



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS  
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL**

**ANA EMÍLIA MOREIRA DE OLIVEIRA GADELHA**

**REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: UMA EXPRESSÃO DO DIREITO PENAL  
MÁXIMO NA CRIMINALIZAÇÃO DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE  
VULNERABILIDADE**

**SOUSA – PB**

**2018**

ANA EMÍLIA MOREIRA DE OLIVEIRA GADELHA

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: UMA EXPRESSÃO DO DIREITO PENAL  
MÁXIMO NA CRIMINALIZAÇÃO DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE  
VULNERABILIDADE

Trabalho monográfico apresentado a banca da Especialização em Direito Penal e Processo Penal do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de especialista em Direito Penal e Processo Penal.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dra. Jônica Marques Coura Aragão

SOUSA – PB

2018

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA NA FONTE  
Biblioteca Setorial de Sousa UFCG/CCJS  
Bibliotecária – Documentalista: MARLY FELIX DA SILVA – CRB 15/855

G124r Gadelha, Ana Emília Moreira de Oliveira.  
Redução da maioridade penal: uma expressão do direito penal máximo na criminalização de pessoas em situação de vulnerabilidade. / Ana Emília Moreira de Oliveira Gadelha. - Sousa: [s.n], 2018.

65 fl.

Monografia (Especialização em Direito Penal e Processo Penal) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais - CCJS/UFCG, 2018.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Jônica Marques Coura Aragão.

1. Maioridade penal. 2. Criminalização. 3. Direito penal da infância e juventude 4. Carência de medidas sociais. 5. Doutrina da proteção integral 6. Adolescente infrator. I. Título.

Biblioteca do CCJS - UFCG

CDU 343.91-053.6

ANA EMÍLIA MOREIRA DE OLIVEIRA GADELHA

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: UMA EXPRESSÃO DO DIREITO PENAL  
MÁXIMO NA CRIMINALIZAÇÃO DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE  
VULNERABILIDADE

Data: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Orientador (a)

---

Membro nº 1 da Banca Examinadora

---

Membro nº 2 da Banca Examinadora

*A Deus, por tudo.*

## **AGRADECIMENTOS**

Acima de tudo, agradeço a Deus por cada pequena vitória. Entre erros e acertos, agradeço ao Pai pela oportunidade de crescer. Sem fé, é impossível mover-se em qualquer direção.

À minha linda família, Márcia, Antônio e Isaac, meu bem mais precioso. Obrigada por serem instrumentos de Deus em minha casa, pelo amor e cuidado incondicional. Vocês são minha vida.

Ao meu amor, Hugo, por cada gesto de amor e carinho dedicado a mim. Como sou grata por tê-lo junto comigo na caminhada da vida, você torna tudo muito mais fácil, leve e feliz. Essa conquista não é minha, mas nossa.

À Escolástica que cuida da minha casa e de mim com muito zelo. Sou grata por poder contar com seu apoio.

Agradeço, de forma muito especial, à querida orientadora e professora Jônica Marques, pela contribuição essencial para a conclusão deste trabalho. Grata pela atenção dispensada, mostrando-me o que é ser uma verdadeira educadora.

## RESUMO

O problema da violência e do aumento dos índices de criminalidade no Brasil, não raro, tem sido atrelado pela mídia à questão da maioria penal e da suposta necessidade de sua redução. Por essa razão, o presente trabalho tem como objetivo geral, analisar a influência do Direito Penal Máximo no ordenamento jurídico penal brasileiro no tocante a essa questão. Para tanto, empregou-se como método de abordagem, o dialético e como método de procedimento, o histórico, com auxílio da técnica de pesquisa bibliográfica. Percebeu-se que o direito constitucional penal brasileiro adota uma política criminal de cunho garantista, com uma ideia de mínima intervenção do direito penal nas relações sociais. No entanto, é possível constatar na legislação penal vigente uma crescente tendência em legitimar um direito penal máximo, considerando a atual ampliação e recrudescimento da legislação penal brasileira no combate às transgressões criminosas. Assim, convém indagar: seria a redução da maioria penal uma perspectiva penal acertada no atual contexto sócio jurídico brasileiro? Diante da complexidade da questão, observa-se que o legislador pátrio acaba por responder às pressões sociais utilizando-se da expansão do direito penal, como a primeira e mais rápida forma de enfrentamento ao crime, o que, a longo prazo, pode configurar um direito penal simbólico e seletivo. À guisa de conclusão e, apesar de reconhecer a necessidade de evolução das formas de controle à criminalidade, não se deve retroceder à flexibilização de garantias individuais, principalmente, quando se trata do direito penal da infância e juventude, campo reconhecido pela carência de medidas sociais eficazes para a aplicabilidade efetiva da norma que confere às crianças e aos adolescentes a sua proteção integral; mais que nunca, será necessário primar pelo equilíbrio.

**Palavras-chave:** Maioridade Penal. Proteção Integral. Garantismo Penal. Direito Penal Máximo.

## ABSTRACT

The problem of violence and rising crime rates in Brazil has often been linked by the media to the issue of criminal age and the supposed need for its reduction. For this reason, the present work has as general objective, to analyze the influence of Maximum Criminal Law in the Brazilian criminal legal system in relation to this issue. For this, the method was used of approach, the dialectic and method of procedure, the historical, with the aid of the bibliographic research technique. It was noticed that the Brazilian constitutional criminal law adopts a criminal policy of guaranteeing character, with an idea of minimal intervention of the criminal law in the social relations. However, it is possible to observe in the current penal legislation a growing tendency to legitimize a maximum criminal law, considering the current expansion and intensification of the Brazilian penal legislation in the fight against criminal transgressions. Thus, it is important to ask: would the reduction of the criminal majority be a correct criminal perspective in the current Brazilian socio-legal context? In view of the complexity of the issue, it can be observed that the country legislature ends up responding to social pressures by using the expansion of criminal law as the first and quickest way to deal with crime, which in the long run can symbolic and selective criminal law. In conclusion, and despite recognizing the need to evolve forms of control to crime, one should not go back to the flexibilization of individual guarantees, especially when it comes to the criminal law of childhood and youth, a field recognized by the lack of social measures effectiveness of the standard that gives children and adolescents their full protection; more than ever, it will be necessary to take precedence over balance.

**Keywords:** Criminal majority. Integral Protection. Penal Warfare. Maximum Criminal Law.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>2 O ATUAL SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES</b> .....	<b>10</b>
2.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	10
2.2 UM POUCO SOBRE A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL.....	13
2.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE .....	16
2.4 GARANTISMO PENAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL BRASILEIRO .....	17
2.5 REALIDADE DO SISTEMA DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO BRASILEIRO .....	22
<b>3 A ABORDAGEM DO DIREITO PENAL MÁXIMO</b> .....	<b>26</b>
3.1 O MOVIMENTO LEI E ORDEM E A INDÚSTRIA MIDIÁTICA .....	26
3.2 <i>BROKEN WINDOWS THEORY</i> E O MOVIMENTO TOLERÂNCIA ZERO .....	28
3.3 DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	30
3.4 O DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA .....	34
3.5 ENCARCERAMENTO EM MASSA: CAUSA OU CONSEQUÊNCIA? .....	37
<b>4 PROPOSTAS DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE NO BRASIL</b> .....	<b>42</b>
4.1 BREVE ANÁLISE DA PEC Nº 171 DE 1993 À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	42
4.2 O ADOLESCENTE INFRATOR SOB O INFLUXO DO DIREITO PENAL MÁXIMO .....	44
4.3 GARANTISMO PENAL E SUA RELAÇÃO COM A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL.....	47
4.4 A EFETIVAÇÃO DAS FINALIDADES SOCIAIS DO ESTADO: UM CAMINHO POSSÍVEL? .....	52
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>56</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>59</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A pauta da redução da maioria penal está, mais uma vez, em destaque no Congresso Nacional. A Proposta de Emenda à Constituição nº 171/1993, foi aprovada em segundo turno na Câmara dos Deputados e encaminhada ao Senado Federal, sob o nº 115/2015, onde aguarda julgamento. O texto da proposta visa reduzir à maioria penal para que os menores com dezesseis anos completos possam ser penalmente responsabilizados, em casos de autoria de crime hediondo, de homicídio doloso ou de lesão corporal seguida de morte.

O presente trabalho terá como objetivo geral, analisar a influência do Direito Penal Máximo no ordenamento jurídico penal brasileiro no tocante a essa questão. Para tanto, os objetivos específicos serão estudar o sistema de responsabilização penal de crianças e adolescentes atual, abordar o direito penal máximo e suas nuances e ponderar a viabilidade da proposta de redução da maioria penal no Brasil.

A pesquisa realizada nesta monografia está apoiada no método de abordagem dialético, em que se fará uma interpretação dinâmica da realidade, considerando os fatos dentro de um contexto social, jurídico e político. Como método de procedimento, utilizou-se o método histórico, com auxílio da técnica de pesquisa bibliográfica.

Desse modo, será conveniente indagar: seria a redução da maioria penal uma perspectiva penal acertada no atual contexto sociojurídico brasileiro? Na expectativa de construção dessa resposta, no primeiro capítulo do trabalho se compreenderá o contexto de evolução dos diplomas legais relacionados ao tratamento do menor para entender a importância do regulamento atual, qual seja, a Doutrina da Proteção Integral. Além disso, será necessário perpassar pelo conhecimento da política criminal vigente e suas bases principiológicas. Ademais, se explorará as circunstâncias em que se encontra o sistema de atendimento socioeducativo brasileiro.

Em seguida, no segundo capítulo, será indispensável aclarar, como o Estado vem reagindo diante do aumento da criminalidade e o populismo penal midiático. Será perceptível que nos dias atuais, é a limitação de garantias constitucionais por um direito penal que se expande cada vez mais, influenciado por movimentos como o Lei e Ordem, Tolerância Zero, Direito Penal do Inimigo, Direito Penal de Emergência, o

que contribui para um quadro de encarceramento em massa, conferindo, assim, tons de dureza e brutalidade à legislação penal.

Em sentido oposto, no capítulo terceiro, buscar-se-á recuperar o sentido do direito constitucional penal, em sua base garantista e de intervenção mínima, mostrando que a Doutrina da Proteção Integral merece ser efetivamente levada a efeito ao invés de ser flexibilizada, através da efetivação das finalidades sociais do Estado e do melhoramento do sistema de execução de medidas protetivas e socioeducativas. Para isso, demonstrar que a redução da maioria penal não tem o condão de reduzir a criminalidade, mas ao contrário, pode multiplicá-la é essencial, pois a omissão estatal em suas obrigações essenciais, não pode recair na criminalização de adolescentes em situação de vulnerabilidade social, vítimas do sistema estatal.

Assim, em uma análise mais perfunctória, parece adequado o recrudescimento da legislação criminal pátria como forma de erradicar o crime. No entanto, percebe-se que o expansionismo penal, por meio da criminalização dos maiores de 16 anos de idade, traz em seu bojo uma forte carga moral e emocional, por um legislador que busca de forma urgente responder ao clamor social com uma falsa ideia de segurança. Será, pois, necessária uma análise mais aprofundada, cujo propósito, certamente, não terá a pretensão de indicar como resolver a problemática enfrentada, mas poderá apresentar uma reflexão séria da questão sócio jurídica ensejada pelo tema a ser trabalhada.

## **2 O ATUAL SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

A adolescência é um período marcado por muitas transformações na vida pessoal e social de uma pessoa, por isso, a Constituição Federal de 1988, guiada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, estabeleceu algumas prioridades como saúde, alimentação, lazer, educação, profissionalização, cultura, dignidade, respeito e convivência familiar, entre outros direitos dirigidos à infância e juventude.

A preocupação constitucional se mostra eficiente. De igual modo, é o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. O Direito Penal e o Processo Penal Constitucional, por seu turno, se demonstram extremamente garantistas. Porém, na prática, com o aumento da criminalidade no Brasil, a discussão sobre reduzir a maioria penal sempre ganha destaque a partir de casos de repercussão nacional, nos quais jovens menores de 18 anos são os protagonistas de ações violentas.

No entanto, essa constatação sobre o grau de violência e periculosidade no qual a sociedade brasileira está submetida sugere a reflexão acerca do fato de que os jovens podem se apresentar como vítimas de um processo fragmentado e pouco promissor, diferente da visão de que estes são, antes de tudo, grandes ameaças.

### **2.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Até o século XX, não existia uma normativa específica que abordasse questões referentes às crianças e adolescentes. Do mesmo modo, no plano internacional, as matérias relativas ao direito penal juvenil não eram objeto de tutela do Estado. Assim, menores de idade e adultos recebiam o mesmo tratamento jurídico. No que tange à responsabilidade penal de menores de idade, Mendez (2000) divide sua evolução em três etapas, são elas: de caráter penal indiferente; de caráter tutelar e de caráter penal juvenil.

Na etapa inicial, crianças e adolescentes recebiam tratamento idêntico ao atribuído aos adultos, de forma que eram determinadas normas privativas de liberdade semelhantes, não havendo diferenciação entre menores e adultos ao serem segregados no mesmo espaço para cumprimento das penas a que eram submetidos.

Neste cenário, tanto o Código Criminal do Império de 1830 quanto o Código Penal da República de 1890, utilizavam o critério biopsicológico de imputabilidade penal para repressão de crianças e adolescentes com base na chamada teoria do discernimento (BARROS, 2018). Realizava-se uma avaliação acerca da capacidade da criança ou adolescente em diferenciar o lícito do ilícito a fim de se chegar a uma conclusão acerca da possibilidade de responsabilizá-la. Caso provado que o menor apresentava discernimento, deveria ser julgado e, eventualmente, condenado pela autoridade competente.

No que diz respeito à etapa de caráter tutelar, a Lei nº 4.242 de 05 de janeiro de 1921 rompeu com o critério biopsicológico e estabeleceu a imputação penal a partir dos quatorze anos de idade. Já em 20 de dezembro de 1923, promulgou-se o Regulamento de Proteção aos Menores Abandonados e Delinquentes (Decreto nº 16.272) que continha norma de ordem social e buscava acolher menores deixados pela família além daqueles que transgrediam a lei penal.

Posteriormente, em 12 de outubro de 1927, foi instaurado o primeiro Código de Menores do Brasil (Decreto nº 17.943-A). Com fulcro na Doutrina do Direito do Menor, o Código Mello Matos como ficou conhecido enquadrava em um só tratamento o menor abandonado e o simplesmente menor. Desse modo, “[...] acabava por distinguir as crianças bem nascidas daquelas excluídas, estabelecendo uma identificação entre a infância totalmente desvalida e a infância ‘delinquente’, criando uma nova categoria jurídica: os menores” (SARAIVA, 2002, p. 43).

No ano de 1979, no dia 10 de outubro se instalou um novo Código de Menores (Lei nº 6.697/79) que adotou de forma retrógrada a Doutrina da Situação Irregular abordando a criança e o adolescente como objeto de proteção, incapazes, e não como sujeitos de direito. Quando o menor se encontrasse em estado de patologia social, ou seja, em situação irregular, seja por ser autor de condutas delituosas ou por se apresentar como vítima do abandono social e de maus tratos era acolhido em uma mesma instituição, assim:

A ideia de incapacidade dos menores, colocados como insusceptíveis de qualquer responsabilidade, os colocava em uma condição similar aos inimputáveis por sofrimento psíquico, tanto que as medidas aplicáveis aos menores se faziam por tempo indeterminado, em um caráter muito semelhante à medida de segurança aplicável aos inimputáveis por incapacidade mental. (SARAIVA, 2013, p. 48)

Ademais, existia uma diferença entre criança e menor. Enquanto os “bem nascidos” tinham suas problemáticas discutidas no âmbito do Direito de Família, o menor em situação irregular recebia a proteção do Juizado de Menores, através de um juiz que tinha liberdade de adotar a solução que lhe parecesse mais adequada. Diferentemente dos adultos, o processo judicial dos menores não contava com princípios do contraditório e ampla defesa. Outra peculiaridade é que tanto menores vítimas do meio social quanto os menores autores de infrações penais cumpriam medidas privativas de liberdade por tempo indeterminado até que o perigo encerrasse, violando assim direitos fundamentais básicos.

Finalmente, com a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, iniciou-se a terceira etapa do direito penal dos jovens brasileiros com a Doutrina da Proteção Integral, até hoje vigente. A Constituição Federal de 1988, traz como fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2001, p. 60)

Foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que passou a nortear a introdução de princípios de proteção aos direitos humanos com enfoque na igualdade e respeito entre os homens e atenção às suas singularidades. Os Direitos Humanos constituem fonte de conhecimento do direito nacional, em seus aspectos de igualdade e dignidade, legalidade, liberdade, humanidade e privacidade, entre outros.

Atualmente, a observância à dignidade da pessoa humana está no centro da legislação nacional, com a consagração de direitos e garantias fundamentais e, no plano internacional, com o cuidado com os direitos humanos.

Sob a intercessão do princípio da dignidade da pessoa humana, o constituinte consagrou novos direitos fundamentais, individuais e sociais à infância e juventude, direitos inerentes à própria condição humana, não podendo ser suprimidos em virtude de sua natureza. Assim, Estado, família e sociedade devem agir no sentido de garantir a eficácia desses direitos.

Sob outra perspectiva, em uma análise mais profunda, valendo-se do ensino de Carvalho (2013) sobre a expansão dos direitos humanos e as consequências político criminais, desperta-se para as transformações políticas e econômicas que passa o Estado Moderno. Na sociedade globalizada, a ideia de direitos fundamentais é cada vez mais ampliada, obrigando o Estado a intervir nos processos de criação, reconhecimento e efetivação de direitos coletivos, os direitos sociais e transindividuais.

Para proteger esses novos direitos alçados à categoria de bens jurídico penais, acaba-se recorrendo, primeiramente, ao direito penal, com a criação de novos tipos penais incriminadores. Observa-se, pois, sob a justificativa de proteção aos direitos humanos, a ampliação do rol de condutas incriminadoras e legitima-se o aumento da interferência estatal.

## 2.2 UM POUCO SOBRE A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Fincada em postulados garantistas, a nova ordem jurídica da primeira infância passou a tratar crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e não mais como objetos de proteção. A partir de então, o menor é considerado pessoa em situação de desenvolvimento, titular de direitos fundamentais. Por essa razão, preocupou-se o ordenamento jurídico em proteger os menores de idade, impondo tal dever, em primeiro lugar, aos pais, bem como à sociedade e ao Estado.

Hoje, é essencial que a opinião do menor de idade seja considerada e, agora, o juízo da Vara da Infância e Juventude não mais goza de poderes ilimitados, mas é regido por um sistema de garantias de direitos que, inclusive, não pode ser mais prejudicial que o utilizado para os adultos. A Doutrina da Proteção Integral inaugurou um sistema de responsabilização penal exclusivamente direcionado para crianças e adolescentes.

Pela doutrina da proteção integral, aos menores de idade não é possível, a princípio, aplicar normas que regem o sistema penal comum, pois são responsabilizados com base em medidas que objetivam atender também a finalidades pedagógicas e socioeducativas.

De acordo com as regras atuais, os menores de dezoito anos são absolutamente inimputáveis, mesmo que apresentem capacidade de discernimento.

Trata-se do critério biológico, que considera apenas o desenvolvimento mental pautado na idade, sem perquirir a capacidade de discernimento e de determinação.

Merece destaque que os menores de dezoito anos não cometem crime, mas um ato análogo denominado ato infracional. Sujeitam-se a procedimento especial regulamentado pela Lei nº 8.069/90, artigos 101 e 112, empregando-se-lhes, até os doze anos incompletos, medidas de proteção:

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

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII - acolhimento institucional;
- VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar
- IX - colocação em família substituta. (BRASIL, 1990)

Dos doze anos de idade até que se chegue à idade de dezoito anos, sujeitam-se a medidas socioeducativas, conforme dicção do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semi-liberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI. (BRASIL, 1990)

Tais medidas podem ser privativas ou não privativas de liberdade. Dessa forma:

A política de proteção integral do Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu um sistema moderno de instrumentos e de procedimentos jurídico-administrativos para enfrentar o problema do comportamento anti-social da juventude, criando novas categorias jurídicas para expressar seus conceitos centrais: a lesão de bem jurídico proibida em lei sob ameaça de pena, chama-se ato infracional – e não crime, ou contravenção; a reação oficial como consequência jurídica do ato infracional, chama-se medida socioeducativa – e não pena; a privação



de liberdade do adolescente por medida socioeducativa, chama-se internação – e não prisão etc. (SANTOS, 2016, p. 90)

Não é demais ressaltar que o menor infrator é um sujeito de direitos igual a qualquer outro menor de idade, gozando das mesmas garantias constitucionais e processuais, sem qualquer distinção. O objetivo é desenvolver a compreensão de realidade, promover a integração dos jovens no seio familiar, bem como resgatar valores que tenham sido infringidos por seu ato em um inegável avanço ao respeito de suas garantias fundamentais.

A partir do momento em que a legislação pátria eleva o adolescente infrator à categoria de sujeito de direitos, adequa-se ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos de crianças e adolescentes. Ainda, de acordo com os documentos internacionais, principalmente, a Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança de 1989, não se admite que o adolescente infrator receba tratamento pior que o promovido pelo sistema penal comum, sendo as medidas privativas de liberdade utilizadas em caráter excepcional.

A Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança de 1989 nasceu após trinta anos da Declaração Universal dos Direitos da Criança, foi aprovada em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990 (Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990). Entre as principais novidades trazidas, destacam-se as definições a respeito de separação, participação e responsabilidade e o enunciado que impede que seja conferido ao adolescente autor de ato infracional método mais gravoso que aquele que seria dispensado ao adulto em idêntica situação.

A Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança de 1989 se complementa com outros instrumentos internacionais de extrema importância para a evolução dos direitos de crianças e adolescentes a exemplo das Regras de Beijing – Resolução nº 40/33 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 29 de novembro de 1985 (Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores), as Regras de Tóquio – Resolução nº 45/110 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 14 de dezembro de 1990 (Regras Mínimas das Nações Unidas para elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade), as Diretrizes de Riad – Resolução nº 45/112 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 14 de dezembro de 1990 (Princípios orientadores das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil) e a Resolução nº 45/113 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 14 de

dezembro de 1990 (Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade).

### 2.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Pelo princípio da prioridade absoluta com previsão no artigo 227 da Constituição Federal e no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, a criança e o adolescente devem ter prioridade, quanto às ações da família, comunidade, sociedade e Poder Público, na busca da efetivação dos direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, assim dispondo a Carta Maior:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

A garantia da prioridade absoluta engloba a primazia de proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, prioridade de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas, bem como destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas referentes à proteção à infância e juventude.

Quanto ao princípio da proteção integral, este estabelece que a proteção normativa é direcionada a todas as crianças e adolescentes indistintamente, e não apenas àqueles taxados como “em situação irregular” como ocorria na vigência do antigo Código de Menores. Esse sistema de proteção integral deve ser observado não só pelo Poder Público, mas também pela família e sociedade.

Um outro princípio que trata dos interesses da criança e do adolescente é o princípio do superior interesse da criança e do adolescente que se destina tanto ao legislador quanto ao aplicador do Direito ao garantir prioridade às necessidades da criança e do adolescente como critério para a interpretação da lei, para a resolução de conflitos e para a elaboração de futuras normas, inclusive.

Sob o enfoque do princípio da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, previsto no artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, deve esse grupo receber um tratamento específico, seja no âmbito internacional ou no âmbito interno, tanto em relação a medidas administrativas quanto em relação a medidas legislativas. Decorre, pois, da clara situação de vulnerabilidade das crianças e adolescentes e da necessidade de lhes conferir igualdade material.

Por sua vez, importa introduzir preceitos estabelecidos na Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. O artigo 35 do referido diploma legal determina que a execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos princípios da legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto; da excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos; da prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas; da proporcionalidade em relação à ofensa cometida; da brevidade da medida em resposta ao ato cometido; da individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente; da mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida; da não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou status; e do fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo.

Por último, vale ressaltar, que a Constituição Federal em seu artigo 227, § 3º, inciso V, estabelece os princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento aplicáveis quando do emprego de qualquer medida privativa de liberdade ao menor de idade. Estes princípios devem ser levados em conta em qualquer interpretação que se faça do direito penal, que não pode entrar em contradição com eles.

#### 2.4 GARANTISMO PENAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL BRASILEIRO

A doutrina do garantismo penal tem como principal entusiasta Luigi Ferrajoli através de sua obra *Direito e Razão*. Trata-se de um modelo universal que tem como fim contribuir para a moderna crise que atinge os sistemas penais, desde a etapa da

produção legislativa até o momento de cumprimento da sanção penal ou até mesmo após a execução das penas.

Ferrajoli sustenta seu modelo garantista, também chamado de cognitivo ou legalidade estrita, em dez princípios axiológicos fundamentais, concebidos pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, como limitações ao poder penal “absoluto”, quais sejam: a) *Nulla poena sine crimine*: princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena e relação ao delito; b) *Nullum crimen sine lege*: princípio da reserva legal; c) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*: princípio da necessidade ou da economia do direito penal; d) *Nulla necessitas sine injuria*: princípio da lesividade ou da ofensividade do resultado; e) *Nulla injuria sine actione*: princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; f) *Nulla actio sine culpa*: princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; g) *Nulla culpa sine iudicio*: princípio da jurisdicionalidade; h) *Nullum iudicium sine accusatione*: princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; i) *Nulla accusatio sine probatione*: princípio do ônus da prova ou da verificação; e e) *Nulla probatio sine defensione*: princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

Posteriormente, este modelo garantista de responsabilidade penal foi sendo incorporado às Constituições e codificações dos diversos ordenamentos, convertendo-se em princípios jurídicos do moderno Estado de Direito, como aconteceu com o sistema nacional que preza pela defesa dos direitos e garantias fundamentais inerentes ao ser humano, principalmente, àquele que está sob o julgamento do Estado em um processo.

Por isso, esse modelo universal passa a ser considerado uma meta a ser atingida pelos operadores do direito, de modo que a supressão de um deles pode acarretar na instalação de sistemas punitivos irracionais. Esses princípios, formam modelo a ser seguido na tentativa de atender todos os direitos e garantias do ser humano.

De forma breve, passa-se a expor a ideia de cada um desses axiomas e sua identificação no ordenamento jurídico penal brasileiro, de modo a destacar os fundamentos garantistas disposto na legislação penal nacional.

A retributividade é expressamente prevista na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXIX, o qual estabelece não haver pena sem prévia cominação legal. Trata-se, portanto de garantia do cidadão de ter prévia ciência quanto às consequências de seus atos no caso de infringência da lei.

A legalidade, princípio fundamental de todo o ordenamento pátrio, também pode ser extraído do artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, representando, assim, a primeira limitação do poder punitivo estatal, veja:

O princípio da reserva legal possui dois fundamentos, um de natureza jurídica e outro de cunho político. O fundamento jurídico é a taxatividade, certeza ou determinação, pois implica, por parte do legislador, a determinação precisa, ainda que mínima, do conteúdo do tipo penal e da sanção penal a ser aplicada, bem como, da parte do juiz, na máxima vinculação ao mandamento legal, inclusive na apreciação de benefícios legais. [...]. O fundamento político é a proteção do ser humano em face do arbítrio do Estado no exercício do seu poder punitivo. Enquadra-se, destarte, entre os direitos fundamentais de 1.ª geração (ou dimensão). (MASSON, 2017, p. 25)

O princípio da necessidade ou da intervenção mínima, coração do direito penal mínimo, determina que o Direito Penal apenas deve interferir na proteção de bens jurídicos imprescindíveis à convivência social pacífica quando outros ramos do Direito não sejam capazes de controlar. Interessa saber:

A missão do Direito Penal moderno consiste em tutelar os bens jurídicos mais relevantes. Em decorrência disso, a intervenção penal deve ter o caráter fragmentário, protegendo apenas os bens jurídicos mais importantes e em casos de lesões de maior gravidade. (ROXIN, 2004, p. 29)

Pelo princípio da lesividade ou ofensividade do ato não há infração penal quando a conduta não tiver oferecido ao menos um perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Atendendo assim à exigência de delimitação do âmbito de atuação do Direito Penal.

Por seu turno, o princípio da materialidade ou da exterioridade da ação também trata da relevância da conduta do agente e preconiza que os crimes somente podem ser objeto da ação humana empiricamente observada, decorrendo, portanto, do Estado Democrático de Direito.

Quanto ao princípio da culpabilidade, este tem um papel essencial em uma concepção minimalista do Direito Penal. Apenas, os fatos altamente censuráveis e reprováveis, é que deverão merecer a aplicação do Direito Criminal.

O princípio do nullum crimen, nulla poena sine culpa exige que a culpabilidade, no sentido de juízo de censurabilidade, seja entendida como elemento integrante e indispensável do conceito analítico do crime, que seja aferida no momento da aplicação da pena, na qualidade de princípio que terá por missão concretizar tal juízo de censura mediante a aplicação da pena mais adequada ao condenado, bem como na qualidade de princípio que não

tolera a imputação de fatos que não possam ser atribuídos ao agente a título de dolo ou culpa. (GRECO, 2014, p. 140)

O princípio da jurisdicionalidade ou inafastabilidade da jurisdição está contido no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal e exige que o processo penal seja conduzido por um juiz competente, imparcial, natural e comprometido com a máxima eficácia do processo constitucional penal.

Por sua vez, o princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação, pode ser entendido de acordo com o artigo 129, I da Constituição Federal, que constitui o Ministério Público como órgão acusador.

Já o princípio do ônus da prova ou da verificação, apresenta base constitucional nos princípios do contraditório e da ampla defesa, artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal. Apresenta correspondência com o princípio da presunção de inocência do réu, uma vez que ao acusador cabe a carga probatória, bem como, em caso de dúvida, deve-se agir de acordo com o maior benefício ao réu.

Por último, o princípio do contraditório ou da defesa ou da falseabilidade, com base constitucional no artigo 5º inciso LV da Constituição Federal, traduz-se pelo binômio ciência e determinação, estabelecendo que às partes deve ser garantida a possibilidade de influir no convencimento do magistrado, oportunizando-se a participação e manifestação de todos os atos do processo.

Não se pode olvidar o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, um valor fundamental a ser respeitado pela sociedade e pelo Estado. A dignidade humana é inerente à própria condição de ser humano, irrenunciável e inalienável.

No entanto, apesar de se tratar de norma de hierarquia superior, a dignidade da pessoa humana vem sofrendo constantes violações, inclusive, pelo próprio Estado, o maior responsável pela sua garantia, ao negligenciar direitos como a saúde, educação, moradia, lazer e alimentação, direitos básicos para uma existência digna.

Outros dois princípios basilares no que tange à criminalização, são o da individualização das penas e o da humanidade das penas que merecem destaque por estarem intrinsecamente ligados à temática do garantismo penal.

A respeito da individualização das penas, importa dizer que este princípio atua como um vetor de igualdade substancial, uma vez que buscar garantir a observância das peculiaridades do indivíduo na aplicação da pena. Assim, ao aplicar a pena deve

ser levado em consideração não a norma penal em abstrato, mas, especialmente, os aspectos subjetivos e objetivos do crime.

Quanto ao princípio da humanidade das penas, este decorre da dignidade da pessoa humana e aduz a inconstitucionalidade de tipos penais ou cominação de penas que violem a incolumidade física ou moral de uma pessoa, bem como resulta na impossibilidade de que a pena ultrapasse a pessoa do condenado.

Ora, de um lado, atualmente, há uma tendência em promover um direito penal de emergência causando uma inflação legislativa com práticas que se distanciam das garantias processuais e constitucionais que promove uma falsa sensação de segurança. Por outro lado, demonstra-se que todo o aparato penal constitucional está fincado em princípios notadamente garantistas que defendem uma tutela penal que diminua a violência sem, no entanto, ferir garantias já consolidadas dos cidadãos.

No Estado Democrático de Direito, portanto, a violência legal deve ser a mínima possível para garantir a ordem e evitar ilegalidades maiores. As penas devem ser utilizadas à medida em que sejam efetivamente hábeis para inibir o aumento da criminalidade sem reduzir totalmente os direitos fundamentais consagrados a todos os cidadãos:

Para a teoria garantista, é absolutamente duvidosa a eficácia do Direito Penal em coibir crimes através da ameaça da sanção penal, não se podendo deixar de lado as complexas razões sociais, psicológicas e culturais do delito. A prevenção do delito e as exigências de segurança e defesa social não podem sobrepor a prevenção às penas arbitrárias e as garantias do acusado. É essa lógica que diferencia o Direito Penal dos demais sistemas de controle social, ou seja, a tutela do inocente e a minimização do delito. (SOUSA, 2017, p. 32)

A Constituição Federal, uma vez imbuída de preceitos próprios do garantismo penal, irradia para todo o ordenamento a necessidade de compatibilização com essa doutrina. Assim, em um Estado Democrático de Direito, as garantias já consolidadas em direitos fundamentais devem servir, como parâmetro mínimo para a atuação de toda a intervenção estatal na liberdade dos indivíduos.

Considerando as diretrizes internacionais e constitucionais abordadas até aqui, além do estudo da doutrina da proteção integral incorporada no Estatuto da Primeira Infância, conclui-se que toda interpretação constitucional deve assegurar o superior interesse da criança e do adolescente, refletindo, dessa forma, uma fase garantista do direito da criança e do adolescente.

Ora, se adultos gozam de princípios garantistas orientando o sistema penal a eles aplicável, muito maior deve ser o cuidado com os direitos e garantias individuais de crianças e adolescentes em fase de formação. Logo, o direito da infância e juventude não se mostra compatível com normas de caráter emergencial, fruto de um direito penal máximo.

Não basta, portanto, uma mudança na forma de atuação do legislador pátrio. Além de buscar a segurança pública, faz-se necessário dar efetividade aos direitos e garantias fundamentais das pessoas, tanto para o estabelecimento de uma justiça equitativa, através da força normativa constitucional necessária ao sistema de garantias penais e processuais, quanto para a concretização das normas protetivas destinadas a pessoas em situação de vulnerabilidade ou não.

## 2.5 REALIDADE DO SISTEMA DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO BRASILEIRO

A despeito do que preconiza a Doutrina da Proteção Integral, a realidade que se apresenta na grande maioria dos órgãos e unidades incumbidas da execução de medidas socioeducativas vai de encontro com o estabelecido pela Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Conforme levantamento realizado pelo Programa Justiça ao Jovem vinculado ao Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário do Conselho Nacional de Justiça, o Brasil possuía, entre julho de 2010 e outubro de 2011, 17.502 internos, distribuídos pelos 320 estabelecimentos de execução de medida socioeducativa existentes no país. De acordo com os dados obtidos:

Quando analisada a sobrecarga do sistema, percebe-se que, na totalidade dos estabelecimentos brasileiros, não restam vagas, considerando-se que a taxa de ocupação das unidades é de 102%. Os estados federativos com maior sobrecarga estão todos no Nordeste, considerando que o Ceará tem taxa de ocupação de 221%, Pernambuco, 178% e Bahia, 160%. Ainda no Nordeste os estados de Sergipe (108%), Paraíba (104%) e Alagoas (103%) possuem superlotação em suas unidades. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012, p. 37)

Além disso:

Acerca da disponibilidade de técnicos das diferentes áreas de atuação em cada uma das unidades por Estado, tem-se que 91% dos estabelecimentos



disponibilizam algum tipo de atendimento individual aos infratores prestados por profissionais especializados. No entanto, a disponibilidade destes profissionais varia consideravelmente nas diferentes regiões do Brasil. Observa-se que os psicólogos e os assistentes sociais são os profissionais mais comumente disponíveis nas unidades de internação em todas as regiões, estando presentes em 92% e 90% dos estabelecimentos, respectivamente. Por outro lado, advogados e médicos estão presentes em apenas 32% e 34% das unidades, nesta ordem. Observa-se, deste modo, que os direitos básicos à saúde e à defesa processual dificilmente estão sendo observados, considerando a carência da prestação destes serviços nos estabelecimentos. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012, p. 38)

Ainda de acordo com levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, observando as estruturas físicas das unidades, percebeu-se que parte delas não possui locais adequados ao desenvolvimento de atividades de cunho obrigatório para a efetivação dos direitos fundamentais estabelecidos pelo ordenamento brasileiro, a exemplo da saúde, educação e lazer. Veja:

No aspecto relacionado à saúde, percebe-se que 32% das estruturas não possuem enfermaria e 57% não dispõem de gabinete odontológico. Além disso, 22% dos estabelecimentos não possuem refeitório, ou seja, nestas unidades, os alimentos são consumidos em outros espaços sem destinação para esse fim. Quanto ao aspecto educacional, 49% das unidades não possuem biblioteca, 69% não dispõem de sala com recursos audiovisuais e 42% não possuem sala de informática. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012, p. 39)

Outrossim, o mesmo levantamento informa que dos adolescentes que concederam entrevista na pesquisa, 28% declararam ter sofrido algum tipo de agressão física por parte dos funcionários, 10%, por parte da Polícia Militar dentro da unidade da internação e 19% declararam ter sofrido algum tipo de castigo físico dentro do estabelecimento de internação.

Destarte, é de fácil percepção que direitos e garantias fundamentais são corriqueiramente esquecidos tendo em vista a carência da prestação destes serviços nos estabelecimentos destinados ao cumprimento de medidas socioeducativas. Diante desse quadro de extrema precariedade na prestação de serviços das unidades de internação do Brasil, surgiu, após intenso debate, o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, Lei nº 12.594 de 18 de janeiro de 2012, com o objetivo garantir efetivo cumprimento do regramento do Direito Penal Juvenil.

O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo constitui um “conjunto ordenado de princípios, regras e critérios, de caráter jurídico, político, pedagógico, financeiro e administrativo, que envolve desde o processo de apuração de ato

infracional até a execução de medida socioeducativa.” (BRASIL, 2006, p. 22). Esse sistema nacional envolve os sistemas estaduais, distrital e municipais, bem como todos os planos, políticas e programas específicos de atendimento a adolescente em conflito com a lei.

Tem como objetivo o desenvolvimento de uma ação socioeducativa sustentada nos princípios dos direitos humanos. Resguarda, ainda, a ideia dos alinhamentos conceitual, estratégico e operacional, estruturada, principalmente, em bases éticas e pedagógicas.

Apesar de todo esse esforço em constituir um programa adequado de cumprimento de medidas socioeducativas, mesmo após a implantação do sistema em questão, a realidade brasileira ainda não apresenta um quadro satisfatório. De acordo com relatório realizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (2015), no ano de 2014, existia um percentual em torno 120,8% de unidades de internação do país em situação de superlotação. Além de que 30,3% dos adolescentes cumprem a medida de internação em unidades distantes de sua moradia e 39,1% não apresentam circunstâncias adequadas de salubridade para a humanização das medidas socioeducativas.

Quanto à educação e ao direito à profissionalização, informa o Conselho Nacional do Ministério Público que 28,7% das unidades de internação do Brasil não dispõem de biblioteca e salas de aula devidamente aparelhadas e 38,5% não proporcionam oficinas de profissionalização apropriadas para o fim a que se destinam. Para a prática de esportes, cultura e lazer, também não há espaços adequados em 28,4% das unidades de internação.

Não bastasse, pelos dados fornecidos no ano de 2014, mais da metade dos estabelecimentos visitados, não separam os adolescentes de acordo com a faixa etária, compleição física, modalidade de internação e gravidade da infração, o que contribui para promoção de situações de violência dentro das unidades ao contrário do que recomenda a Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo.

Observa-se, desse modo, que a realidade do sistema socioeducativo brasileiro se distancia dos preceitos que orientam a Doutrina da Proteção Integral em uma constante violação dos direitos e garantias fundamentais de crianças e adolescentes estabelecidos não só na Constituição Federal de 1988, como no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo e nos documentos internacionais que se referem ao tema, interessando a crítica seguinte:

As medidas privativas de liberdades (arts. 120 e 121) podem ser qualquer coisa, menos socioeducativas: a) a medida de semiliberdade, desde o início ou como transição para liberdade, com trabalho e estudo durante o dia e recolhimento em entidades durante a noite, seria um mal menor, se funcionasse: não existem entidades suficientes, as entidades existentes não têm vagas e são distantes da família, do trabalho e da escola [...] Contudo, pior do que a privação de liberdade por internação regular é a privação de liberdade irregular por excesso de internação provisória [...]. Na prática judicial, os princípios da brevidade, da excepcionalidade e do respeito ao adolescente como pessoa em desenvolvimento (art. 121), com raras exceções, são ignorados. (SANTOS, 2016, p. 91)

À vista disso, antes de se cogitar uma redução da maioridade penal, caberia ao Direito Penal, para salvaguardar sua razão de existir e atingir maturidade, se desprender dessa ideia de poder máximo e absoluto, através de um confronto entre essa realidade hostil e sua efetiva capacidade de atuação. Ao se distanciar de seu aspecto de intervenção mínima, o Direito Penal arrisca-se a fugir de si mesmo e assumir uma função meramente simbólica na atualidade.

### 3 A ABORDAGEM DO DIREITO PENAL MÁXIMO

A coletividade, na atualidade, acredita ser o direito penal a solução para todos os conflitos atuais. Através da mídia, a sociedade é bombardeada de informações que mostram os casos mais terríveis que possam ser imaginados e clama por um direito penal mais severo na busca de alcançar maior segurança.

Ocorre que, muitas vezes, as narrativas jornalísticas, com imediata reprodução nas redes sociais, surgem apenas para captar audiência, não apresentam fundamentação e contextualização adequada ou são até mesmo utilizadas para esconder uma omissão estatal.

Não é diferente com a abordagem acerca da temática da redução da maioria penal. Se de um lado, se reconhece a necessidade de combate eficaz à criminalidade, sob outra ótica reflete-se sobre um atual processo de hipercriminalização em detrimento da efetividade de direitos sociais.

Assim, necessário o estudo de cada um dos movimentos que contribuem para a produção de um Direito Penal Máximo e instalação de um Estado Penal, mostrando os efeitos que podem produzir na sociedade.

#### 3.1 O MOVIMENTO LEI E ORDEM E A INDÚSTRIA MIDIÁTICA

O Movimento Lei e Ordem integra um discurso de Direito Penal Máximo, que, em palavras simples, leva a comunidade a crer que o Direito Penal é suficiente para a resolução de todos os problemas que a atormentam (DAHRENDORF, 1987). Nesse processo, é comum a utilização da mídia como sistema de controle informal para reforçar essa necessidade de maximizar o Direito Penal.

A indústria midiática, no final do século passado e início do século atual, foi a mola propulsora do Movimento Lei e Ordem. Pessoas sem qualificação necessária e informação adequada, passaram a emitir juízos de reprovação das leis penais, diante de notícias bárbaras, levando a sociedade a acreditar que por meio do endurecimento das penas, a inovação de tipos penais incriminadores e o distanciamento de garantias constitucionais, todos estariam seguros. Assim:

O convencimento é feito por intermédio do sensacionalismo, da transmissão de imagens chocantes, que causam revolta e repulsa no meio social. Homicídios cruéis, estupro de crianças, presos que, durante rebeliões,

torturam suas vítimas, corrupções, enfim, a sociedade, acuada, acredita sinceramente que o Direito Penal será a solução para todos os seus problemas. (GRECO, 2014, p. 13)

Tudo isso leva a crer que o Direito Penal tem a possibilidade de ajustar a sociedade, acabar com o medo e a falta de segurança. Nesse contexto, quando se tem um quadro de violência endêmica como existe no Brasil, a exposição dos fatos sociais através dos meios de comunicação em massa tem o potencial de influenciar significativamente a tomada de decisões políticas, conduzindo atuação do legislador em direção a uma política exacerbadamente repressiva, com o fim de satisfazer de forma rápida os anseios sociais.

É fundamental que as agências midiáticas cumpram o seu papel constitucional consistente em assegurar o direito à informação, porém o ideal é que isso ocorra de forma ética, sem manipular as diversas camadas sociais de modo a contribuir para uma política criminal irracional. Inclusive, casos emblemáticos como o de aprisionamento de pessoas de alto poder aquisitivo são explorados para reforçar a capacidade do direito penal.

Em apertada síntese, a ideia do Movimento Lei e Ordem é que o direito penal deve englobar a proteção de todo e qualquer bem, a despeito de seu valor. Para o pensamento de Lei e Ordem, o direito penal apresenta um papel educador e repressor e deve, dessa forma, intervir como *prima ratio*, rechaçando toda e qualquer conduta socialmente intolerável qualquer que seja a sua importância:

O terreno fértil para o desenvolvimento de um Direito Penal simbólico é uma sociedade amedrontada, acuada pela insegurança, pela criminalidade e pela violência urbana. Não é necessária estatística para afirmar que a maioria das sociedades modernas, a do Brasil dramaticamente, vive sob o signo de insegurança. O roubo com traço cada vez mais brutal, 'sequestros relâmpagos', chacinas, delinquência juvenil, homicídios, a violência propagada em 'cadeia nacional', somados ao aumento da pobreza e à concentração cada vez maior da riqueza e à verticalização social, resultam numa equação bombástica sobre os ânimos populares. Dados estatísticos e informações distorcidas ou mal entendidas sobre a 'explosão da criminalidade' criam um estado irrefletido de pânico, fundado em mitos e 'fantasmas'. (SICA, 2002, p. 77)

Nesse cenário, aos poucos, o Estado Social vai sendo deixado de lado para dar espaço a um Estado Penal. Diante do abismo econômico entre as classes sociais, direitos fundamentais como a educação, o lazer, a cultura, a saúde e a habitação, cedem espaço à intervenção estatal apenas repressiva e não preventiva:

Busca-se ao mesmo tempo, a eficácia preventiva do poder punitivo e a preservação do processo de globalização. As normas penais mais extensas e as penas mais exasperantes têm, por um lado, o objetivo de difundir o medo e o conformismo em relação aos descartáveis do processo globalizador, aos excluídos, aos ninguéns e, por outro, o significado simbólico de punir expansivamente a falta de lealdade ao sistema de mercado e, desse modo, buscar sua preservação, antepondo-os os valores, direitos e garantias do indivíduo. O sensível aumento da taxa de exclusão social, produzido pela globalização, recomenda, portanto, o emprego indiscriminado do Direito Penal [...]. (FRANCO, 2000, p. 490)

Porém, quanto maior o número de tipificações penais, o endurecimento das penas, enfim, a inflação legislativa, menor é a possibilidade de efetiva punição, afinal, “a certeza de um castigo, mesmo moderado, sempre causará mais intensa impressão do que o temor de outro mais severo, unido à esperança da impunidade [...]” (BECCARIA, 1999, p. 87). Certo é que não se educa a sociedade por meio do direito penal. O pensamento do Direito Penal Máximo pode, na verdade, conduzir a uma ideia de falta de credibilidade.

### 3.2 *BROKEN WINDOWS THEORY* E O MOVIMENTO TOLERÂNCIA ZERO

Ao falar de Movimento Lei e Ordem, interessa mencionar como um de seus fundamentos a Teoria das Janelas Quebradas (*Broken Windows Theory*) e o movimento conhecido como Tolerância Zero que tentam demonstrar a intervenção máxima do Estado no direito de liberdade dos cidadãos.

De acordo com Masson (2018), em 1969, na Universidade de Stanford, nos Estados Unidos da América, um pesquisador chamado Phillip Zimbardo realizou uma pesquisa no campo da psicologia social. Em seu estudo, fez a experiência de colocar dois automóveis iguais em regiões distintas, um, em um local pobre e o outro em uma região rica. O primeiro foi rapidamente saqueado. O carro localizado na região nobre, por sua vez, permaneceu intacto. Em seguida, a equipe de pesquisa optou por quebrar uma das janelas do automóvel que não foi objeto de vandalismo. Em um curto espaço de tempo, o veículo foi atacado e completamente destruído.

Desse modo, o pesquisador chegou à conclusão que o fator decisivo da criminalidade não é a situação de pobreza, mas sim a sensação de impunidade. De fato, um carro abandonado com a janela quebrada irradia um sentimento de que o

Estado se mostra ausente naquele lugar e a cada ataque que se repete, essa ideia se difunde, culminando com uma prática invencível de ilícitos.

Nesse sentido, caso se quebre uma janela de um prédio e ela não seja imediatamente consertada, os transeuntes pensarão que não existe autoridade responsável pela conservação da ordem naquela localidade. Logo, todas as outras janelas serão quebradas. Assim, haverá a decadência daquele espaço urbano em pouco tempo, facilitando a permanência de marginais no lugar, criando-se um terreno propício para a criminalidade.

Neste espírito, em 1982, James Q. Wilson e George L. Kelling, desenvolveram a Teoria das Janelas Quebradas (*Broken Windows Theory*) e publicaram um artigo afirmando que a criminalidade é muito mais elevada nos locais de ausência do Estado, ou seja, locais sujos, escuros, descuidados e desordenados de maneira geral.

Na década de 80 essa teoria foi aplicada no metrô de New York, tido como um ponto muito perigoso da cidade. Neste local era comum a ocorrência de tráfico, homicídio, etc. Combateram então as pequenas infrações, como pichações, sujeira nas estações, consumo de álcool e não pagamento de passagens. Depois, organizaram, limpam e iluminaram o metrô e, como consequência a criminalidade diminuiu consideravelmente.

Já em 1994, Rudolph Giuliani, então prefeito de New York, baseado na teoria das janelas quebradas, implantou a política de tolerância zero, no intuito de extirpar qualquer violação à legislação, independentemente do seu grau de ofensividade.

Em um primeiro momento, parece correto o exercício das ideias expostas. “No entanto, seu principal erro, com a devida *vênia*, é utilizar o sistema penal como principal meio de repressão a pequenos desvios comportamentais, como é característico do movimento lei e ordem.” (GRECO, 2014, p. 20)

É possível inferir, do estudo das teorias apresentadas, o rompimento com princípios penais fundamentais como o princípio da proporcionalidade, da ofensividade e da dignidade da pessoa humana. Ademais, um outro problema a ser considerado, é o aumento da superlotação carcerária e todos os seus impactos para os privados da liberdade e para a sociedade.

O ordenamento jurídico brasileiro não se resume ao direito penal, outros ramos do direito também são dotados de força normativa para corrigir os imbróglios da sociedade. O objetivo não é não punir comportamentos reprováveis, mas puni-los de forma coerente, racional e eficaz, de acordo com o princípio da intervenção mínima.

Seguindo essa linha de recrudescimento, a partir dessa simbiose de teorias, movimentos e exposições midiáticas sistematizadas, o cenário jurídico-penal brasileiro, ao arrepio dos princípios e regras constitucionais, caminha a passos largos rumo ao ápice incriminador, numa busca desenfreada pelos inimigos do sistema. Nesse desiderato, o adolescente infrator tem se apresentado no ideário do Estado Penal que se forma, de modo tanto frequente e intenso, quanto ameaçador do alicerce do Estado Democrático de Direito.

### 3.3 DIREITO PENAL DO INIMIGO

Um dos mais fortes integrantes desse discurso de Direito Penal Máximo é o Direito Penal do Inimigo. A teoria do Direito Penal do Inimigo, proposta em 1985, pelo alemão Gunther Jakobs, defende como função primordial do Direito Penal a tutela da norma e do ordenamento jurídico, relegando a segundo plano a tutela dos bens jurídicos (ZAFFARONI, 2011). Essa teoria tem como fundamento o funcionalismo radical ou sistêmico, que sobrepõe o totalitarismo estatal às garantias individuais do cidadão.

O Direito Penal do Inimigo surge em contraposição ao denominado Direito Penal do cidadão, este aplicável a todos os “cidadãos de bem”, seguindo todas as garantias penais e processuais típicas do Estado Democrático de Direito, enquanto que, aquele, não se preocupa com os princípios fundamentais, uma vez que se dirige aos “inimigos” do Estado. É considerado como um verdadeiro estado de guerra:

O Direito Penal conhece dois polos ou tendências de suas regulações. Por um lado, o trato com o cidadão, em que se espera até que este exteriorize seu fato para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o trato com o inimigo, que é interceptado prontamente em seu estágio prévio e que se combate por sua perigosidade. (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2003, p. 42)

No modelo idealizado por Jakobs, consideram-se inimigos do Estado os criminosos que se afastam completamente das normas de direito e representam grande perigo à sociedade, a exemplo de terroristas, autores de crimes sexuais e crimes econômicos, criminosos organizados, entre outros. Para Jakobs, essas pessoas devem receber um tratamento diferenciado, distante de seus direitos fundamentais em nome da proteção do interesse público.

No que tange às velocidades do Direito Penal, de acordo com as lições de Silva Sánchez (2013), é possível identificar três velocidades do Direito Penal. Na primeira



velocidade, está o direito penal da prisão, são aqueles poucos crimes que inevitavelmente resultam na privação de liberdade do agente, após um processo que respeita as regras garantistas, penais e processuais penais.

A segunda velocidade, por seu turno, traz o Direito Penal à aplicação de penas não privativas de liberdade. É um direito penal sem prisão, como se pode ver na Lei dos Juizados Especiais Criminais que prioriza penas restritivas de direito e pena de multa. Nessa segunda velocidade, pode ocorrer a flexibilização de algumas garantias com o escopo de agilizar o processo já que a liberdade não está em jogo.

O Direito Penal do Inimigo, por sua vez, é identificado como uma terceira velocidade do direito penal. Mista, a terceira velocidade se caracteriza pela aplicação de penas privativas de liberdade e flexibilização de garantias.

Atualmente, debate-se acerca da existência de uma quarta velocidade do Direito Penal que aborda o que se chama de neopunitivismo ou panpenalismo. É um Direito Penal total, aplicado pelo Tribunal Penal Internacional, em casos de crimes contra a humanidade.

Interessa-nos, no momento, o pensamento de Jakobs, sobre ele, o professor Rogério Greco lembra o projeto desenvolvido por Mezger durante o regime nazista, capitaneado por Hitler e aponta semelhanças com a ideia de Jakobs, Desse modo, indispensável o conhecimento:

O que foi destacado pelo professor de Direito Penal da Universidade Autônoma de Madri, Manuel Cancio Meliá, como uma das propostas de Jakobs, é a de, justamente, antecipar a punição do agente pela sua *condução de vida*, voltando-se a um antigo conceito preconizado por Edmund Mezger, cujo passado nazista foi recentemente colocado a descoberto por Francisco Muñoz Conde, como teremos oportunidade de observar mais adiante, valendo-se de um autêntico e combatido direito penal do autor, ao invés de um direito penal do fato. Dessa forma, assevera Manuel Cancio Meliá: 'o Direito penal do inimigo jurídico-positivo vulnera, assim se afirma habitualmente na discussão, em diversos pontos o princípio do fato. Na doutrina tradicional, o princípio do fato se entende como aquele princípio genuinamente liberal de acordo com o qual deve ficar excluída a responsabilidade jurídico-penal por meros pensamentos, quer dizer, como rechaço de um Direito penal orientado com base na 'atitude interna' do autor'. (GRECO, 2014, p. 25)

Assim, o professor Jakobs, em apertada síntese, revela uma adesão ao Direito Penal do autor de Cesare Lombroso, que busca punir o indivíduo pelo que ele é, ao contrário do pensamento dominante, que é o do Direito Penal do fato, que procura punir o agente em razão da sua conduta, pelo que ele faz, e não pelo que ele é.

Muñoz Conde (2005) traz à luz, então, em sua obra chamada *Edmund Mezger e o Direito Penal de Seu Tempo*, o projeto nacional-socialista sobre o tratamento dos estrangeiros à comunidade na Alemanha. Após a Alemanha ser vencida na Primeira Guerra Mundial, ficou enfraquecida sob diversos aspectos, razão pela qual o partido nacional-socialista, com a assunção de Hitler ao poder, começou a reorganizar o Estado alemão, o que resultou, em 1944, no projeto citado.

Nesse projeto, com o fim de tratar dos estrangeiros à comunidade, sugeria, entre outras propostas: a castração dos homossexuais, a prisão sem tempo determinado de pessoas consideradas antissociais, citando-se como exemplo os vadios, prostitutas, alcoólatras, praticantes de pequenas infrações penais, etc., a esterilização, a fim de evitar a disseminação daqueles considerados antissociais e sem utilidade para a sociedade. Indicava, ainda, pessoas como perigosas, como os delinquentes habituais e cogitava um tratamento para curá-las com medidas de internação em campos de concentração, ou, até mesmo, condenadas à morte.

Percebe-se, portanto, ao desconsiderar a qualidade de pessoa humana, uma semelhança com o que Jakobs prega em seu Direito Penal do Inimigo, que enxerga o inimigo como um não-cidadão. Merece destaque, neste trabalho, o que ensina Rogério Greco, através das lições de Muñoz Conde, sobre o princípio da culpabilidade:

Muñoz Conde, com a lucidez que lhe é peculiar, dissertando sobre o princípio da culpabilidade, concebido durante os anos 20, do século passado, a fim de chegar a um conceito de perigosidade, desenvolvido na Alemanha durante o período do regime nacional-socialista, assevera que não se pode discutir que o conceito de culpabilidade, em suas linhas básicas, tenha sido uma 'das conquistas mais importantes da dogmática jurídico penal alemã daquela época. Entendido como garantia e limite frente ao poder punitivo do Estado, é considerado hoje como um dos princípios fundamentais de um Direito Penal democrático e respeitoso com a dignidade humana. Mas um sistema estritamente dualista como o que se forjou na República de Weimar, no qual a pena limitada por sua culpabilidade podia ser substituída ou complementada por uma medida de segurança de duração indeterminada, fundamentada em um conceito tão vago e perigoso como o de perigosidade, traduz um conceito de Direito Penal muito vinculado às teses do amigo-inimigo tão caras ao Estado nacional-socialista: um Direito Penal com todas suas garantias, baseado e limitado pelo princípio da culpabilidade, para o delinquente ocasional, integrado no sistema, ainda que alguma vez se aparte dele; e um Direito Penal, baseado na perigosidade e sem nenhum tipo de limitações, para o delinquente perigoso e especialmente para o delinquente perigoso e especialmente para o delinquente habitual que com seu comportamento e sua forma de condução de vida (*Lebensführungsschuld*) questiona as bases do mesmo'. (GRECO, 2014, p. 27)

Nota-se, pois, que separar as pessoas em cidadãos e inimigos, para os quais estes últimos merecem receber tratamento diverso, como se houvesse um verdadeiro estado de guerra, é reviver o passado, cuja história o que a humanidade quer, realmente, é excluir da memória.

Contudo, é inegável a presença da teoria em análise no direito penal brasileiro, apontando-se, por exemplo, o Regime Disciplinar Diferenciado do artigo 52 da Lei de Execução Penal, a Interceptação Telefônica prevista na Lei nº 9.296/96 e a ação controlada e a infiltração policial, como meios de obtenção de prova previstos na Lei nº 12.850/2013.

Ademais, podem ser apontadas outras características do Direito Penal do Inimigo, cada vez mais presentes nas legislações, são elas: antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato, desproporcionalidade das penas, legislações de luta ou de combate, restrição de garantias penais e processuais penais, tipos penais vagos e imprecisos, penas desproporcionalmente elevadas, inobservância dos princípios da ofensividade, privilégio do juízo de periculosidade, em detrimento do juízo de culpabilidade, substituição de pena por medida de segurança com duração indeterminada, até que cesse a situação de perigo, perspectiva prospectiva das medidas aplicadas, ao invés de retrospectiva, endurecimento da execução penal e expansão do campo de incidência de medidas preventivas cautelares, entre outras.

Como se pode observar, aos poucos o Direito Penal do Inimigo amplia-se cada vez mais, “está formando-se o mosaico da subversão da própria ideia de Jakobs que reconheceu expressamente que o Direito Penal de Inimigo só pode ser legitimado como um Direito penal de emergência que vige excepcionalmente.” (HABIB, 2016, p. 18), desta feita:

[...] quem são os inimigos? Alguns, com segurança, podem afirmar: os traficantes de drogas, os terroristas, as organizações criminosas especializadas em sequestros para fins de extorsões...E quem mais? Quem mais pode se encaixar no perfil do inimigo? Na verdade, a lista nunca terá fim. Aquele que estiver no poder poderá amparado pelo raciocínio do Direito Penal do Inimigo, afastar o seu rival político sob o argumento da sua falta de patriotismo por atacar as posições governamentais. Outros poderão concluir que também é inimigo o estuprador de sua filha. Ou seja, dificilmente se poderá encontrar um conceito de inimigo, nos moldes pretendidos por essa corrente, que tenha o condão de afastar completamente a qualidade de cidadão do ser humano, a fim de tratá-lo se quem esteja protegido pelas garantias conquistadas ao longo dos anos. (GRECO, 2014, p. 29)

Em verdade, garantias consolidadas a passos tão lentos, não podem retroceder, sob o argumento de uma dicotomia insana: cidadão *versus* inimigo. Primeiro, o mínimo existencial não é garantido por completo, depois, buscam minimizar garantias fundamentais de crianças e adolescentes, para jogá-los em um sistema carcerário sem possibilidade de recuperação, ferindo completamente a Doutrina da Proteção Integral e aproximando-se, dessa forma, de práticas sombrias, recrudescidas, próprias de um Direito Penal do Inimigo. E o pior, tudo ocorre em uma perspectiva imediatista, fundada em suposto cenário de exceção ou emergência; tal fato acelera a transmutação para o Estado Penal, de onde se espera, equivocadamente, as soluções para todos os problemas sociais.

### 3.4 O DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA

O direito penal máximo é fruto, ainda, de um outro fenômeno: o direito penal de emergência. Mais uma vez, a mídia, extrapolando seu papel ou o fazendo de forma inadequada, repercute casos atrozés que causam grande comoção à sociedade e acabam causando verdadeiro terror à população, levando-a a acreditar que a solução para toda e qualquer transgressão à ordem é o encarceramento, “a ‘fuga para o direito penal’ significa muitas vezes que a sociedade ilude as suas tarefas criadoras de cariz político-social.” (ROXIN, 1993, p. 59).

Diante da morosidade da Justiça e amendrontadas, as pessoas desacreditam do Judiciário. O clamor é pela modificação legislativa, a existente parece insuficiente. Imbuída daquele sentimento de lei e ordem, penas ainda mais duras, processo mais célere e recrudescimento da execução penal é o que exige grande parte da população:

A alteração da fonte de legitimação consistiu precisamente na assunção da exceção ou da emergência (antiterrorista, antimafiosa ou anticamorra) como justificação política de ruptura ou, se preferir, da modificação das regras do jogo que no Estado de direito disciplinam a função penal. Esta concepção da emergência outra coisa não é que a ideia do primado da *razão de Estado* sobre a *razão jurídica* como critério informador do direito e do processo penal, seja simplesmente em situações excepcionais como aquela criada pelo terrorismo político, ou de outras formas de criminalidade organizada. Ela equivale a um princípio normativo de legitimação da intervenção punitiva: não mais jurídica, mas imediatamente política; não mais subordinada à enquanto sistema de vínculos e de garantias, mas a esta supraordenada. *Salus rei publica suprema lex*: a salvaguarda, ou apenas o bom do Estado, é a norma principal do ‘direito de emergência (*Grundnorm*), a lei suprema que impregna todas as outras, aí compreendidos os princípios gerais, e que lhes legitima a mutação. (FERRAJOLI, 2002, p. 649-650)

Um claro exemplo da legislação de emergência é a Lei dos Crimes Hediondos, fruto da necessidade de o Estado garantir segurança à sociedade tendo em vista, a criminalidade instalada na década de 90 e a divulgação em massa dos sequestros de Roberto Medina e Abílio Diniz como casos emblemáticos da situação limite de tolerância (HABIB, 2016).

Ocorre que, na prática, o que aconteceu foi um aumento da prática de crimes de extorsão mediante sequestro no Brasil na década de 90, demonstrando que a só edição da lei de crimes hediondos não foi suficiente para combater a criminalidade, mas sim, contribuiu para o aumento da população carcerária (HABIB, 2016).

O Direito Penal vem sendo encarado como a única solução para os conflitos sociais, diante do fracasso de outras formas de controle social e da ausência de políticas públicas efetivas para garantir, ao menos, o mínimo existencial à população. Desse modo, a prática legislativa de expansão do Direito Penal e diminuição de ideias preventivas, pode fazer com que o Direito Penal exerça uma função meramente simbólica.

[...] o déficit da tutela real de bens jurídicos é compensado pela criação, junto ao público, de uma ilusão de segurança e de um sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições que têm uma base real cada vez mais fragilizada. (BARATTA, 1994, p. 22)

O resultado dessa atuação emergencial é o estabelecimento de um Estado interventor, detentor de poderes para regulamentar qualquer relação social ou jurídica em nome da moralidade ou do interesse público, conceitos que se apresentam extremamente abstratos e flexíveis.

Forma-se o Estado Policial, afirmado por um constante Estado de Exceção. Não se obedecem às leis, portanto, o Estado pode agir fora dos seus limites padrões. Uma mitigação seletiva, é verdade, já que recai de forma muito mais efetiva sobre pessoas marginalizadas, assim:

[...] A segurança e a liberdade de cada um são, com efeito, ameaçadas não apenas pelos delitos, mas também, e frequentemente, em medida ainda maior, pelas penas despóticas e excessivas, pelas prisões e pelos processos sumários, pelos controles arbitrários e invasivos de polícia, vale dizer, por aquele conjunto de intervenções que se denomina 'justiça penal', e que talvez, na história da humanidade, tenha custado mais dores e injustiças do que todos os delitos cometidos. (FERRAJOLI, 1986, p. 319)

Menos curioso, mais igualmente importante, é o exemplo de Estado Penal que se instala no combate ao tráfico de drogas, no qual se permite que determinadas regiões da cidade, favelas, sejam tomados como locais de exceção atingindo infratores e inocentes. Sutilmente, o Estado passa a atuar de tal forma que se afasta do Estado de Direito, podendo invadir casas, matar pessoas, expulsar moradores, tudo em nome de uma prévia lesão à lei e ordem.

Junto à mitigação da sistemática de intervenção mínima, o Estado perde gradativamente a sua característica de democrático de direito, passando a exercer um poder amplamente controlador e fiscalizador, em que as liberdades individuais só encontram lugar nos lapsos de sua atuação. O modelo repressivo autoriza que, em nome do bem-estar social, essas liberdades sejam flexibilizadas, impedindo a efetividade absoluta dos direitos e garantias fundamentais.

Nessa esteira, o Estado Constitucional Democrático de Direito vê-se ameaçado pela expansão do Estado Policial, pois ocorre a busca da segurança em prol da busca pela liberdade, o discurso da segurança pública em lugar do discurso de direitos humanos, a proteção de poucos, em contraposição à proteção de todos os indivíduos (PEDRINHA, 2011).

A opinião pública, ou melhor, a opinião midiática, atribui à pena a ilusão de segurança e proteção, bastando tão somente a existência da lei penal para conter a violência generalizada. Não fossem “os meios de comunicação de massa, a experiência direta da realidade social permitiria que a população se desse conta da falácia dos discursos justificadores.” (ZAFFARONI, 1991, p. 128).

Esse modo de compreender a violência, fortalece um Direito Penal Simbólico, que inflaciona a legislação pátria com o recrudescimento das penas e criação de novos tipos penais, sem a correspondente finalidade de tutelar um bem jurídico relevante, mas, contrariamente, como forma de manipulação da opinião pública, o que faz com que, apesar de seu rigor, tenha sua eficácia esvaziada.

Nesse contexto, o Direito Penal Simbólico representa um conjunto de normas incriminadoras que, despidas de efeitos protetivos concretos, prestam-se à “manifestação de grupos políticos ou ideológicos através da declaração de determinados valores ou o repúdio a atitudes consideradas lesivas” (ROXIN, 2004, p. 47).

É o que parece estar acontecendo com a proposta de redução da maioria penal, em verdade, sociedade e Estado estão perdendo a preocupação, de fato, com

a tutela do bem jurídico, com a providência de políticas sociais sólidas, com medidas preventivas, em evidente ofensa à subsidiariedade do Direito Penal e aos preceitos garantistas estampados no ordenamento jurídico brasileiro.

Em um direito penal simbólico, valoriza-se “a prisão, que, apenas, esconde os defeitos estruturais do sistema e impede a pesquisa de alternativas penais que possam confrontar as mazelas desse sistema.” (SICA, 2002, p.75). Assim, são editadas leis, previsivelmente, ineficazes e irresponsáveis, como aparenta ser a proposta de redução da maioria penal, com a finalidade primordial de acalmar os eleitores, sob o pretexto de combater o aumento da criminalidade.

### 3.5 ENCARCERAMENTO EM MASSA: CAUSA OU CONSEQUÊNCIA?

A política criminal de drogas, importada dos Estados Unidos, ingressou no Brasil na década de setenta, período da ditadura civil-militar e de incorporação da Doutrina de Segurança Nacional. Em uma perspectiva crítica, afirma-se que o advento da problemática das drogas nos Estados Unidos, situou-se no plano econômico e ideológico, associando-se a conflitos econômicos-sociais, notadamente à disputa no mercado de trabalho por grupos étnicos imigrantes que ofereciam sua mão de obra a um baixo custo (BATISTA, 2015).

Em dados colhidos em 2017, divulgou-se que o sistema carcerário brasileiro somou 726.712 pessoas em junho de 2016, último dado tabulado, fazendo com que o Brasil ultrapassasse a Rússia, alcançando a terceira posição no ranking mundial. Comparando-se os dados de dezembro de 2014 com os de junho de 2016, verificou-se crescimento no déficit de vagas de 250.318 para 336.491 vagas no país (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2017). Além disso, a taxa de presos por grupo de 100 mil habitantes subiu nesse mesmo período de 306,22 para 353 indivíduos (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2017). Esses dados evidenciam o quadro de superlotação dos estabelecimentos prisionais e de violação à dignidade humana.

Além disso, relata-se que em junho de 2016, a população prisional brasileira ultrapassou, pela primeira vez na história, a marca de 700 mil pessoas privadas de liberdade, o que representa um aumento da ordem de 707% em relação ao total registrado no início da década de 90 (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA

PÚBLICA, 2017). Caminha-se, desse modo, para ocupar a primeira posição com a maior população carcerária do mundo.

Em virtude do quadro de falhas estruturais do sistema carcerário, conjugadas à sistemática omissão do poder público, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 347, reconheceu a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional em relação ao sistema penitenciário brasileiro, com uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos, de modo que as penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios acabam sendo penas cruéis e desumanas (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015).

Neste cenário, não há como dizer que a legislação brasileira é branda ou que contribui para a impunidade. Ao contrário, durante os últimos anos, as mudanças legislativas do sistema penal foram todas no sentido da criação de novas tipificações penais e endurecimento de penas, como se vê, as pessoas são efetivamente presas. De igual modo, as reformas processuais penais, têm por fim conferir celeridade aos processos, como a recente possibilidade de execução da pena condenatória após a prolação de acórdão condenatório em 2º grau, expropriar bens de imputados e originar novos meios cada vez mais invasivos de investigação.

Percebe-se, portanto, que o expansionismo penal é um forte contribuinte para o aumento da população carcerária, a prisão parece ser mais utilizada como regra do que como exceção. Esse encarceramento em massa, no entanto, não demonstra, necessariamente, a eficiência da lei. O que se percebe é a penalização maior de jovens negros e em situação de pobreza, uma vez que 55% dos presos brasileiros têm entre 18 e 29 anos; 64% são negros e 61% não completaram o ensino fundamental (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2017).

Não obstante, o número expressivo de prisões não traz a segurança pública esperada. A privação da liberdade é utilizada como solução simples e não age nas causas da criminalidade nem na prevenção desta, funcionando, muitas vezes, como constatado, de forma seletiva:

[...] seria uma hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mis numerosas e menos esclarecidas; que, ao contrário do que acontece com as leis políticas ou civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma, que nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria



social encarregada da ordem sanciona outra fadada à desordem.  
(FOUCAULT, 1975, p. 229)

Assim como ocorre no sistema penal, as políticas de privação da liberdade estabelecidas no Estatuto da Criança e do adolescente tornaram-se, também, políticas de encarceramento em massa de adolescentes negros e em situação de extrema pobreza.

Em 2016, os dados mostram um total de 26.450 atendidos no Sistema de Atendimento Socioeducativo, sendo 18.567 em medida de internação (70%), 2.178 em regime de semiliberdade (8%) e 5.184 em internação provisória (20%). Há, ainda, outros 334 adolescentes/jovens em atendimento inicial e 187 em internação sanção (BRASIL, 2018).

Apurou-se, ainda, que 59,08% dos adolescentes e jovens em restrição e privação de liberdade foram considerados de cor parda/preta, 22,49% de cor branca, 0,91% de cor amarela e 0,98% da raça indígena e 16,54% dos adolescentes e jovens não teve registro quanto à sua cor ou raça, sendo classificados na categoria sem informação (BRASIL, 2018).

Além do mais, questionados sobre a vida escolar anterior à internação, 57% dos jovens declararam que não frequentavam a escola antes de ingressar na unidade. Quanto à escolaridade, a última série cursada por 86% dos adolescentes entrevistados estava englobada no ensino fundamental, ou seja, este percentual de adolescentes não concluiu a formação básica (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012).

Nesta pesquisa, constatou-se o uso comum de substâncias psicoativas entre os adolescentes infratores. Dos jovens entrevistados, aproximadamente 75% faziam uso de drogas ilícitas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012).

Incontestável que, ao contrário do que estabelece o princípio da excepcionalidade na aplicação de medidas de internação de crianças e adolescentes, instalou-se um cenário de encarceramento em massa da juventude, recaindo, sobretudo, sobre adolescentes em situação de vulnerabilidade social e econômica.

Faz-se mister verificar, por oportuno, a seletividade do direito penal, existente tanto na oportunidade de criminalização primária, quanto na criminalização secundária, além do momento da execução penal.

No processo de criminalização primária, o Estado seleciona os comportamentos considerados ofensivos a bens jurídicos objeto de tutela cominando

a eles uma sanção penal. Após a vigência da lei penal, surge a possibilidade de criminalização secundária, quando o Estado tem oportunidade de investigar, processar e condenar o transgressor da lei penal. Então, todos que descumprissem a lei penal deveriam ser efetivamente punidos, no entanto, não é o que acontece:

A inevitável seletividade operacional da criminalização secundária e sua preferente orientação burocrática (sobre pessoas sem poder e por fatos grosseiros e até insignificantes) provocam uma distribuição seletiva em forma de epidemia, que atinge apenas aqueles que têm baixas defesas perante o poder punitivo, aqueles que se tornam mais *vulneráveis à criminalização secundária* porque: a) suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais; b) sua educação só lhes permite realizar ações ilícitas toscas e, por conseguinte, de fácil detecção e c) porque a etiquetagem suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo, com o qual seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo (a profecia que se autorealiza). Em suma, as agências acabam selecionando aqueles que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes, prestando-se à criminalização – mediante suas obras toscas – como seu inesgotável combustível. (BATISTA; ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 47)

Merece atenção o modelo carcerário das sociedades capitalistas contemporâneas, o qual é objeto de crítica por Alessandro Baratta (2014) que ressalta o processo negativo de socialização a que é submetido o preso, examinando-o em uma dupla perspectiva.

Na perspectiva da desculturação, ocorre um processo de desadaptação às condições necessárias à vida em liberdade, como a diminuição da força de vontade, a perda do senso de autorresponsabilidade econômico-social, a redução do senso de realidade e criação de uma imagem ilusória do mundo externo, com afastamento progressivo dos valores e modelos comportamentais da sociedade. Por seu turno, a aculturação ou prisionalização, reflete a assunção de valores e modelos comportamentais típicos da subcultura carcerária (BARATTA, 2014).

Como consequência do efeito negativo da prisionalização, cita-se, ainda a educação para ser criminoso, pois uma minoria de criminosos, com forte orientação antissocial, domina a hierarquia e organização informal da comunidade e, pelo poder e prestígio de que goza, serve de modelo para os demais e a educação para ser um bom preso obedecendo a um certo grau de ordem, a partir da interiorização de modelos comportamentais, da qual os chefes dos detidos, em troca de privilégios, fazem-se garantes frente à administração penitenciária. A função propriamente

educativa, por sua vez, acaba por ser relegada a um segundo plano, favorecendo a prática de atitudes conformistas e oportunistas (BARATTA, 2014).

A situação precária do sistema prisional, não humanizado, fomenta a delinquência. O ambiente carcerário promove um ciclo de recrutamento de novos indivíduos para o delito, além de não impedir que o crime continue sendo gerenciado de dentro dos próprios estabelecimentos prisionais.

Daí porque o cárcere acaba falhando em sua missão de diminuir a prática de crimes. Ao contrário, revela-se um ambiente favorável à reprodução da criminalidade. Assim, produz-se o delinquente como sujeito patologizado, aparentemente marginalizado, mas centralmente controlado (FOUCAULT, 1975).

É lógico supor que o encarceramento em massa de jovens pobres a partir de 16 anos de idade, não se mostra efetivo e suficiente para a redução da criminalidade e, ainda, poderá, como consequência, produzir ainda mais conflitos, mais injustiça e mais violência.

A violação sistemática de direitos e garantias fundamentais e a incapacidade de prover as necessidades básicas da população é uma triste realidade, totalmente incompatível com a Constituição Federal de 1988 e a Doutrina da Proteção Integral. Por mais grave que seja a conduta do infrator, nenhum ser humano deve ser privado de seus direitos fundamentais, sob pena de cada vez mais restringir direitos já consolidados a passos tão lentos.

Nota-se, pois, um Estado pouco operante na promoção de direitos sociais e, por outro lado, extremamente abrangente e severo na criação de novos tipos penais e recrudescimento das penas com um processo penal cada vez menos garantista ao flexibilizar direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Maior, o que demonstra o caráter sempre mais repressivo do direito penal.

À vista de todas as considerações expostas, a característica incondicionada e ilimitada de poder que a adoção do direito penal máximo sugere, não merece prosperar em um Estado, ainda, Democrático de Direito. É preciso considerar a necessidade de conter e mais, prevenir a violência, sem, contudo, romper com as bases da intervenção penal mínima.

## **4 PROPOSTAS DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE NO BRASIL**

A discussão, à luz da Constituição Federal de 1988, acerca das Propostas de Emenda à Constituição de número 171/1993 na Câmara dos Deputados e 115/2015 no Senado Federal que têm como fim a redução da maioridade penal de 18 para 16 anos de idade, é de extrema relevância no momento atual, vez que se aproxima sua votação.

Neste momento, no plano das diversas tendências que se propõem para a reforma do sistema penal, interessa analisar o adolescente infrator sob o influxo do Direito Penal Máximo e suas consequências na relação entre a sociedade e o adolescente em conflito com a lei. Cabe aprofundar, dentro da temática, a relação entre o garantismo penal e a Doutrina da Proteção Integral.

Além disso, urge refletir sobre a possibilidade de efetivação das finalidades sociais do Estado com uma perspectiva equilibrada de direito penal, considerando os males causados pelo recrudescimento do tratamento penal da infância e juventude, uma vez que trata de pessoas em situação de desenvolvimento e vulnerabilidade social.

### **4.1 BREVE ANÁLISE DA PEC Nº 171 DE 1993 À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

A tentativa de redução da maioridade penal tem origem bastante antiga, pois foi proposta, inicialmente, pelo então Deputado Benedito Domingos em 1993. Mas, muitas vezes, de acordo com acontecimentos drásticos e pressões sociais, retorna à pauta das Casas Legislativas.

Nasce, diante da necessidade de uma alternativa eficaz à diminuição da criminalidade no Brasil, sob a justificativa de que a maioridade penal aos 18 anos culmina em irresponsabilidade penal e perdura com o argumento de que, com a evolução da sociedade, o adolescente contemporâneo apresenta pleno discernimento de seus atos.

Desta feita, a pauta da redução da maioridade penal está, mais uma vez, em destaque no Congresso Nacional. A Proposta de Emenda à Constituição número 171/1993, foi aprovada em segundo turno na Câmara dos Deputados e encaminhada

ao Senado Federal, sob o número 115/2015, onde aguarda julgamento neste ano de 2018 com a seguinte redação:

Art. 1º O art. 228 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial, ressalvados os maiores de dezesseis anos, observando-se o cumprimento da pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos e dos menores inimputáveis, em casos de crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte.” (NR)

Art. 2º A União, os Estados e o Distrito Federal criarão os estabelecimentos a que se refere o art. 1º desta Emenda à Constituição.

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Conforme o texto aprovado, o artigo 228 da Constituição Federal de 1988 estabelecerá, via de regra, a inimputabilidade dos menores de dezoito anos, sujeitos a normas da legislação especial própria do Estatuto da Criança e do Adolescente. Apenas de forma excepcional, é que os menores com dezesseis anos completos poderiam ser penalmente responsabilizados, em casos de autoria de crime hediondo, de homicídio doloso ou de lesão corporal seguida de morte, cumprindo pena, no entanto em estabelecimento separado dos destinados aos maiores de 18 anos.

Após a aprovação em segundo turno na Câmara dos Deputados, a Proposta de Emenda à Constituição sob o nº 171/1993 foi encaminhada ao Senado Federal sob o nº 115/2015 e, atualmente, está em tramitação na Comissão de Constituição e Justiça da Casa, com previsão para julgamento neste ano de 2018, segundo a página do Senado Notícias (2017).

A inimputabilidade do menor de dezoito anos de idade está prevista no artigo 228 da Carta Maior. Do ponto de vista jurídico, questiona-se sobre a possibilidade de alterar a Constituição brasileira para o fim de reduzir a maioria penal. Há discussão sobre tratar-se ou não de cláusula pétrea. A maior parte da doutrina no Brasil, a exemplo de Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes (2007), Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini (2014), Paulo Rangel (2016), entende que a inimputabilidade penal dos menores de 18 anos se configura como cláusula pétrea e eventual redução da maioria penal violaria o artigo 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal que prevê:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 1990).

É sabido que os direitos e garantias individuais estão distribuídos em outras normas constitucionais que não apenas o artigo 5º. Por se tratar de um direito individual fundamental correspondente ao desenvolvimento da personalidade humana, que confere um tratamento diferenciado aos menores de idade, considera-se cláusula pétrea sendo objeto de proteção especial pelo constituinte.

Sustenta, a doutrina que compartilha desse pensamento, que o artigo 228 da Constituição Federal de 1988 garante que menores de 18 anos de idade não recebam tratamento penal comum estabelecido no Código Penal de 1940 em razão da sua condição de pessoa em situação de desenvolvimento.

De toda sorte, a Constituição Federal de 1988, deixa claro que os menores de 18 anos de idade devem ser responsabilizados por seus atos seguindo uma ordem especial, a qual é regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente que leva em conta suas particularidades especiais.

No entanto, noutra perspectiva, há quem entenda não existir óbice à redução da maioridade penal, através de emenda à Constituição, ainda que seja considerada como cláusula pétrea. Para quem pensa de modo diverso, a maioridade penal não é imutável. Para esta corrente de pensamento, impossível seria abolir completamente a idade penal mínima ou se desvirtuar totalmente de seu núcleo essencial de proteção.

#### 4.2 O ADOLESCENTE INFRATOR SOB O INFLUXO DO DIREITO PENAL MÁXIMO

A mudança do Estado de providência para a sociedade do risco ou do Estado Social para o Estado de Exceção, gera a fragmentação da sociedade assistencial para a sociedade do medo. Nesse contexto, o Estado pretende responder ao problema do aumento da violência no país, com uma atitude repressiva de recrudescimento da legislação penal, na qual se inclui a proposta de redução da maioridade penal. Isso não acontece apenas no Brasil, na verdade, trata-se de uma tendência mundial em face da sociedade globalizada.

Com efeito, após a Segunda Guerra Mundial floresceu o fenômeno conhecido como constitucionalismo social, com o fortalecimento do garantismo penal e um

Direito Internacional de Direitos Humanos, que foram embalados por um razoável desenvolvimento econômico do Estado de bem estar social. Nesse contexto, o direito penal tomou para si o monopólio da violência nas mãos do Estado, pautado na influência garantista de Ferrajoli (2004), retirando a violência exercida pelas mãos dos particulares e de um Estado autoritário, para entregar ao Estado, de modo formal e delimitado, o poder-dever de assegurar a justiça e buscar a paz social, sem com isso autorizar lesão, ou ameaça de lesão, aos direitos e garantias do indivíduo em face do próprio Estado.

Ocorre que, na era contemporânea ou nos tempos hipermodernos, o Estado é inundado pelos fenômenos da globalização e do capitalismo financeiro, passando o controle social a ser guiado por uma política criminal que prefere segregar grupos em situação de vulnerabilidade social, caminhando para perder sua lógica de inclusão e reabilitação. Sobre a transição do Estado Social para o Estado de Exceção:

O empreendimento neoliberal implica o sucateamento da considerável parcela 'não competitiva do parque industrial nacional, gerando desemprego massivo e obrigando esse proletariado, náufrago do mundo industrial, a se agarrar a subempregos ou buscar estratégias de sobrevivência de economia informal. O corte nos programas assistenciais públicos, gradualmente substituídos por planos de saúde ou previdenciários privados para o que resta da classe média e, para os pobres, por essa caridade virtual que passa seu pires nos intervalos comerciais de televisão, quando não é o próprio Estado a conceder a esmola como 'bolsa' ou 'cidadania', o corte nos programas assistenciais públicos representa o fechamento de saídas de incêndio. [...] O movimento de mutilação institucional que desaguará no estado mínimo dos sonhos neoliberais tem, contudo, uma consequência: este estado mínimo precisa preservar e ampliar o controle social penal sobre os contingentes humanos marginalizados e desassistidos por suas políticas econômicas e pelos cortes que a busca deste paraíso que parece existir no equilíbrio orçamentário lhe impôs. (BATISTA, 2003, p. 2014)

Além disso, o controle social penal apresenta também outras raízes:

[...] vive-se em uma época em que irrompeu o que Riveira Beiras denomina de 'fenômeno da violência política', que acomete diversos países europeus e se dissemina para o mundo, notadamente nos países que conheceram o problema do terrorismo e passaram a reagir contra ele. Inaugura-se, portanto, uma nova legislação, ou melhor dizendo, a cultura da emergência, especialmente pelo surgimento de leis antiterroristas [...], com a flexibilização das garantias constitucionais, ampliação das competências e práticas policiais, com reforço da segurança nacional [...]. Cumpre notar que, em princípio, dita legislação tinha como foco combater somente os crimes de terrorismo, enquanto perdurasse a situação, tratando-se de uma legislação excepcional e temporária. Hodiernamente, mesmo com o desaparecimento de tais crimes para cujo combate se edificou, a legislação de emergência continua em vigor e terminou por invadir outras esferas da vida ordinária. Agora, sob o fetiche da eficácia, converteu-se, como manobra

política, em um discurso legitimado, expandindo a emergência para outros âmbitos, reafirmando as práticas de exceção. (LYRA, 2016, p. 46)

Ademais, curioso destacar que a sociedade global, na medida em que trouxe avanços, trouxe, também, riscos e inseguranças, fatores como capital volátil, migrações da indústria, o crime organizado transnacional e a lavagem de dinheiro, inauguram a macrocriminalidade na pós modernidade.

Observa-se, assim, a mínima intervenção estatal na economia e na vida em sociedade, o mesmo não se podendo dizer da intervenção do controle social penal, cada vez mais crescente. Nesse contexto de pauperização social e, conseqüentemente, aumento da criminalidade, é inegável a tendência de expansão das regras de controle social penal em detrimento do Estado Social e sua capacidade de gerir a problemática das pessoas em situação de vulnerabilidade, em que se incluem crianças e adolescentes, em grande parte, vítimas desse painel de exceção que se instala.

Este cenário de exclusão, violência e insegurança se torna um campo fértil para a propagação de discursos totalitários, trabalhados no capítulo segundo, como o de lei e ordem, tolerância zero, direito penal do inimigo e a cultura de emergência. O direito penal máximo tende a instrumentalizar o direito como uma arma de combate à criminalidade.

Porém, o direito como instrumento acaba absorvendo a obrigação de tutelar as garantias do direito do menor. A indústria midiática contribui para uma idealização social de que a redução da maioridade penal é a solução para a luta contra uma parcela da sociedade tida como inimiga. Desse modo, arrisca-se o aumento da seletividade penal e a falsa ideia de segurança, contribuindo para um direito penal simbólico, normativo, ao invés de efetivo.

A redução da maioridade penal deve ser entendida, então, dentro desse contexto de expansionismo penal. Explorando episódios de criminalidade levada a efeito por menores, a mídia irrompe um pavor na sociedade que, aterrorizada, abraça com facilidade a ideia de reduzir a idade penal, acreditando que esta seja a melhor solução para a sua própria segurança.

Assim, o Estado aproveitando o apelo populista de leis penais, utiliza-se do recurso da insegurança para justificar a dureza da legislação penal, com a pretensão de estendê-la, agora, ao menor. Desse modo, tende a suprimir garantias fundamentais e, no mais imoral, desviar a atenção da sociedade dos reais problemas de



governança, intensificando a confiança na prevenção geral negativa, ou seja, intimidatória.

Se até hoje o sistema penal, por mais rigoroso que seja, não consegue estacionar a criminalidade, não há como crer que a adoção desse sistema para menores venha a surtir um efeito diverso, sem gerar um número ainda maior de criminalidade, vez que as prisões atuais, violadoras de direitos humanos que são, apresentam-se como escolas para o crime.

Além de não enfrentar a real causa do fenômeno delitivo, a redução da idade penal, compreendida no contexto de expansão penal, sugere uma forma de justiça da infância e juventude massacrada pela exclusão dos adolescentes do seio social para serem largados em espaços de segregação, sujeitando o adolescente infrator a uma rotina de violação de direitos e supressão de apoio social, psicológico e pedagógico.

Daí a razão de se afirmar que reduzir a idade penal, é voltar a enxergar o adolescente como objeto de repressão social, e não como sujeito de direitos, situação em que adolescentes que não se adaptem às relações de família, cultura ou consumo, sejam considerados ameaças e, por isso, devam ser retirados do convívio social.

Logo, nos dias atuais, o controle social penal, caracterizado pelo rigorismo repressivo e flexibilização de garantias, se traduz numa solução simplificada de uma sociedade que não consegue oferecer capacidade para gerir seus problemas de modo solidário e quem paga o preço, como sempre, é o lado mais vulnerável.

O direito penal máximo atua como instrumento de luta contra a violência a qualquer custo, mesmo que para isso, precise sacrificar garantias consolidadas. Pensar que punir o adolescente infrator equivale a encarcerar, é escrever o atestado de fracasso da ciência penal e é prova de ineficiência do Estado, sociedade e família frente às obrigações sociais e solidárias.

#### 4.3 GARANTISMO PENAL E SUA RELAÇÃO COM A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Toda vez que se fala em crise penal, a doutrina moderna volta a sua atenção para o garantismo penal enquanto modelo de base racional. O modelo garantista estabelece preceitos logrando a máxima correspondência entre regulamento e efetividade na tutela dos direitos do homem.

Caracteriza-se como modelo penal garantista, aquele que “[...] opera excluindo a incerteza e a imprevisibilidade de sua intervenção, ou seja, que se prende a um ideal de racionalidade, condicionado exclusivamente na direção do máximo grau de tutela da liberdade do cidadão contra o arbítrio punitivo.” (SICA, 2002, p. 96).

Dentro do modelo garantista, de regime de estrita legalidade, entre os seus axiomas jurídicos, o que mais interessa, no momento, é a intervenção mínima e o respeito aos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988. Da intervenção mínima derivam outros preceitos importantes como o princípio da retributividade, o princípio da legalidade, o princípio da lesividade, princípio da necessidade e o princípio da culpabilidade.

Num contexto de constante violência social e agressão aos direitos humanos e direitos e garantias individuais, conforme foi visto no decorrer do trabalho, mais do que nunca, é imperiosa a ideia de intervenção mínima do sistema penal em face da necessidade de garantir o direito ao desenvolvimento de crianças e adolescentes.

É sensato, pois, lembrar que o sistema penal, institucionalizado em forma punitiva, é apenas parte do controle social e ocupa um lugar limitado, principalmente, quando se fala em direito penal de 1ª infância. Embora de inegável importância, por apresentar efeitos sancionatórios de extrema gravidade, deve o direito penal ser utilizado em *ultima ratio*.

Faz-se mister elucidar dois pontos: os efeitos nefastos da expansão do direito penal, ressalte-se, sem a efetividade esperada no combate à criminalidade e, a necessidade de respeitar a condição de pessoa em situação de desenvolvimento do menor de idade e a conseqüente necessidade de respeito aos seus direitos e garantias individuais. A partir destas constatações, a Doutrina da Proteção Integral se mostra totalmente compatível com os fins do garantismo penal e do Estado Democrático de Direito.

A aplicação da Doutrina da Proteção Integral conduz a questão da criança e do adolescente com absoluta prioridade e impõe o dever solidário de cuidado à família, à sociedade e ao Estado.

Partindo do reconhecimento da qualidade de sujeito de direito do menor, a Doutrina da Proteção Integral reconhece seus os direitos à alimentação, à convivência familiar e comunitária, à educação, cultura, esporte e lazer, à informação e diversões, à inviolabilidade da integridade física psíquica e moral, à liberdade, respeito e dignidade, à preservação da imagem e da autonomia, dos valores, ideias e crenças,

à profissionalização e à proteção no trabalho, ao refúgio, auxílio e orientação, à vida e à saúde, direitos quando privado de liberdade, direitos individuais, difusos e coletivos, direitos fundamentais e direitos processuais, entre outros distribuídos na legislação especial.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, quando uma criança ou adolescente pratica um fato previsto em lei como crime ou contravenção penal, esta conduta é chamada de ato infracional. Assim, juridicamente, não se deve dizer que a criança ou adolescente cometeu um crime ou contravenção penal, mas sim ato infracional.

Ao praticar um ato infracional, a criança, até a idade de 12 anos incompletos, recebe uma medida protetiva, que é aplicada levando-se em consideração a situação de risco em que está inserida e não o ato infracional propriamente dito.

Já o adolescente, entre 12 e 18 anos, receberá medida socioeducativa cumulada ou não com medida protetiva, em sede de procedimento de ação socioeducativa. As medidas socioeducativas podem ser divididas em medidas de meio aberto e medidas restritivas de liberdade. Nas medidas de meio aberto, o adolescente permanece no convívio da família ou comunidade, enquanto que nas medidas restritivas de liberdade não, devendo-se observar os princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição de pessoa em desenvolvimento.

Desse modo, as medidas aplicáveis aos menores infratores não são sanções penais, vez que a pena visa a prevenção especial, como meio de tutelar os bens jurídicos. O direito do menor, por seu turno, visa, primeiramente, tutelar o próprio menor, tendo em vista sua condição de inferioridade, em virtude do seu desenvolvimento incompleto físico, intelectual e afetivo:

Daí que esse direito penal deva conformar-se com uma imagem incompleta do homem: o homem que não delinque. É evidente que socialmente não podemos conformar-nos com um homem imune à delinquência, mas a maior precisão da imagem do homem corresponde ao próprio homem, e sua possibilidade e fomento correspondem a outras instituições sociais, que o direito penal também fomenta ou sustenta: a família, a universidade, a escola, a Igreja, os partidos políticos, as associações civis etc., cujo papel social é alheio ao direito penal, que só deve ocupar-se de que não sejam lesadas ou perturbadas. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013, p.137)

Com sensibilidade peculiar, afirmam, ainda, os autores:

O direito penal do menor, ao contrário, não pode contentar-se com uma imagem imperfeita do homem, porque geralmente é chamado a atuar diante do fracasso de uma instituição social básica: a família. Quando um pai educa seu filho, não se orienta somente pela imagem do homem não delinquente; impõe-se que pretenda para ele algo mais. Por isso, o direito penal do menor deve, necessariamente, aspirar a ser 'formador' do homem e isto cria uma problemática inteiramente diferente da do direito penal. Um direito penal 'formador' seria um direito penal totalitário, **enquanto um direito penal do menor que não seja formador não lograria cumprir sua tarefa.** (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013, p.137, grifo nosso)

Dessa forma, vê-se que jovens infratores são, de fato, responsabilizados por suas condutas, mas de acordo com sistema de responsabilidade próprio. Assim, não é possível considerar que a garantia constitucional de inimizabilidade perante o sistema penal comum, resulte em impunidade:

Ao afirmar [...] a inimizabilidade dos menores de 18 anos, a norma constitucional os remete à responsabilização prevista na legislação especial que regula seus direitos, reconhecida sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. A inimizabilidade penal não os faz irresponsáveis, nem inimizabilidade penal faz-se sinônimo de impunidade. (SARAIVA, 2010, p. 87).

Não se pode negar, portanto, o fato de que o menor é uma pessoa em formação. Exatamente em face da sua pouca idade, a segregação, no atual sistema carcerário brasileiro, já reconhecidamente lesivo aos direitos humanos, lhe seria ainda mais grave do que é para os adultos.

Apesar disso, argumenta-se a favor da redução da maioria penal com a justificativa de que, nos dias atuais, crianças e adolescentes estão sujeitos a amadurecimento mais cedo, em virtude do amplo acesso às redes de informações disponíveis na sociedade moderna, tanto é que já tem, o menor, o direito ativo de participação política.

No entanto, este raciocínio de índole biopsicológica, não merece prosperar, sob pena de conceber que toda e qualquer criança ou adolescente tenha sua formação completa aos 16 anos de idade, sujeitando-se, desgraçadamente, ao recolhimento carcerário e tratamento idêntico ao dispensado a um adulto.

Diante do exposto, resulta clara a existência de um sistema responsabilidade penal juvenil próprio, no qual aplicam-se, de forma coercitiva, medidas de caráter repressivo, mas sempre considerando a primordial finalidade pedagógica. Essa forma de tratar os adolescentes infratores configura uma discriminação positiva, mas não significa, todavia, irresponsabilidade.

O direito constitucional penal, de cunho garantista, não deve perder de vista a razão de existir da Doutrina da Proteção Integral e todo o processo de evolução do direito do menor até se chegar ao regramento do Estatuto da Primeira Infância, conforme tratado no capítulo primeiro. Daí que a legislação especial do menor deve ser interpretada dentro desse contexto de garantias.

A introdução do menor no sistema penitenciário brasileiro, mais ainda na situação na qual se encontra, de Estado de Coisas Inconstitucional, é totalmente incongruente com a Doutrina da Proteção Integral. Neste cenário, a pena de prisão apresentaria efeitos negativos sobre o menor e sua possibilidade de retorno ao convívio social, podendo até mesmo agravar e reproduzir os conflitos.

Por outro lado, também é necessário reconhecer que de nada adianta todo um protocolo organizado para tratar dos direitos de crianças e adolescentes e regulamentar o procedimento relativo a prática de atos infracionais, se esse sistema não apresentar a efetividade adequada.

Manifesta-se uma preocupação neste sentido, visto que a efetividade do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Sistema de Atendimento Socioeducativo, como explanado no capítulo primeiro, na realidade, não atingem plenamente seus objetivos:

A falta de estrutura e de capacitação, necessárias para suportar a implantação da doutrina de proteção integral, impediu a efetivação do Estatuto. Logo as análises superficiais se posicionaram pela inadequação de lei e pela volta do retribucionismo. Crianças e adolescentes, os principais prejudicados pela omissão estatal e social, voltaram a ser os principais culpados pela situação que vitimiza a eles [...]. (JESUS, 2006, p. 190)

Em verdade, na sociedade moderna, em que pese a consagração dos direitos sociais, a realidade é que eles não chegam de forma igual para todas as crianças e adolescentes. Neste plano, é possível afirmar que a prática de atos infracionais tem relação próxima com a omissão estatal em conferir maior compromisso com o propósito da proteção integral. Corroborando este entendimento, a constatação de que os “atos infracionais correspondentes a crimes contra o patrimônio (roubo, furto, entre outros) foram os mais praticados pelos respondentes.”. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014, p. 9).

Assim, antes mesmo de se pensar em reduzir a maioria penal, o Estado deveria agir no sentido de concretizar a proteção integral, oferecendo, dessa forma

maior possibilidade de desenvolvimento ao menor infrator e prevenir novos crimes. É perfeitamente possível responsabilizar penalmente o menor infrator sem romper, contudo, com os direitos fundamentais do menor, considerando os problemas sociais que produzem e mantêm os episódios delitivos.

#### 4.4 A EFETIVAÇÃO DAS FINALIDADES SOCIAIS DO ESTADO: UM CAMINHO POSSÍVEL?

De todas essas considerações, uma certeza: a transição do Estado Social para a sociedade do medo, gera problemas de ordem social, que, por sua vez, reforçam a criminalidade. O Estado, a seu turno, impulsionado por um suposto apelo social, age apenas no sentido de expandir o direito penal projetando-o como solução de todos os conflitos sociais, entre eles, o da delinquência no âmbito da infância e juventude.

No plano formal, vigora um Estado de providência, no qual a Carta Maior estabelece os direitos sociais a educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, a previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Todavia, observa-se que:

[...] no Brasil, passados 15 anos do fim da ditadura militar, muitas são as dificuldades para a consolidação de uma sociedade democrática. Se no campo político os avanços foram grandes, em outras áreas as mudanças foram bem menos significativas. O novo regime não conseguiu reverter a acentuada desigualdade econômica e o fenômeno da exclusão social expandiu-se por todo o país. Apesar da implantação de um Estado de direito, os direitos humanos ainda são violados e as políticas públicas voltadas para o controle social permanecem precárias. Se, formalmente, pela Constituição de 1988, a cidadania está assegurada a todos os brasileiros, na prática, ela só funciona para alguns. Sem dúvida, existe aqui um déficit de cidadania, isto é, uma situação de desequilíbrio entre os princípios de justiça e solidariedade. (PANDOLFI, 1999, p. 45)

Basta observar a situação de uma família, na qual seu mantenedor não tem um trabalho, não é proprietário de casa própria, na doença, são abandonados à própria sorte pelo Estado, os filhos não dispõem de uma educação digna, as crianças, são frequentemente desamparadas, utilizadas como instrumentos na mendicância, sem mencionar a situação de quem nem sequer pode contar uma família, por mais desamparada ou desestruturada que seja, para concluir que:

[...] enquanto houver tantas desigualdades sociais, a tendência será o crescimento da criminalidade aparente, ou seja, aquela criminalidade de que

cuidam os noticiários, a criminalidade violenta, urbana, que faz com que seja derramado sangue quando das suas ações. (GRECO, 2014, p. 162)

Merece ser frisado a existência dos crimes penais que são cometidos por pessoas em situação de vulnerabilidade social. De costume, são praticados delitos contra o patrimônio ou que ofendem a integridade física, saúde ou vida das pessoas, sendo comuns, também, o uso e tráfico de drogas. A isso, dá-se o nome de criminalidade aparente que se contrapõe, por sua vez, à criminalidade organizada, oculta, cujos autores intelectuais são membros que ocupam espaços de destaque na sociedade, e seus crimes vêm à tona raramente.

A diferença da criminalidade aparente levada à efeito pelas camadas sociais mais vulneráveis e a criminalidade organizada reside na origem de cada uma. Em regra, a criminalidade aparente é resultado da incapacidade do Estado em reduzir o abismo econômico existente entre as classes sociais, gerando um espírito de revolta nessas pessoas que, em últimas consequências, tentam a qualquer preço diminuir as desigualdades. “O problema desse tipo de criminalidade é de natureza eminentemente social, ao contrário da outra, pior, cuja raiz se encontra na índole, no caráter daqueles que comete a infração penal.” (GRECO, 2014, p. 163).

Vale dizer, a corrupção de um funcionário público, acumulando riquezas e com sua conduta, podendo desemparrar inúmeras famílias, choca muito menos que um adolescente praticando um roubo. Não que ambas as condutas não sejam graves, mas é preciso pensar sobre as raízes delas e como é possível evitar cada uma.

O momento é de mudança. É preciso acreditar que se o Estado tiver compromisso com sua função social, reduzindo a disparidade econômica existente entre as camadas sociais, será possível pensar, ao menos, numa redução da criminalidade. Assim, espera-se, que, sobretudo, os mais jovens, tenham seus direitos sociais efetivados e que seja respeitada a Doutrina da Proteção Integral como forma de inclusão social e prevenção da prática de atos infracionais:

O estabelecimento do Estado Social e o necessário processo de diminuição das figuras típicas, nos termos propostos pelo Direito Penal do Equilíbrio, farão com que diminuam os índices da criminalidade violenta, aparente, bem como permitirão ao Estado ocupar-se daquela considerada a mais nefasta de todas, quase sempre oculta, mas organizada. (GRECO, 2014, p. 165)

De qualquer forma, é necessário considerar a Doutrina da Proteção Integral e o princípio da prioridade absoluta, assegurando-se o mínimo existencial, e

promovendo políticas públicas eficazes em benefício das crianças e adolescentes, proporcionando, por exemplo, o direito fundamental à educação com acesso a creches e escolas, o direito à saúde com tratamento médico e alimentação, bem como o direito fundamental à moradia e ao lazer.

E não somente isso. As políticas públicas precisam ser estratégicas e devem levar em consideração os grupos de vulneráveis. O ideal é uma política com base em estudos sólidos, capazes de introduzir crianças e os adolescentes na vida social.

Como prelecionam as Diretrizes das Nações Unidas para prevenção da delinquência juvenil (Diretrizes de RIAD) do Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre prevenção do delito e tratamento do delinquente, é necessário reconhecer a relevância da utilização de políticas e medidas progressistas de prevenção de delinquência que evitem criminalizar e penalizar a criança por uma conduta que não cause grandes prejuízos ao seu desenvolvimento e nem prejudique os demais.

Além disso, devem ser elaborados planos de prevenção, a nível municipal, estadual e federal, que favoreçam à socialização e à integração eficazes de todas as crianças e jovens, inclusive, por intermédio da família, da comunidade, dos grupos de jovens nas mesmas condições, da escola, da formação profissional e do meio trabalhista, como também mediante a ação de organizações voluntárias.

Esse processo de socialização deve contar com a colaboração de alguns atores e medidas: da família, que é a unidade central encarregada da integração social primária da criança, do governo, para facilitar o acesso ao ensino público para todos os jovens, do estabelecimento de serviços e programas de caráter comunitário, adotando e reforçando medidas de apoio baseadas na comunidade e dos meios de comunicação, além de garantir o acesso à informação, deverão ser estimulados a propagar a contribuição positiva dos jovens à sociedade.

Assim, se a modificação legislativa no sentido de reduzir a idade penal, não tem força suficiente para mudar a realidade, o direito penal acaba cumprindo apenas uma função simbólica. É preocupante o fato de que o Estado utilize alterações legislativas para levar aos cidadãos a sensação de segurança, mas não invista diretamente no âmago dos problemas sociais que levam ao aumento da criminalidade. De maneira alguma, rejeita-se a legitimidade do direito penal no combate à criminalidade, porém a resposta punitiva não deve ser a única opção.

Logo, a busca deve ser orientada pela eleição de meios menos agressivos possíveis, como forma de limitar o *ius puniendi*, sem perder de vista que as tipificações



penais têm como destino uma sociedade totalmente desigual. Não se descartam, neste sentido, o uso de práticas alternativas, a exemplo da justiça restaurativa na busca pela reaproximação das partes, bem como, a efetivação da Doutrina da Proteção Integral, inclusive com a ampliação do uso da justiça terapêutica e da justiça instantânea que tem origem no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Portanto, o que irá reduzir a criminalidade não é o direito criminal. Ao contrário, submeter um adolescente, entre 16 e 18 anos de idade, ao controle social formal penal, até mesmo em sistemas penitenciários, poderá trazer graves prejuízos à sua ressocialização e seu desenvolvimento e estigmatizá-lo ainda mais, acarretando uma involução da função garantista do direito penal.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um contexto de violência generalizada em que a maioria da população brasileira clama pela redução da maioridade penal, os meios de comunicação de massa contribuem para a construção de uma sociedade do medo por meio da espetacularização da criminalidade. Utilizando-se de um estudo entre diplomas legais e a realidade prática, percebeu-se que a questão tem raízes mais profundas do que a imprensa sugere e que a inflação legislativa, como forma de resolução da situação da violência, acaba sendo mais simbólica do que efetiva.

Assim, foi importante compreender todo o sistema que confere direitos e proteção integral a crianças e adolescentes, sem se descuidar do conhecimento do direito constitucional penal, este, cercado de garantias constitucionais, atencioso com os direitos humanos e orientado pelo modelo do garantismo penal. Observou-se, com o aumento da criminalidade, que os veículos de comunicação de massa divulgam notícias de violências de forma absurda, como uma mercadoria a ser comprada, muitas vezes, dissociado das circunstâncias de tempo, lugar e ação. Propagam, assim, o ódio e o medo, projetando o recrudescimento, ainda maior, do direito penal, como a solução para o problema da delinquência.

A realidade apresentou-se, então, em um expansionismo penal, potencializado por fatores midiáticos, pela obsessão social por segurança a todo custo, à qual o Estado responde apenas com o rigor repressivo da legislação penal, em um processo de supressão de garantias constitucionais em oposição à feição garantista do direito penal. Na verdade, constatou-se um claro retorno dos discursos totalitários de Lei e Ordem, Tolerância Zero, Direito Penal do Inimigo, Direito Penal de Emergência que, em apertada síntese, enxergam o infrator da lei, como um inimigo que não merece receber o mesmo tratamento que um cidadão, sendo a segregação a melhor forma de combatê-los, o que contribui para um encarceramento em massa e supressão de direitos que, todavia, nada tem a ver com o Estado de Direito.

Em verdade, a inimputabilidade penal constitucionalmente assegurada não significa irresponsabilidade dos adolescentes, uma vez que eles respondem de acordo com um sistema próprio que lhe confere garantias de acordo com a Doutrina da Proteção Integral. Indo mais a fundo, nota-se que a criminalidade, principalmente quando se fala em adolescentes, tem relação com o desarranjo do Estado Social e sua substituição pelo Estado policial. Ponto ignorado pela sociedade. As pessoas em

situação de vulnerabilidade social são excluídas da providência do Estado para serem incluídas na criminalidade.

Em definitivo, ao direito cabe assegurar a satisfação das garantias constitucionais, não desvirtuá-las. É necessário que o Estado deva reagir de forma mais contundente contra o aumento da violência. Todavia, o legislador, a pretexto de combater a criminalidade, não pode se dissociar dos parâmetros constitucionais e dos limites impostos pelo Estado Democrático de Direito, flexibilizando direitos e garantias individuais tão caros à sociedade e contribuindo para a repressão de pessoas já em situação de vulnerabilidade pelo descaso do Estado, impondo uma situação de guerra contra os "inimigos".

Desse modo, não se vislumbrou a possibilidade sócio jurídica para a implementação do direito penal no âmbito no direito penal juvenil. Certo é que, antes de cogitar maior repressão, em primeiro lugar, sugere-se que o Estado atue de forma a garantir o mínimo existencial para crianças e adolescentes, como o direito fundamental à educação, o direito à saúde, o direito à moradia e ao lazer com políticas públicas estratégicas, bem como com políticas criminais adequadas e progressistas de prevenção à delinquência.

A ideia do tema, portanto, foi trazer uma reflexão sobre o uso desnecessário, ineficaz e cruel do direito penal - mais pujante de todos os ramos do ordenamento jurídico - para tratar da questão do adolescente infrator, com as consequências de conhecimento geral, a exemplo da estigmatização do egresso, dos obstáculos à sua reinserção social, da possível marginalização, posto que o cárcere, ao invés de ressocializar, corrompe o condenado.

Dessa forma, pretendeu-se mostrar o quanto o direito penal é seletivo, recaindo, não raro, sobre a fração mais desassistida do povo, ficando nítido, pois, que essa proposta legislativa de redução da maioria penal, não tem poder suficiente para reduzir a violência, mas se trata de um reflexo de um direito penal seletivo e que se representa no simbolismo.

Assim, ao contrário do que espera os defensores dessa proposta de emenda à Constituição Federal, a redução da maioria penal pode levar a um nível ainda maior de encarceramento em massa, em um sistema penitenciário indicativamente falido e que não apresenta índices satisfatórios de ressocialização.

Para além da constatação inevitável que a questão da criminalização infanto-juvenil, antes de ser um problema do Direito Penal é, seguramente, um problema

social e aí reside toda a chave da solução segura, concluiu-se que o encarceramento precoce, pode contribuir para uma inevitável carreira criminosa, devolvendo à sociedade, jovens estigmatizados pelo sistema criminal, com extrema dificuldade para o retorno à vida social e carente de oportunidades de desenvolvimento.

## REFERÊNCIAS

AGNU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Resolução 40/33**. Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude - Regra de Beijing. Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/08/Regras-M%C3%ADnimas-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-para-a-Administra%C3%A7%C3%A3o-daJusti%C3%A7a-da-Inf%C3%A2ncia-e-da-Juventude-Regra-de-Beijing.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Resolução 45/110**. Regras mínimas padrão das nações unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade- Regras de Tóquio. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Resolução 45/113**. Regras mínimas das nações unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c\\_a/lex46.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex46.htm)>. Acesso em: 29 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Resolução 45/112**. Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/PrincNacUniPrevDeliqJuv.html>>. Acesso em 20 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 99.710**, de 21 de novembro de 1990. Convenção sobre os Direitos Da Criança de 20 de novembro de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto/1990-1994/D99710.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/1990-1994/D99710.html)>. Acesso em: 12 set. 2018.

BARATTA, Alessandro. **Funções Instrumentais e simbólicas do direito penal**. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Trad. Ana Sabadell. RBCrim, n.5. São Paulo: RT, 1994.

\_\_\_\_\_. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Direito da Criança e do Adolescente**. 7. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alvez. **O poder de polícia fiscal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Nilo. **Novas tendências do direito penal.** Disponível em: <[http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=nilo%20batista%20novas%20tend%C3%Aancias%20do%20direito%20penal&source=web&cd=1&ved=0CFcQFjAA&url=http%3A%2F%2Fonline1.cjf.jus.br%2Fphpdoc%2Fpages%2Fsen%2Fportaldaeducacao%2Ftextos\\_fotos%2Fdpenal2003%2FNiloBatista.doc&ei=Y3jeT9O5Plje9ATgx9yFCw&usq=AFQjCNEbkAkcWrKonrgO-a12NXUkYYLcg](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=nilo%20batista%20novas%20tend%C3%Aancias%20do%20direito%20penal&source=web&cd=1&ved=0CFcQFjAA&url=http%3A%2F%2Fonline1.cjf.jus.br%2Fphpdoc%2Fpages%2Fsen%2Fportaldaeducacao%2Ftextos_fotos%2Fdpenal2003%2FNiloBatista.doc&ei=Y3jeT9O5Plje9ATgx9yFCw&usq=AFQjCNEbkAkcWrKonrgO-a12NXUkYYLcg)>. Acesso em: 10 de jun.2018.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

\_\_\_\_\_. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história.** Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Maioridade Penal e o Direito Penal Emergencial e Simbólico.** Disponível em: <[https://www.google.com.br/search?ei=0xayW\\_nGKMOZwgTH6p3ICA&q=Alice+Bianchini+e+Luiz+Fl%C3%A1vio+Gomes+%282007&oq=Alice+Bianchini+e+Luiz+Fl%C3%A1vio+Gomes+%282007&gs\\_l=psy-ab.3..33i160k1.1898391.1898391.0.1899071.1.1.0.0.0.510.510.5-1.1.0....0...1c.1.64.psy-ab..0.1.510....0.B6LRoAltmWs](https://www.google.com.br/search?ei=0xayW_nGKMOZwgTH6p3ICA&q=Alice+Bianchini+e+Luiz+Fl%C3%A1vio+Gomes+%282007&oq=Alice+Bianchini+e+Luiz+Fl%C3%A1vio+Gomes+%282007&gs_l=psy-ab.3..33i160k1.1898391.1898391.0.1899071.1.1.0.0.0.510.510.5-1.1.0....0...1c.1.64.psy-ab..0.1.510....0.B6LRoAltmWs)>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 18 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 29 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal nº 12.594 de 18 de janeiro de 2012.** Dispõe sobre o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Ministério dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Levantamento anual SINASE 2014.** Brasília: Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente do Ministério dos Direitos Humanos, 2017. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/noticias/pdf/levantamento-sinase-2014>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Ministério dos Direitos Humanos. **Levantamento Anual SINASE 2016.** Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018. Disponível em: <[http://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2018/marco/Levantamento\\_2016Final.pdf](http://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2018/marco/Levantamento_2016Final.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações penitenciárias: INFOPEN.** Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio\\_2016\\_junho.pdf](http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf)>. Acesso em: 18 de set. 2018.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Sistema Nacional De Atendimento Socioeducativo – SINASE**. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Brasília-DF: CONANDA, 2006. Disponível em: <<http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-imprensa/publicacoes/sinase.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF. **ADPF 347**. Dispõe sobre o Sistema carcerário: estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental - 6. Ministro Marco Aurélio (Relator). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em 13 set. 2018.

BECARRIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: RT, 1999.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PEC 171/1993**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14493>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Panorama Nacional**. A execução das medidas socioeducativas de internação. Programa Justiça ao Jovem. Brasília: CNJ, 2012. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/panorama\\_nacional\\_doj\\_web.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/panorama_nacional_doj_web.pdf)> Acesso em: 27 jun. 2018.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº 67/2011**. Relatório da Infância e Juventude –: um olhar mais atento às unidades de internação e semiliberdade para adolescentes. Brasília: CNMP, 2015. Disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Um\\_Olhar\\_mais\\_Atento\\_02.07\\_WEB-completo-ok-1\\_1.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Um_Olhar_mais_Atento_02.07_WEB-completo-ok-1_1.pdf)> . Acesso em: 28 de jun. 2018.

CONTE, Mariana Silva. Seletividade e redução da maioria penal: Criminalização dos marginalizados. **Anais do I Congresso de Pesquisas em Ciências Criminais**, de 30 de agosto a 1 de setembro de 2017. Organizado por Alexis Couto de Brito, Marco Aurélio Florêncio e Allyne Andrade. São Paulo: IBCCRIM, 2017.

DAHRENDORF, Ralf. **A lei e a ordem**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**: anotação sistemática à lei n. 8072/90. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **El derecho penal mínimo**. In: Poder y Control. Barcelona: PPU, 1986.

\_\_\_\_\_. **Direito e razão**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Derecho y razón**: teoria del garantismo penal. 6. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 1975.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 7. ed. Niterói: Impetus, 2014.

HABIB, Gabriel. **O direito penal do inimigo e a lei dos crimes hediondos**. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

JAKOBS, Gunther. **Derecho penal – Parte**. Madri: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

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

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual De Direito Penal – Parte Geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018

LYRA, José Francisco Dias da Costa. **O processo penal em tempo de excepcionalidade: o direito se pondo a “correr” e a flexibilização das garantias constitucionais, a nova cartografia do controle social**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: IBCCRIM; Revista dos Tribunais, ano 24, n. 119. Disponível em:  
<[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RBCCrim\\_n.\\_119a.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n._119a.pdf)>. Acesso em: 18 de set. 2018.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: parte geral**. vol 1. 11<sup>o</sup> ed. São Paulo: MÉTODO. 2017

MENDEZ, Emília Garcia. **Adolescentes e responsabilidade penal**: um debate latino-americano. Porto Alegre: AJURIS, ESMP-RS, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el derecho penal de su tempo**. 4. Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

\_\_\_\_\_. **Edmundo Mezger e o Direito Penal de seu Tempo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

PANDOLFI, Dulce Chaves. **Cidadania, justiça e violência – Percepção dos direitos e participação social**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

PEDRINHA, Roberta Duboc. **O Direito Penal no paradigma do Estado Democrático de Direito**: a defesa dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Disponível em:  
<[http://www.iddh.org/index.php?option=com\\_content&task=view&id=85&Itemid=1](http://www.iddh.org/index.php?option=com_content&task=view&id=85&Itemid=1)>. Acesso em: 29 jun. 2018.



RANGEL, Paulo C. **Direito Processual Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Trad. Ana Paul dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1993.

\_\_\_\_\_. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Editora Vega, 2004.

SARAIVA, João Batista Costa. **Direito penal juvenil: adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. **Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre responsabilidade penal juvenil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais, 2013

SANTOS, Juarez Cirino dos. O adolescente infrator e os direitos humanos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, [S.l.], n. 2, maio 2016. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/32>> Acesso em: 03 jun. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal**. 2. Ed. Madrid: Civitas, 2001.

SOUSA, Daniel Aquino de. A redução da maioridade penal: Uma relação Dialética entre o garantismo penal e a teoria do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro. **(Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**. São Paulo, 2017. Disponível em: <[https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=6311645](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=6311645)>. Acesso em: 29 ago 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

\_\_\_\_\_. **O inimigo no direito penal - Coleção Pensamento Criminológico nº 14**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 10. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.