais. Ressalte-se que há fatos que não são considerados puníveis, como insuficiência das faculdades mentais, erro, legítima defesa, para evitar um mal maior, ignorância, estado de inconsciência, entre outros, enfim, fatos que reduzam o discernimento e que viciem o caráter volitivo do ato.

No Reino Unido, a responsabilidade penal ocorre a partir do limite mínimo de 10 anos de idade e cada caso é considerado a partir de suas características e das sérias implicações decorrentes dele. Caso o menor demonstre comportamento anti-social, terá que pagar multas que são impostas também a partir dos dez anos, porém já existem movimentos na Inglaterra pela suavização do duro tratamento legal imposto aos menores que praticaram condutas criminosas.

No direito penal francês, a Ordenação Francesa de 1945, reformada por uma lei em 1951, que tratava da infância delinqüente, estabeleceu que haveria uma jurisdição especial para os menores de 18 anos, porém permitiu que os menores infratores com mais de 13 anos pudessem ser condenados, quando tivessem personalidade e as características que pudessem exigí-la (Tavares, 2009; Zamith Júnior, 2008).

Por conseguinte, essa imposição de pena excepcional para menores de 18 anos, quando acontece, é cumprida em estabelecimentos de “educação vigiada”, onde são levados os menores delinqüentes gravemente perigosos, ou

indisciplinados, pois há a hipótese de liberdade vigiada, o que pode obstar que tal ocorra.

Já com relação aos Estados Unidos, como já mencionamos anteriormente, a idade penal é variável de Estado para Estado, Pascuim nos trás a seguinte tabela:

ESTADO AMERICANO	IDADE PENAL DE IMPUTABILIDADE
Alabama	14
Alaska	16
Arizona	15
Arkansas	18
Califórnia	14
Colorado	10
Geórgia	13
Idaho	14
Maine	18
Massachussetts	17

Tabela 2; Fonte: Pascuim, Menoridade Penal, 2006

Percebe-se, através desta tabela, que não há um critério pré-estabelecido de idade mínima penal, fica a critério dos estados a fixação desse critério. Tavares (2009) nos trás a informação de que apenas 13 Estados americanos fixam uma idade mínima legal, nos demais Estados, conforme o direito consuetudinário, a legislação basear-se-á nos usos e costumes locais. Na grande maioria destes, crianças abaixo de sete anos não podem ser julgadas (inimputabilidade absoluta), porém adolescentes a partir de quatorze anos não são julgados como adultos, embora jovens entre sete e quatorze anos podem ou não ser considerados responsáveis penalmente pelos seus ilícitos penais, há uma análise de cada caso individualmente.

Conclui-se, pois, que a problemática dos menores infratores é um problema mundial e no que concerne aos embates doutrinários, estes acabam por figurar um dos maiores entraves à solução do problema, visto que mais se preocupam os doutos estudiosos em vencerem os debates, do que realmente resolverem a situação caótica em que estão essas crianças e adolescentes, nada fazem de prático para mudar a realidade sofrível desses menores. O que seria mais eficaz, debater se a maioridade penal deve ou não diminuir, pode ou não ser cláusula pétrea, ou fazer com que a legislação menorista tenha os instrumentos necessários para se tornar eficaz? Voltaremos a esse debate em tópico apropriado.

4 IMPUTABILIDADE

Viu-se no capítulo inicial que ao longo dos tempos a imputabilidade foi tratada de modo diversificado, até chegar ao ponto em que estamos hoje: é considerado imputável o agente infrator que contar com dezoito anos completos à época da prática do ato criminoso, sendo que os menores de dezoito anos são considerados inimputáveis. Porém, o Código Penal, não teve o cuidado de definir um conceito à imputabilidade, ficando limitado apenas à menção dos casos em que esta não se verifica, no entanto, sua definição pode ser retirada indiretamente dos artigos 26 a 28 do Código Penal (CP). Ensina Noronha (2001, p. 164), que a imputabilidade:

“É a obrigação que alguém tem de arcar com as conseqüências jurídicas do crime. É o dever que tem a pessoa de prestar contas de seu ato. Ela depende da imputabilidade do indivíduo, pois não pode sofrer as conseqüências do fato criminoso (ser responsabilizado) senão o que tem a consciência de sua antijuridicidade e quer executá-lo (ser imputável)”.

Portanto, antes de iniciar a discussão acerca do pertencimento ou não do critério de inimputabilidade penal dos menores de idade no rol dos direitos individuais, e conseqüentemente, das cláusulas pétreas, necessário se faz a compreensão sobre o que é imputabilidade, que, como diria Damásio de Jesus (2008), nada mais é que um conjunto de condições pessoais que dão ao autor do ato a capacidade para ser responsabilizado pela prática de um fato punível, ou seja, a imputabilidade é a capacidade de culpabilidade, que não implica, todavia, em impunidade visto que estabelece medidas de responsabilização que sejam compatíveis com a condição mental do agente, seja qual for sua deficiência, se temporária, biológica ou política.

O fato de não se enquadrarem os inimputáveis nos critérios de culpabilidade, não significa, em nenhuma hipótese, que estes não sejam responsabilizados pessoal ou socialmente. Silva (2010, p. 3) informa que:

“A Imputabilidade é um conceito essencialmente jurídico, contudo suas bases estão condicionadas à saúde mental e a normalidade psíquica. Representa a condição de quem tem a capacidade de realizar um ato com pleno discernimento e com a vivência de direcionar seus atos. Isto quer dizer que a Imputabilidade está condicionada a quem adquiriu e mantém pelo menos duas funções psíquicas intactas: juízo de realidade e volição. O juízo de realidade é conceituado como a capacidade de definir valores ou atributos que damos aos objetos, expressando-se através do pensamento. A volição corresponde a atividade psíquica de direcionamento para atos

voluntários, denominada por Jasper de consciência do arbítrio. A vivência de escolha e decisão define a vontade ou as ações do arbítrio. Naturalmente que nesta atividade psíquica intervém uma série de outras funções psíquicas, como a percepção, o pensamento, o humor e os sentimentos. Um ato somente é considerado voluntário quando é praticado com previsão e consciência da finalidade."

A imputabilidade, como dito antes, não está relacionada diretamente com a responsabilização do agente, ela nada mais é do que um critério para averiguação da culpabilidade, da vontade – volição - juntamente com a exigibilidade de conduta diversa e o potencial conhecimento da ilicitude, pois que a culpabilidade, de acordo com a teoria finalista, é a capacidade de reprovação incidente naquele que praticou o fato considerado típico e ilícito, ou, no caso dos menores de idade, o ato infracional.

Por estas condutas, recebem medida de segurança, que nada mais é que um tratamento psiquiátrico que visa dirimir a periculosidade do agente (arts. 96 a 99, CP), e se for criança e adolescente, medidas de proteção e sócio educativas. Já os que cometem crimes, e são imputáveis, são sancionados com uma pena que terá caráter retributivo e preventivo (art. 59, CP).

Convém ressaltar ainda que o critério de inimputabilidade para menores de idade não existe pelo fato de estes sofrerem alguma espécie de retardo mental, embora muitos doutrinadores afirmem que os mesmos não possuem desenvolvimento mental completo, outros, porém, afirmam ser este um critério meramente político. O que ocorre na realidade é uma presunção absoluta de inimputabilidade, onde, implicitamente, a lei estabelece que um menor de 18 anos, não é capaz de discernir os efeitos de sua conduta dolosa, tampouco de compreender as normas da vida em sociedade e adequar-se a elas.

Assim, vê-se que a celeuma causada por esta indefinição entre ser a inimputabilidade penal do menor um critério biológico ou político, resulta em graves problemas sociais, verdadeiros embates entre a população e os órgãos jurisdicionais e a uma confusão entre inimputabilidade e impunidade, confusão esta, por sua vez, decorrente da dificuldade de diferenciação entre imputabilidade, culpabilidade e responsabilidade.

Dito isto, a maior parte da doutrina aponta existirem três critérios para averiguação da imputabilidade: biológico, psicológico e o biopsicológico, ou misto, que enumeraremos a seguir.

4.1 Critérios Para aferição as imputabilidade:

Merece destacar como se deve aceitar a imputabilidade, analisando seus critérios de acordo com o direito e com outros ramos científicos exatos que comprovam através da genética ou mesmo do caráter psicológico da pessoa no que se refere ao discernimento que cada ser humano traz consigo.

4.1.2 Critério Biológico

Parte-se do pensamento de LOBO (2008, p. 34), que traz a seguinte conceituação:

“É observada exclusivamente a característica física do agente, independentemente de sua capacidade psicológica; ou seja, é observada a idade cronológica, exclusivamente contada em anos, independentemente da capacidade mental”

O sistema biológico de imputabilidade é aquele onde é determinado, de acordo com características biológicas do praticante de ato infracional, não se levando em consideração o desenvolvimento mental deste. É o caso do Sistema adotado no Brasil – que considera a idade (18 anos) como fator preponderante para a aferição da imputabilidade, prelecionando que os menores de dezoito anos são considerados inimputáveis (não sofrem imputação), portanto, os menores de idade não estão sujeitos à sanção de ordem penal.

Por este prisma, mesmo que tenham capacidade mental completa, sendo plenamente capazes de entender o caráter ilícito da infração e portarem-se de acordo com esta, eles não terão a capacidade de culpabilidade, simplesmente porque há o entendimento político-criminal de que crianças e adolescentes possuem discernimento mental reduzido, fato este refutado cientificamente.

A grande crítica feita a este sistema concerne ao fato de que não há como simplesmente relegarem-se ao grupo de amentais, seres que não têm pleno desenvolvimento mental, expostos diariamente a um grande número de informações e situações que os tornam bem mais desenvolvidos intelectualmente do que há cem anos. Sem contar um sem-número de menores considerados super-dotados, com

capacidade intelectual acima da média da grande maioria dos adultos, o que não pode-se simplesmente tratá-los em pé de igualdade, visto que estar-se-á cometendo o grande impropério de tratar os desiguais igualmente, cometendo-se, assim, injustiça.

4.1.2 Critério Psicológico

Traz-se mais uma vez a lição de LOBO (2008, p. 34):

“É Observada apenas a capacidade de entender do agente (o seu discernimento sobre a capacidade de realização de conduta delituosa), independentemente de qualquer característica física pessoal; ou seja, observa-se a capacidade de idade mental, e não a idade cronológica no caso dos menores de 18 anos.”

Para este sistema, “não importa os estados teratológicos ou patológicos, mas sim que a ausência de certos critérios psíquicos serão o bastante para aferição da inimputabilidade” (PASCUIM, 2006), ou seja, não procura-se saber se há uma perturbação mórbida, e sim apenas se ao tempo da realização do ilícito penal, o discernimento do sujeito – estava reduzido ao ponto de que o agente não tivesse a faculdade de entender o caráter ilícito da questão (capacidade intelectual) e portar-se de modo a querer o resultado obtido (elemento volitivo).

Destarte, tal sistemática considera elementos puramente subjetivos, fáceis de serem deturpados, não podendo esquecer o alto nível de corrupção que acomete o sistema Judiciário, portanto, com critério tão fluído, tão metafísico, fácil seria a fabricação de sentenças favoráveis, sem contar a falta de conhecimento técnico daqueles que decidirão, em muitos casos levados aos tribunais de júri popular.

4.1.3 Critério Biopsicológico

No presente sistema, há a junção dos dois critérios já mencionados. Nas palavras de LOBO:

“São observados ambos os aspectos descritos. Observam-se tanto as condições puramente físicas do agente quanto suas características psicológicas de discernimento sobre os atos que está cometendo (idade mental e idade cronológica).”

Tanto há a presença dos sistemas psicológico e biológico, que grande parte da doutrina costuma chamar esse sistema de critério misto de imputabilidade penal. Com este critério, o indivíduo – para ser considerado inimputável – deverá reunir, em sua prática criminal, a incapacidade intelectual de entender a ilicitude de seus atos e a disfunção decorrente de problemas mentais de origem biológica (anomalias mentais). Esse é o critério adotado pela lei penal brasileira, de um modo geral, com exceção dos menores de dezoito anos, onde o sistema é o biológico, pois que apenas a idade é considerada.

4.2 Culpabilidade e imputabilidade

A culpabilidade se torna um conceito imprescindível, para melhor analisar-se a imputabilidade, pois ela se apresenta como uma exigência social, um fenômeno jurídico-social. É através do juízo de culpabilidade que examina se determinada conduta será considerada reprovável ou não, caso esteja em desacordo com as exigências gerais do homem médio, portanto, para se construir o conceito de culpabilidade, deve-se dar relevância aos requisitos da vida social, levando-se em consideração, muitas vezes, a situação econômica, escolaridade do sujeito, bem como os fundamentos sócio-econômicos exigidos à época do ato criminoso.

Existem teorias, de acordo com Ponte (2007), que buscam entender e conceituar a culpabilidade: a teoria psicológica, a psico-normativa, a normativa pura e a limitada.

De acordo com a teoria psicológica, a culpabilidade decorre da relação psíquica entre o sujeito e o fato cometido, a posição psicológica daquele para com este – sendo o dolo e a culpa espécies destes posicionamentos psíquicos, ou seja, basta a verificação de que o sujeito reconheça o alcance de seus atos, para que esteja configurada a culpabilidade deste. A grande crítica a essa doutrina, reside no fato de que a mesma une a culpa e o dolo em uma única espécie, resultado: esta doutrina acaba por não explicar fenômenos como a coação moral irresistível, a obediência de ordem hierárquica não manifestamente ilegal, que tanto ocorre no meio militar, por exemplo.

A teoria psicológico-normativa sustenta que, como aduz Francisco de Assis Toledo (apud Pontes, 2007, p. 22):

“Dentro dessa concepção normativa, a culpabilidade é, pois, essencialmente, um juízo de reprovação ao autor do fato, composto dos seguintes elementos: imputabilidade, dolo ou culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência, imperícia); e exigibilidade, nas circunstâncias, de um comportamento conforme o direito. Assim, a censura da culpabilidade pode ser feita ao agente de um injusto típico penal se ele, ao praticar a ação punível, não agiu de outro modo, conformando-se às exigências do direito, quando, nas circunstâncias, podia tê-lo feito, isso é: estava dotado de certa dose de autodeterminação e de compreensão (imputabilidade) que o tornava apto a frear, reprimir ou a desviar sua vontade, ou o impulso que o impelia para o fim ilícito (possibilidade de outra conduta) e que, apesar disso, consciente e voluntariamente (dolo), ou com negligência, imprudência ou imperícia (culpa *stricto sensu*), desencadeou o fato punível.”

Portanto, de acordo com esta teoria, a culpabilidade seria um juízo de valor emitido sobre a situação fática pelo juiz – que deteria o elemento normativo – e onde os elementos psicológicos (o dolo e a culpa) estariam no sujeito que causou o dano.

Outra teoria, a normativa pura, aduz que a culpabilidade entende-se como o juízo de reprovabilidade da conduta dita antijurídica, tendo como elementos a imputabilidade, a possibilidade de conhecimento do injusto e exigibilidade de conduta diversa, seria a união entre a capacidade intelectual de compreensão da conduta e a vontade. Acerca desse assunto, Ponte (2007, p. 25), preleciona que:

“Só há culpabilidade se o sujeito, de acordo com suas condições psíquicas, podia estruturar sua consciência e vontade de acordo com o direito (imputabilidade); se estava em condições de poder compreender a ilicitude de sua conduta (possibilidade de conhecimento de ilicitude); se era possível exigir, nas circunstâncias, conduta diferente daquela do agente (exigibilidade de conduta diversa).”

Por fim, a teoria limitada da culpabilidade, segundo alguns doutrinadores, é uma subespécie da teoria normativa pura, pois que a diferenciação entre elas reside nas discriminantes putativas, visto que considera os elementos negativos do tipo, pois o erro inevitável excluiria o dolo, sendo, portanto, apenas um erro de tipo, vendo a antijuridicidade apenas na tipicidade negativa.

A relação concernente entre culpabilidade e imputabilidade, reside no fato de que para que aquela se configure necessário há que o agente seja imputável, ou seja, o exame da imputabilidade deve preceder o exame da culpabilidade do agente de fato típico e antijurídico, pois não há como emitir um juízo de reprovação contra aquele que não tem capacidade de entender o caráter ilícito de seus atos, como é o caso, em tese, dos inimputáveis.

Concluindo, a culpabilidade, como emanção do princípio da dignidade da pessoa humana, inadmite a responsabilidade penal objetiva, pois, há a exigência do dolo ou culpa logo ao estabelecer seu exame, devendo, pois, esta responsabilidade ser pessoal, justa e proporcional ao ato praticado, bem como à culpabilidade pessoal do autor. Dito isto, far-se-á a seguir uma análise sobre a responsabilidade penal e a imputabilidade.

4.3 Responsabilidade penal e imputabilidade

Até agora, muito se tem falado acerca da imputabilidade ou da não imputabilidade penal dos menores de idade, porém devemos, antes de adentrar no mérito da questão, entender a intrínseca relação entre imputabilidade e responsabilidade penal, vez que, sem esses conceitos, nada entenderemos sobre o que moveu o legislador pátrio a decidir pelo critério biológico de imputabilidade penal com relação aos menores de idade – visto que com relação aos adultos, imputáveis, o critério adotado é o bio-psicológico.

Grande parte da doutrina utiliza-se dos termos imputabilidade e responsabilidade como se estes fossem sinônimos, o que na realidade não resta comprovado, pelo fato de se aplicarem de forma diferenciada. Sobre isso, Ramagem Badaró (apud Pascuim, 2006, p.76) explica que:

"A culpabilidade e a responsabilidade são conseqüências tão imediatas da imputabilidade, que estas três idéias são consideradas comumente como equivalentes. Mas tal não acontece. A imputabilidade fixa a exigência da relação de causalidade entre o crime e o indivíduo. A responsabilidade é conseqüência da imputabilidade, vez que, é responsável quem tem a obrigação de responder pelas conseqüências do crime. E a culpabilidade é um elemento característico da responsabilidade, desde que não responde pelo ato que lhe é imputado, quem não tem condições de agir livremente."

Certo é que, mesmo que conceitualmente diferentes a imputabilidade e a responsabilidade penal, elas estão ligadas em seu âmago, uma não podendo existir sem a outra, ou seja, o indivíduo não pode ser responsabilizado, caso seja inimputável. Num contexto mais amplo, a responsabilidade penal tem uma conotação de obrigação, de satisfação ou pagamento de um dano causado, enquanto que juridicamente, tem o sentido declarativo de que alguém deve

responder por seus atos, por danos causados por seu comportamento (Pontes, 2008).

A responsabilidade reconhece o fato atribuível a uma pessoa, impondo a esta – desde que seja responsável por si – determinadas conseqüências jurídicas, quais sejam: penas, medidas de segurança ou eventuais indenizações dos prejuízos causados, pois mesmo que o legislador especial não tenha conceituado a responsabilidade, trouxe no bojo do Código Penal, os casos em que esta não restará configurada, ou seja, quis o legislador do Código Penal, que a responsabilidade fosse verificada ao agente transgressor, desde que este tivesse – ao tempo de sua ação - a capacidade de entender o caráter criminoso de sua conduta, e de agir de acordo com este entendimento. Nesse sentido, Pascuim (2006), trazendo os ensinamentos de V. César da Silveira em se tratando da noção de responsabilidade criminal, aduz que:

“implica no fato de que se deva responder sob dependência da infração de uma norma: mas a norma não se poderá transgredi-la, enquanto não se tenha capacidade de entender e de querer, porquanto, de outro modo, não terá valor uma violação normativa. Como se poderia, em verdade, dizer-se que uma criança, ou um louco, ou um animal, ou um ente inanimado se tornassem violadores de uma norma, se aqueles indivíduos e objetos não possuem capacidade psíquica de compreender e de querer, atento que só esses poderão sofrer a eficácia reguladora da mesma norma e só esses poderão violá-la. A noção de responsabilidade envolve a referência a uma subjetividade inteligente e volitiva, e, assim, se patentiza como um contrasentido à existência de uma responsabilidade mecânica. Nada obstante alguns movimentos realizados pelos animais podem assumir a forma de verdadeiras ações e ser o produto da vontade.”

Portanto, como já dito anteriormente, a responsabilidade é, antes de tudo, um poder-dever de prestação de contas de algum dano causado pela conduta ilícita de um criminoso, enquanto que a imputabilidade é a análise do agente transgressor, a verificação de que este pode ou não entender e querer aquele resultado. Caso o agente reúna as excludentes de culpabilidade, ou mesmo, não seja passível de imputabilidade, ele poderá sofrer represálias, mas não pena, será responsabilizado na medida de sua inteligibilidade e o elemento volitivo.

Com relação aos menores de idade, a doutrina tupiniquim os define como pessoas de discernimento reduzido, prelecionam que crianças e adolescentes menores de dezoito anos, não possuem o amadurecimento necessário pra entender que determinados atos que pratiquem poderão fazer jus a um dano a outrem, bem

como não possuem a capacidade de avaliar as conseqüências de seus atos, pois a imaturidade e impulsividade característicos a estes, seriam próprias da idade, e de um modo geral, atingiria a todos os indivíduos incluídos nessa categoria (menores de idade), por isso estariam isentos de penas, de serem punidos (seriam inimputáveis), no entanto, poderão sofrer reprimendas e serem responsabilizados pelos seus atos, desde que não seja responsabilidade objetiva de seus pais ou responsáveis, cuidar para que o ilícito não ocorra, ou seja, que o ato não se execute em decorrência de uma invigilância dos pais ou de seus responsáveis.

Resumindo, os menores não teriam a capacidade de responder por seus atos, *imputabilidade*, mas possuiriam, em alguns casos, a obrigação de responder por estes, ou seja a *responsabilidade* (Lobo, 2008). Só que esta não será imposta por meio de uma pena, mas sim pelas medidas especiais pertinentes aos menores, elencadas no Estatuto da Criança e do Adolescente, quais sejam, as medidas sócioeducativas, conforme tratado em tópicos anteriores.

5 DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

A Constituição Federal é a Carta Suprema que dita todos os princípios do Sistema jurídico pátrio, ou seja, é um conjunto sistematizado de regras relativas à formação do Estado, do governo, o modo de aquisição e exercício do poder e, por fim, o estabelecimento dos órgãos gerenciadores e dos limites de sua atuação. É ela que delega sempre os pressupostos para criação, vigência e execução de todos os códigos constantes no ordenamento jurídico vigente, hierarquizando todas as normas para que este não resulte em um conjunto desordenado e sem nexo de leis. Por conseguinte, a legislação infraconstitucional deve estar de acordo com a Magna Carta, sob pena de invalidação por meio do controle de constitucionalidade direto ou incidental. Além disso, conforme preleciona Queiroz (2007, p. 37):

“É também a Constituição que define o perfil do Estado, assinalando os fundamentos, objetivos e princípios basilares (arts. 1º a 5º em especial) que vão governar a sua atuação, motivo pela qual, como manifestação da soberania do Estado, o direito penal, capítulo que é da anatomia política, deve expressar essa conformação político-jurídica ditada pela Constituição, mas, mais do que isso, deve traduzir os valores superiores da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da justiça, e da igualdade, porque o catálogo de direitos fundamentais constitui como diz Bergudo Gómez, o núcleo específico de legitimação e limite da intervenção penal, que, por sua vez, delimita o âmbito do punível nas condutas delitivas.”

Portanto, é na Constituição Federal que estão presentes os princípios penais elementares, tais como: o princípio da legalidade, o princípio do devido processo legal, o princípio do estado de inocência, o princípio do contraditório, o da ampla defesa, enfim, vários princípios penais e processuais limitadores do *jus puniendi*, porém, o Estado fica reduzido a um poder de punir (“*potentia puniendi*”) e não a um direito de punir (“*jus puniendi*”), esse poder-dever é limitado, e é justamente nossa Carta Superior que o limita.

Mas isso não se trata de uma penalização da constituição, mas sim, do fato de que o Direito Penal nada mais é que um Estado Democrático de Direito, e por assim ser, enquanto a Constituição se apresenta como uma “carta de princípios”, este se caracteriza como uma “carta de poderes”, porém, a tutela penal sempre estará condicionada a tutela constitucional, ou seja, aquela sempre estará limitada aos princípios desta. Caso ocorra o contrário, ou seja, caso a norma penal entre em desacordo com a constituição federal, será flagrante a inconstitucionalidade da

norma, e esta será extirpada de nosso ordenamento jurídico. De acordo conosco, Alves (2010 p. 4) nos traz o seguinte:

"Particularmente, tendo-se em vista tal limitação e tais relações entre normas ou princípios penais e normas ou princípios constitucionais, argumenta-se até que exista uma "Penalização da Constituição" vigente, devido às várias cláusulas penais que apresenta em diversos incisos do seu art. 5º, como, por exemplo, a punição dos atentados aos direitos ou liberdades fundamentais, o racismo como delito inafiançável (ao lado de outros crimes), a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a repressão ao abuso do poder econômico, a imprescritibilidade de certos crimes, a abolição de certas penas, as espécies de penas, a indenização pelo Estado de condenado por erro judiciário, etc. Temas penais, aliás, sempre existiram em nossas constituições desde a Imperial de 1824 que foi a primeira em nosso país."

Destarte, existe e sempre existiu uma lei penal constitucional superior ou que possa eliminar, de plano, qualquer lei penal especial comum que a contrarie, que lhe seja diversa, fato este que permaneceu através dos tempos em todas as constituições, desde a constituição do império.

Não pode-se deixar de mencionar também, em se tratando de Direito Penal constitucional, a relação existente entre o direito penal e o Estado, pois é na formação de um Estado que pode-se inserir, ou mesmo verificar o Estado democrático de direito. Se o direito penal se furtar de ajustar-se a este, o que teremos será um Estado Absolutista, onde a pena servirá como propósito e não como uma necessidade social para hierarquizar e garantir a convivência em sociedade, pois que a função precípua de uma norma penalizadora reside justamente na proteção dos cidadãos, preceito este que nos é trazido constitucionalmente no art. 1º, parágrafo único da CF: "Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente (...)" destarte, preceitua Queiroz (2007, p.39):

"Finalmente, sob a égide de uma Constituição que outorga à liberdade uma proteção formal especialíssima, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, valor-fonte do ordenamento jurídico (Reale) – como se vê pelo art. 5º, que alude à inviolabilidade da vida, da honra, etc. - resulta que a liberdade é assim a regra; a não-liberdade, a exceção. Por isso que medidas de constrição ao indivíduo, principalmente as de caráter penal, só se legitimam na medida que sirvam à afirmação da liberdade mesma, ou seja, só quando sirvam à efetiva proteção do cidadão, que é o mesmo que dizer quando resultem necessárias à realização da própria liberdade. Em conclusão, a intervenção jurídico-penal só deve ser admitida e tolerada quando não for substituível por outras formas menos violentas – e

adequadas – de controle social. Porque o direito penal é a fortaleza e os canhões dos demais direitos (Alfonso de Castro).”

Importante se faz ressaltar que os princípios explícitos constitucionalmente, e reforçados pelo Código Penal, se fazem presentes como autênticas garantias individuais, de forma que ao executá-los, ou mesmo interpretá-los, não pode-se deixar de lado o fato de que desta atuação resultará um certo clamor social, reações públicas e até mesmo privadas, e este clamor deverá sempre restar sopesado para que não hajam condutas abusivas por parte do Estado, mesmo que este afirme atuar em prol da segurança pública.

No caso deste estudo, por mais que estejam os agentes jurídicos (juízes) julgando de acordo com a lei, em uma interpretação literal – talvez por uma herança do Direito Positivo – não pode o Estado simplesmente ignorar o clamor social causado pela crescente onda de crimes cometidos por crianças e adolescentes, e dizemos crimes, porque por mais que boa parte da doutrina utilize do eufemismo “ato infracional”, na realidade, o que ocorrem são crimes, muitas vezes hediondos e não apenas contravenções ou pequenas infrações.

O que vê-se atualmente, na prática forense - muitas vezes deixada de lado pela doutrina - são os próprios princípios constitucionais e penais sendo relegados a segundo plano, como por exemplo, o princípio da legalidade, da proporcionalidade das medidas punitivas, da culpabilidade, da lesividade, entre outros tantos, simplesmente por um apego extremado ao positivismo normativo, o que dá margem à utilização de leis ineficazes e dúbéis, bem como à anciliosidade, à petrificação das normas e uma verdadeira prostração e inutilização do sistema penal. Age o estado, pois, tal qual a uma mãe relapsa que faz vista grossa às transgressões de seus rebentos criminosos. Citamos mais uma vez Queiroz, que brilhantemente afirma:

“(...) o autor há de responder exclusivamente pelo que faz (direito penal de fato) e não pelo que é (direito penal do autor), de modo que não é o crime que é identificado a partir do criminoso, mas o criminoso a partir do crime. E no sistema garantista é só lícito criminalizar tipos de ação e não tipos de autor; castiga-se pelo que se faz, não pelo que se é; interessa-se por comportamentos danosos, não por seus autores, cuja identidade, diversa, tutela, ainda que sejam desviados; dirige ao processo a prova dos fatos, não a inquisição sobre pessoas.”

Portanto, em um sistema onde se é garantida a igualdade, ver-se que ainda existem diferenciações entre sujeitos que praticaram a mesma conduta lesiva, sob

as mesmas circunstâncias, com o mesmo nível de consciência do ato, simplesmente pela negligência do legislador constituinte, bem como pela manutenção de normas ultrapassadas, não há como manter-se a ordem, tampouco garantir que a justiça se faça presente.

5.1 Inimputabilidade Penal dos menores de dezoito anos na Constituição Federal

Depois de falar-se sobre o que se entende por inimputabilidade, das mudanças que ocorreram através dos tempos no Código Penal, tecere-se-á agora sobre a relação entre a inimputabilidade penal, inserida no artigo 228 da Carta Suprema e a própria Constituição, ressaltando que o preceito da inimputabilidade, encontra-se alinhado a nossa Lei Maior, como herança do Código Penal que ainda vige em nosso país.

Como se pode ver embora a Constituição afirme que esta matéria será tratada em legislação especial, ela faz uma afirmação expressa de que os menores de dezoito anos não poderão sofrer penas, serão considerados não imputáveis. Quis o legislador originário manter o preceito político-criminal inserido, como já mencionado anteriormente, em sede de legislação penal.

Segundo LOBO (2008, p. 53):

“A Constituição Brasileira, é a única no mundo que contém em seu texto a idade limite da imputabilidade. Demonstrou-se, assim, a grande preocupação da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso, da Assembléia Constituinte de 1988 com a possibilidade de diminuição do limite da idade. Visou-se, explicitamente, à proteção dos adolescentes.”

O fato é que, com essa premissa, com o artigo 228 foi inserido uma espécie de barreira contra as tendências no sentido de rebaixamento da idade penal, causando a polêmica que vemos hoje, visto que qualquer mudança no artigo 27, CP, não surtiria nenhum efeito sem a devida alteração constitucional.

5.1.1 Inimputabilidade Penal como Cláusula Pétrea

Como dito anteriormente, a Constituição Federal ao trazer para seu bojo o princípio da inimputabilidade penal do menor de idade, antes de mais nada, objetivou assegurar o direito à liberdade desses jovens, quis elevar a não

imputabilidade a condição de direito individual, visto que o art. 228, CF, está inserido no rol dos direitos individuais das crianças e dos adolescentes.

Neste ponto é que surge o questionamento de nosso estudo: por ser um direito individual, é a não imputabilidade penal do menor uma cláusula pétrea? Pois como já mencionado, o artigo 60, § 4º, IV, CF, afirma que não será objeto de emenda ou abolição, os direitos individuais. A doutrina majoritária acredita que sim, a imputabilidade do menor é uma cláusula pétrea, embora este não seja o entendimento do presente estudo, visto que concorda-se com o hialino posicionamento de LENZA (2008, p. 762):

“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 imputabilidade, visto como garantia fundamental, não deixará de existir.”

Destarte, se a Constituição Federal prevê que adolescentes tem maturidade o bastante para participar do sufrágio universal, bem como poderão ter legitimidade para proporem ações populares, nos parece questão demasiada paradoxal, que em outro artigo o legislador originário tenha relegado à condição de amental os jovens menores de dezoito anos, como Lenza (2008), entendemos ser perfeitamente possível e constitucional a redução da maioria penal de 18 para 16 anos. Neste mesmo sentido, leciona Reale Júnior (apud PASCUIM, 2006): “não é a regra do art. 228 da CF regra pétrea, pois não se trata de um direito fundamental ser reputado penalmente inimputável até completar 18 anos.”

Doutrinadores favoráveis, como Flávia Piovesan (apud PASCUIM, 2006 p. 142), grande partidária da doutrina defensora da menoridade como cláusula pétrea, aduzem que:

“A redução da maioria penal perverte a racionalidade e principiologia constitucional, na medida em que abole o tratamento constitucional especial conferindo aos adolescentes, inspirada na ótica da responsabilidade, fundada nas medidas socioeducativas. Com isso, a perspectiva sociojurídica de exclusão (repressiva e punitiva, de isolamento) vem a aniquilar a perspectiva de inclusão (protetiva e socioeducativa, de reinserção social). Não bastando a afronta a direitos e princípios constitucionais, a proposta vê-se corroída de inconstitucionalidade, ao violar cláusula pétrea consagrada pela Constituição.”

Eles afirmam que seria este um dos direitos individuais inerentes ao artigo 5º, da Constituição Federal, o que por si só já caracterizaria uma cláusula pétrea, além do mais, seriam os menores de idade diferentes dos adultos, merecendo, por isso, o tratamento especial que lhe é dispensado. Eles acreditam que a adolescência é uma época conturbada, onde não se tem a inteligência plenamente desenvolvida, não há uma consciência moral e que, ademais:

"O art. 228 da constituição federal encerra hipótese de garantia individual prevista fora do rol exemplificativo do art. 5º, cuja possibilidade já foi declarada pelo STF em relação ao art. 150, III, b (AdIn 939-7/DF) – conferir comentários ao artigo 5º, § 2º, e, conseqüentemente, autêntica cláusula pétrea prevista no artigo 60, § 4º, IV ('não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais')."

Vê-se, portanto, que tais doutrinadores não levam em consideração a evolução social de nossa sociedade, tampouco atentam para as estatísticas de crimes cometidos por adolescentes, sendo apenas ponderados os elementos normativos da questão, esquecem-se de que de nada vale a norma crua, se não se levar em conta o caso em si, os aspectos econômico-sócio-culturais que levaram os delinqüentes juvenis a cometer o ilícito penal. Se cada caso é um caso, seria um oximoro aplicar-se uma única medida aos diversos casos, com nuances, particularidades, de forma igualitária, presumindo-se terem todos, as mesmas intenções.

Não que este estudo defendam a total supressão do artigo 228 da CF, pois assim realmente estaríamos defendendo algo inconstitucional, mas sim que este sofra uma emenda no sentido de diminuição da idade de dezoito, para dezesseis anos, bem como uma modificação no sentido de instaurar-se o critério biopsicológico no lugar do sistema biológico, que tanto tem causado insegurança jurídica em nosso ordenamento.

5.2 Limites de Alteração Constitucional

Primeiramente faz-se necessário falar sobre o Poder Constituinte: há o Poder Constituinte Originário, que estabelece a Constituição de um novo Estado, ou seja, é o que elabora a primeira constituição de uma nação; e o Poder Constituinte

derivado, que é o que pode modificar a Constituição originária, ou no caso dos entes federativos, criar as constituições dos Estados-Membros.

Uma das características do poder constituinte originário, é que este é incondicionado e ilimitado, pois tem a capacidade criativa, poderá tratar dos mais diversos temas, sem estar sujeitos a nenhuma legislação maior, ou seja, não se sujeita a qualquer procedimento para realização de sua tarefa constituinte, o que não ocorre, por exemplo, com o poder constituinte derivado, no qual a própria constituição estabelece os limites para sua reforma, tornando-a passível de controle de constitucionalidade.

A atual Constituição Federal traz em seu bojo a forma e o procedimento para os quais deverão obediência os entes que atuam no poder reformador, que é realizado através de emendas constitucionais (arts. 59, I, CF) e que deverão obedecer aos limites expressos no artigo 60, § 4º, CF, que preleciona o seguinte:

“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 direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.”

Através deste artigo, vê-se que o processo de alteração constitucional é assaz rigoroso, destaque para o quórum de aprovação, que deverá ser qualificado nos dois turnos de votação (60, §2º, CF) e para as cláusulas pétreas, limitação de que trata este estudo, que são as vedações materiais expressas, um núcleo intocável de matérias as quais não podem ser objeto de deliberação ou emenda, tampouco serem abolidas.

Grande parte dos doutrinadores tecem críticas a essa limitação material a reforma da Constituição, pois que a imobilidade constitucional, tema que insistimos em mencionar, gera um descompasso, um abismo entre as leis e sociedade, fazendo com que esta passe a desprestigiar aquelas, gerando insegurança jurídica, sem contar na mumificação do texto Constitucional.

Canotilho (2008) afirma que apesar de existirem normas limitadoras ao poder reformador, nenhuma Constituição pode conter as mudanças sociais, pois se assim acontecer, ela perderá sua força normativa, muito embora ele concorde com a

existência de limites materiais que obstem a criação de normas aniquiladoras da "ordem constitucional histórico-concreta", portanto, acredita que a atividade reformatória de uma constituição é a forma de mantê-la viva, porém há de existirem certos limites que sejam barreiras ao fencimento das normas constitucionais, devem-se haver limitações que protejam os princípios básicos essenciais da Constituição.

Ainda conforme Canotilho, essas barreiras ao poder reformador deveriam ser expressas no texto constitucional, pois só assim os limites seriam autênticos para embarreirar o poder revisional. Destarte, terá, assim, que exigir-se que esses limites não sejam meros postulados, mas vedações, "autênticas imposições constitucionais." Porém, na prática, o que ocorre é a existência de vedações expressas (60, § 4º, CF) e vedações implícitas, em todo o bojo constitucional.

Mesmo que haja boas intenções quanto à imposição de limites ao poder reformador, tece-se a crítica de que não cuidou bem o legislador ao inserir questão como a inimizabilidade penal dos menores no âmbito dos direitos individuais, pois se considerarmos este, um reforço ao princípio da liberdade, estaremos afirmando, subliminarmente, que os adultos estão tendo este direito violado, ao serem punidos com a pena de reclusão, sem incorrer no impropério de tratar os desiguais igualmente, pois que os ilícitos penais cometidos pelos jovens não são diferentes dos cometidos por adultos, tampouco são diferentes os níveis de consciência do ato praticado, portanto não nos parece justo que sejam tratados desigualmente seres que estão em pé de igualdade.

Há que se chegar a um posicionamento intermediário entre o manter-se a constituição livre de reformas que a deturpasse e o não impedimento da atualização do texto constitucional, para que este ficasse condizente com as transformações pelas quais a sociedade vem passando, adaptando-se a estas necessidades sociais.

Ao manter-se normas como a elencada no art. 228, CF, estar-se-á relegando ao fencimento a mesma, visto que esta prostrou-se no tempo, não acompanhando, pois, as transformações sociais, ou seja, tende a se tornar caduca. Portanto, diante da anciliosidade das normas, deve o legislador procurar dirimir as causas que tornem as leis caducas, ineficazes, pois que se deve manter a sociedade sempre em primeiro lugar, pois o direito é fruto da sociedade e caso esta se torne falível, ou mesmo torne-se passível de sucumbir, não há porque manter-se leis retrógradas e

que não mais possuam eficácia, ou seja, nosso ordenamento jurídico deve acompanhar o desenvolvimento da sociedade.

A despeito das espécies de lacuna normativa, Maria Helena Diniz (2001) preleciona que estas podem ser: a) *Normativa*, quando não há norma relacionada ao caso; b) *Ontológica*, quando existe a norma, mas esta não corresponde aos fatos sociais, em virtude de não acompanhar o desenvolvimento sócio-político-econômico da sociedade; c) *Axiológica*, quando há ausência de norma justa, ou seja, existe um preceito normativo, mas se tal preceito for aplicado ao fato, não haverá solução satisfatória do caso.

Vê-se, pois, em nosso estudo, que há grandes chances de haver uma lacuna Ontológica em se tratando do artigo 228, CF, visto que há uma legislação específica para o caso, porém esta, além de não possuir nenhum fundamento sociológico e científico, não corresponde à realidade social de nosso país, causando, pois insegurança jurídico-social, além de colocar em cheque o controle do Estado sobre a população infratora, que possui menos de dezoito anos.

5.3 Alteração da idade penal mínima enquanto direito de cidadania

Geralmente se diz que o ECA foi o grande marco no nosso ordenamento jurídico, que trouxe grandes inovações quanto ao trato da criança e do adolescente, porém, esta legislação especial nada mais é do que uma carta de princípios que reforçam o texto constitucional, pois trouxe a inovação da proteção integral para todos os menores, não só os que estejam em situação de risco, como ocorria em sede de código de menores. Não é a toa que, nas palavras de Ulisses Guimarães, temos uma "Constituição Cidadã".

Porém, o que ocorre em nosso país é a idéia de que para ser cidadão, faz-se necessário gozar de proteção. A cidadania passa a figurar, assim, uma condição passiva, onde o indivíduo sempre espera por uma ordem jurídica constitucional que possa outorgar-lhes direitos, para depois gozarem destes. Nesse sentido, Marshall (apud Veronese, 2008, p. 54) comenta:

"A educação das crianças está diretamente relacionada com a cidadania, e, quando o Estado garante que todas as crianças serão educadas, este tem em mente, sem sombra de dúvida, as exigências e a natureza da cidadania. Está tentando estimular o desenvolvimento de cidadãos em formação. O direito à educação é um direito social de cidadania genuíno porque o

objetivo da educação durante a infância é moldar o adulto em perspectiva. Basicamente, deveria ser considerado não como direito da criança freqüentar a escola, mas como o direito do cidadão adulto ter sido educado."

Logo, a cidadania deve ser entendida como um exercício de reivindicação de direitos, e não como um serviço prestado pelo Estado à sociedade, o que significa que os cidadãos devem sempre batalhar por novos direitos sociais, lutar para que seja garantida a segurança na sociedade, que não haja apenas a proteção – mas também que haja a retributividade, a repressão aos entes infratores da ordem jurídica, que estejam em descompasso com os preceitos constitucionais, pois que, requisitos como a formação ética, também pertencem ao conceito de cidadania. Veronese (2008, p.60), nos traz o seguinte preceito:

Uma questão imprescindível nessa discussão em torno da cidadania é saber como esta se viabilizará, isto é, de que forma, na prática, se garantirão os interesses afetos à crianças e ao adolescente de que fala a Constituição Federal, regulamentados no Estatuto da Criança e do Adolescente. Isto significa a possibilidade de acionar o Poder Judiciário, visando à tutela de determinado interesse difuso, servindo-se dos remédios constitucionais como o mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção e ação civil pública, bem como, ainda, de todas as ações presentes na processualística civil brasileira.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, além de elencar os direitos dos jovens, também apresentou um rol taxativo destes, no entanto, fazemos a seguinte indagação: é assegurado a cidadania das crianças que convivem conjuntamente nas instituições de internação, juntamente com adolescente já plenamente formados e com alto grau de periculosidade? Se o problema que aponta a doutrina majoritária é a falta de instituições especiais para estes menores, será que amontoá-los em uma mesma casa de recuperação, o Estado estará garantindo a ressocialização destes?

O fato é que a questão da alteração se mostra como questão urgente, preponderante, para dar o primeiro passo, para tentar modificar esta situação insustentável que tanto põe em risco a cidadania dos menores, pois que não podemos deixar a situação como esta, não podemos "tapar o sol com a peneira" e fingir que a problemática não existe.

6 CONCLUSÃO

A questão da diminuição da menoridade penal, bem como a da impossibilidade de Emenda para mutação do artigo 228, da Constituição Federal, que, para a doutrina majoritária, apresenta-se como cláusula pétrea – embora o entendimento não seja passivo – está longe de ser resolvida, visto que, como já mencionado, quando o legislador institui normas de caráter político, deliberadamente, sem nenhum embasamento jurídico, tais normas tendem a caducar, ou não terem mais eficácia.

Principalmente quando as leis estão inseridas em cláusulas pétreas, visto que seria impossível promulgar-se uma nova constituição apenas para mudar um único artigo, muito embora, assim como está, não se pode deixar, por causa da insegurança jurídica e comoção social decorrente, e como sabemos, sempre que houver dúvida acerca de uma questão, a máxima *in dubio pro societati* deve ser trazida à tona, tendo em vista, que este princípio está acima dos interesses individuais, não se podendo, para preservar uma minoria, relegar à segunda posição que representa os interesses da coletividade.

Portando, vê-se que a norma constante no artigo 228 da Constituição Federal, e que é reproduzida em sede de Código Penal no artigo 27, contraria preceitos e princípios inseridos na própria constituição, uma vez que logra super proteger uma classe, colocando toda a coletividade em risco, salvaguardando entes que não respeitam nem agem de acordo com os seus preceitos, e sujeitos que infringem suas normas, quando na verdade deveria punir os que estão em desacordo com o sistema jurídico.

Enquanto isso, a criminalidade é crescente, e menores cada vez mais jovens são aliciados pelo crime organizado, como já dito anteriormente, e as autoridades em vez de sustentarem posicionamentos no sentido de dar uma solução a este problema, se furtam, através de apegos positivistas à norma, e acabam por relegar à sociedade, utilizando-se da desculpa de proteção aos menores – visto que o ECA, protege a infância como um todo, não cuidando diretamente de tratar da questão de um código de menores, pois, é uma carta de princípios protetores dos direitos humanos das crianças, esquece-se do papel de prevenção, e de solução contra os crimes praticados pelos jovens e crianças em situação de risco.

Com relação ao critério biológico de imputabilidade penal, empregado aos menores de idade, este não parece ser o mais acertado para lidar com a situação, visto que com a evolução tecnológica, com a profusão de informações que chegam às nossas crianças e adolescentes atualmente, não podemos mais tratá-los como meros seres imaturos e incapazes, como pessoas intelectualmente limitadas, e ao se adotar o critério biopsicológico de imputabilidade penal, não se estará contrariando nenhuma norma constitucional, tampouco, violando cláusulas pétreas.

Conforme já fora mencionado no posicionamento de LENZA, onde a mudança na idade e no critério de imputabilidade não estaria extinguindo o preceito constitucional de proteção aos inimputáveis, pois que ainda existira esta não imputabilidade aos menores da nova idade adotada (há projetos, como dissemos, que defendem que a idade penal seja diminuída até os catorze anos de idade), apenas estar-se-ia adotando um Direito do Menor, como em outros países, direito este que cuidaria dos casos especiais de crianças e jovens infratores, que cometeram sérios danos a outrem, e que possam ser avaliados como risco à sociedade, como nos casos de jovens que cometeram crimes hediondos, por exemplo.

Destarte, está no momento exato dos doutos juristas e legisladores notarem que a manutenção do artigo 228 da CF, tem causado insegurança jurídica e social, pois, têm trazido mais prejuízos que benefícios, daí, podemos observar que já está mais do que na hora, de se providenciar através de lei, a criação de um sistema jurídico especial para os menores infratores, com processo civil e penal especializado, com sistema penitenciário próprio, com uma própria lei de execução, enfim, parar com o apego exagerado às normas vigentes e tentar dar uma solução lógica aos casos de criminalidade infanto-juvenil, implantando-se, pois, um sistema com medidas mais rigorosas, e que realmente possam dar cabo desse vírus que tanto tem preocupado a sociedade moderna, "a criminalidade".

REFERÊNCIAS

- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CHAVES, Antônio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 437.
- CAVALLIERI, Alyrio- organizador. **Falhas no estatuto da criança e do adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CORRÊA, Márcia Milhomens Sirotheau. **Caráter fundamental da Inimputabilidade na Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato infracional: medida sócioeducativa é pena?**. São Paulo: Juarez de Oliveira, Ltda, 2003.
- QUEIROZ, Paulo. **Direito penal Parte geral**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- _____. **Funções do Direito Penal**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- MELLO, Yvone Bezerra de. **As ovelhas desgarradas e seus algozes – A geração perdida nas ruas**. São Paulo: Civilização Brasileira, 1993.
- PONTE, Antonio Carlos da Ponte. **Inimputabilidade e Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- LOBO, Silvana Lourenço. **A Idade no Direito Penal Brasileiro – Da Menoridade**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

PASCUIM, Luiz Eduardo. **Menoridade Penal**. Curitiba: Juruá, 2006.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses Difusos e Direitos da Criança e do Adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MORAIS, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado – 12. ed. rev., atual. e ampl.** São Paulo: Saraiva, 2008.

ABREU, Waldir Ferreira de. **A História da Construção do Estatuto da Criança e do Adolescente e a Política de Atendimento: Reflexões para o debate**. Disponível em < <http://www.ufpa.br/nupe/artigo11.htm>>. Acesso em: 11 abr. 2010 às 15:00.

MEZZOMO, Marcelo. **Aspectos da aplicação das medidas protetivas e sócio-educativas do estatuto da criança e do adolescente: teoria e prática**. Disponível em:<<http://www.buscalegis.cj.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/28443/2800>> Acesso em: 27 de abril de 2010 às 15:30.

NAGIMA, Elisângela Yumi. **Alguns aspectos sobre a possibilidade de redução da maioridade Penal**. Disponível em:<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/jurídica/article/viewFile/678/700>> Acesso em 10 de abril de 2010 às 22:00.

KESSLEN, Cláudia Samuel; KESSLER Márcia Samuel. **A diminuição da maioridade penal e a influência midiática na aprovação das leis**. Disponível em: <<http://galaxi.intercom.org.br:8188/dspace/bitstream/1904/17098/1/R1059-1.pdf>> Acesso em: 27 de abril de 2010 às 13:57.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Artigo: **A Impunidade e a Maioridade Penal**. Disponível em < http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2006/artigo-a-impunidade-e-a-maioridade-penal>. Acesso em 14 abr. de 2010 às 23:35.

SILVA, Antonio Fernando do Amaral e. **O mito da inimputabilidade penal e o ECA**. Disponível em :<http://www.amc.org.br/novo_site/esmesc/arquivos/OmitodainimputabilidadepenaleoEstatutodaCriancaedoAdolescente.doc>Acesso em: 10 de maio de 2010 às 16:27.

TERRA, Eugênio Couto. **A idade penal mínima como cláusula pétrea.** Disponível em: <http://fij.tj.rs.gov.br/fij_site/docs/DOCTRINA/ARTIGO+EUG%CANIO+-CL%C1USULA+P%C9TREA.HTM> Acesso em 17 de abril de 2010 às 21:40.

MOUI, André Heidrich. **Os valores constitucionais em matéria penal: breves comentários.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3875>> Acesso em 27 de julho de 2010.

FREITAS, Bruno Rodrigues de. **Redução da maioria penal: Inimputabilidade não pode ser confundida com impunidade.** Disponível em: <<http://agata.ucg.br/formularios/ucg/institutos/nepjur/pdf/reducaodamaioridadepenalinimputabilidadenaopodeserconfundi%E2%80%A6.pdf>> Acesso em 13 de maio de 2010.

AZEVEDO, Mauricio Maia de. **O código Mello Mattos e seus reflexos na legislação posterior.** Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/monografia/magistrados/2007/codigo_mello_mattos_seus_reflexos.pdf> Acesso em 25 de agosto de 2010.

CUNHA, José Sebastião Fagundes. **A Responsabilidade Penal dos Menores na Espanha e o Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18704/A_Responsabilidade_Penal_dos_Menores.pdf?sequence=2> Acesso em 13 de setembro de 2010.

MARQUES, Kleyson Anilton Duarte. **Redução da Maioridade Penal, Direito Comparado e Realidade Sócio-Política Brasileira.** Disponível em: <http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/alunos/14_Artigo%20aluno%20%20Kleyson.pdf> Acesso em 23 de agosto de 2010.

MELO, Sírley Fabiann Cordeiro de Lima. **Breve análise sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente . Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1645>>. Acesso em: 17 setembro, 2010.

OLIVEIRA, Raimundo Luiz Queiroga de. **O menor infrator e a eficácia das medidas sócioeducativas . Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 162, 15 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4584>>. Acesso em: 17 setembro, 2010.

ARGOLO, Francisco Sales de. **Redução da maioria penal: uma maquiagem nas causas da violência.** Disponível em: <<http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/13097/12661>> Acesso, 15 de setembro de 2010.

ESTEVÃO, Roberto da Freiria. **A redução da maioridade penal é medida recomendável para a diminuição da violência ?** Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16719/redu%c3%a7%c3%a3o_maioridade_pena_l.pdf?sequence=1> Acesso: 15 de setembro de 2010.

TAVARES, Heloisa Gaspar Martins. **Idade penal (maioridade) na legislação brasileira desde a colonização até o Código de 1969.** Disponível em: <<http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/12159/11724>> Acesso: 17 de setembro de 2010.